

## WIENER ADVOCATUR BUREAU

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

- per E-Mail an team.z@bmj.gv.at -

DATUM	UNSER ZEICHEN	ZAHL
6. August 2017	WAB - PM	---

**Bundesgesetz, mit dem das Privatstiftungsgesetz und das Gerichtsgebührengesetz  
geändert werden (PSG-Nov 2017):  
Stellungnahme des Autoren-Teams des Österreichischen Governance Kodex für  
Privatstiftungen ([www.stiftungskodex.at](http://www.stiftungskodex.at))**

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachfolgend dürfen wir zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Privatstiftungsgesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden (Privatstiftungsgesetz-Novelle 2017 – PSG-Nov 2017) (nachfolgend auch der „Entwurf“) Stellung nehmen:

## 1. Allgemeines

Das erklärte Ziel, mit der Privatstiftung *„für ausländisches Kapital und ausländische Investoren einen attraktiven Rechtsträger für die Verwaltung in- und ausländischen Vermögens zur Verfügung zu stellen“* wird ohne begleitende steuerliche Maßnahmen verfehlt werden. Gegen solche gibt es allerdings berechtigte Bedenken (vgl auch Stellungnahme von Univ-Prof Dr Bernhard König vom 10. Juli 2017 (2/SN-323/ME XXV. GP)).

Man merkt dem Entwurf die Provenienz aus dem Umfeld der „Family Offices“ und Vermögensverwalter an. Während einerseits – begrüßenswerter Weise – Transparenzlücken teilweise geschlossen werden sollen, fand beispielsweise der mehrfach postulierte und wichtige Wunsch, „Multifunktionäre“ im Exekutivorgan der Privatstiftung nicht mehr zuzulassen, keinen Eingang in den Entwurf. Ebenso ist keine Erweiterung der prozessualen Rechte der Stakeholder vorgesehen, um die Stiftung zu schützen.

Sprachlich und terminologisch bedarf der Entwurf vielerorts noch eines gewissen *„Feinschliffs“*. Beispielsweise ist völlig unbestimmt, wer alles *„Personen“*,

*die als Begünstigte in Frage kommen“ (§ 33 Abs 4 des Entwurfs<sup>1</sup>) sein könnten, oder gar, wie das Firmenbuch diese Qualifikation prüfen soll.*

## **2. „Stiftungserklärung“, „Stiftungsurkunde“ und „Stiftungszusatzurkunde“**

Der Entwurf lässt eine eindeutige terminologische Unterteilung, die über das PSG idGF hinausgehen würde, vermissen. Das PSG sollte sich vom Begriff der „Stiftungserklärung“ als Sammelbegriff für Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde trennen. Es soll klar festgelegt werden, welche Regelung in der (öffentlich zugänglichen) Stiftungsurkunde zu sein hat. Naheliegender Weise werden alle Regelungen, die letztlich vom Firmenbuchgericht als Stiftungsaufsichtsbehörde zu überprüfen sind, zwingend und abschließend in der Stiftungsurkunde zu treffen sein.

## **3. Transparenz-Themen**

### **3.1 Die Stiftungszusatzurkunde**

Das Firmenbuchgericht sollte bei Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde in die Lage versetzt werden, das formrichtige Zustandekommen und den Inhalt derselben dahingehend prüfen zu können, ob sie im Hinblick auf die Stiftungs-Governance inhaltlich plausibel und widerspruchsfrei ist. In der Praxis kommen vielfach logisch widersinnige oder (teil-)unwirksame Stiftungszusatzurkunden vor, was durch eine solche Prüfung in den Griff bekommen werden könnte. § 10 Abs 2 letzter Satz des Entwurfs sollte daher geändert werden in:

*„Die Stiftungszusatzurkunde ist dem Firmenbuchgericht zur Prüfung vorzulegen. Einsicht in die Stiftungszusatzurkunde ist entgegen § 33 Abs 2, 2a FBG nur Personen zu gewähren, die eine rechtliche geschützte Stellung bescheinigen können.“*

### **3.2 Inhalt der Firmenbucheintragung**

#### **3.2.1 Aufsichtsorgan und Stiftungsprüfer**

Es ist sehr sinnvoll, die Mitglieder des Aufsichtsorgans sowie den Stiftungsprüfer im Firmenbuch einzutragen (§ 13 Abs 3 Z 4 und 5 des Entwurfs). Dieser Ansatz wird von uns begrüßt und unterstützt.

#### **3.2.2 Stiftungszweck und Begünstigte**

Vielfach ist zu bemerken, dass sich der aus dem Firmenbuch ersichtliche Zweck vieler Privatstiftungen in leeren Floskeln wie „Erhaltung des Vermö-

<sup>1</sup> Vermutlich wurde diese Formulierung an Ziff 43 Abs 1 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) angelehnt, wo die Begünstigten „*kategorieweise, z.B. „Familienangehörige des Gründers“*“ zu beschreiben sind.

gens und Zuwendungen an Begünstigte“ erschöpft. Dies ist kritisch zu sehen. Da die Begünstigten als Destinatäre des Stiftungszwecks eine wesentliche Rolle für die Privatstiftung spielen, sollten die wesentlichen Begünstigten auch zumindest bestimmbar oder „kategorieweise“ genannt werden müssen. § 13 Abs 3 Z 1 PSG idgF sollte bei einer Novelle um *„kurze Angabe des Stiftungszwecks samt Angabe der Begünstigten in bestimmbarer Form“* ergänzt werden. Dies scheint übrigens auch zur Geltendmachung prozessualer Rechte zum Schutz der Privatstiftung indiziert.

#### 4. Die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands

##### 4.1 Interessenskonflikte – Erfahrungen aus der Praxis

§ 15 Abs 3a PSG idgF ist, wie die Praxis zeigt, unzureichend formuliert. Es gibt sogar Privatstiftungen, deren kompletter Vorstand aus ein- und derselben Rechtsanwalts- oder Wirtschaftstreuhänder-Kanzlei gestellt wird, die nebenbei auch den/die Stifter und/oder Begünstigte vertritt. Das neue Inkompatibilitätskriterium des § 15 Abs 3a PSG im Entwurf *„mit der Wahrnehmung einer [begünstigten Person oder eines Angehörigen] von Interessen im Stiftungsvorstand betraut“* hilft nicht. Ebenso wenig schützt die Legalfiktion im ersten Satz dieser Stelle: *„Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind bei Ausübung ihrer Funktion frei und unabhängig“*. Ließen sich die Autoren des Entwurfs bei ihrer Formulierung von § 7 Abs 1 Z 2 der TransV (BGBl II Nr 175/2007) inspirieren? Dort heißt es, der Vermögensverwalter *„muss [...] frei und unabhängig [...] sein“*. Weil voraussetzender Gehorsam wirkungsvoller als jedes Weisungsrecht sein kann, sollte § 15 Abs 3a PSG lauten:<sup>2</sup>

*„Die Mitglieder des Vorstandes haben jedes Naheverhältnis mit den in Abs 2 und 3 genannten Personen zu vermeiden, welches geeignet ist, zu Interessenskonflikten zu führen. Dies betrifft wirtschaftlich nicht unbedeutende Auftragsverhältnisse oder eine Geschäftsbeziehung zu diesen Personen, auch ohne, dass es einen direkten Auftrag, eine Interessenswahrungsbetrauung, eine Weisungsgebundenheit oder eine förmliche Entsendung in den Stiftungsvorstand gibt.“*

##### 4.2 Der Umgang mit Multifunktionären, Diversität

Eine statistische Auswertung der österreichischen Stiftungslandschaft<sup>3</sup> zeichnet hinsichtlich der Machtkonzentration einiger weniger „Multifunktionäre“ ein besorgniserregendes Bild. Diversitätsbemühungen sind, soweit ersichtlich, im Bereich der Privatstiftung noch nicht angekommen. Die Mandatsstruktur ist stark homogen geprägt, was die Kategorien Alter und Geschlecht angeht.

<sup>2</sup> In Anlehnung an ÖGK PS-Regel 3.19, siehe [www.stiftungskodex.at](http://www.stiftungskodex.at)

<sup>3</sup> Veronika Haberler „Die österreichische Stiftungslandschaft“ (Zwischenergebnis, noch unveröffentlichte Studie), Datensatz aus Jänner 2016.

- 5,6% aller Mandatsträger in österreichischen Stiftungsvorständen vereinen rund 40% (!) aller aktiven Vorstands-Funktionen auf sich.
- Etwa ein Viertel aller Stiftungen haben Funktionäre mit vier oder mehr Stiftungs-Vorstandsmandaten.
- Rund 7% der Stiftungen haben Funktionäre mit elf oder mehr Stiftungs-Vorstandsmandaten.
- 86% der Vorstandsmitglieder sind männlich, nur knapp 14% der Funktionen werden von Frauen gehalten.
- Mehr als 70% der Vorstandsmitglieder sind älter als 50 Jahre; mehr als ein Drittel ist älter als 60 Jahre; rund 12% sind älter als 70; 1% (145 Personen) ist über 81 Jahre alt.

Die Daten beziehen sich nur auf Mandate in österreichischen Privatstiftungen. Darin sind sonstige Exekutiv- und/oder Kontrollorgan-Funktionen nicht berücksichtigt. Erfahrungsgemäß werden von Vorstandsmitgliedern regelmäßig auch andere leitende Funktionen (zB in Tochtergesellschaften) ausgeübt.

Weiters zeigt sich, dass häufig Personen mit einem unternehmerischen oder arbeitsbezogenem Naheverhältnis in derselben Stiftung ein Mandat ausüben. Dies birgt typischerweise ein hohes Risikopotenzial für Interessenskonflikte, insbesondere in jenen Stiftungen, welche nur mit der Mindestanzahl an Vorstandsmitgliedern bestückt sind:

- 31 Stiftungen haben drei Vorstandsmitglieder (!), welche jeweils demselben Unternehmen angehören (zB aus einer Rechtsanwaltssozietät, Steuerberatungskanzlei oder Unternehmensberatungsgesellschaft).
- Knapp 240 Stiftungen haben zwei Vorstandsmitglieder, welche zugleich auch demselben Unternehmen angehören.

Diversität – auch als Mittel zur Eindämmung von (potenziellen) Interessenskonflikten – kann jedenfalls durch eine Begrenzung der höchstzulässigen Mandatszahl gefördert werden. § 23 Abs 3 PSG idgF kennt bereits eine § 86 Abs 2 Z 1 AktG etwa entsprechende „Deckelung“ von Aufsichtsratsmandaten. Nun sind Aufsichtsräte bei Privatstiftungen in der Praxis bekanntlich selten, und Beiräte derzeit typischerweise eher begünstigtenah besetzt. Eine maximale Funktionszahl für Mitglieder des Aufsichtsorgans ist freilich naheliegend und konsequent.<sup>4</sup>

Nur die Zahl der Aufsichtsorganmandate zu „deckeln“ reicht aber nicht aus, um in der Praxis oftmals gerügten Mängeln beizukommen. Eine nicht zu unterschätzende Gefährdung geht nämlich von Vermögensverwaltern aus, die in den Vorständen zahlreicher Privatstiftungen

<sup>4</sup> deckt aber vermutlich eher ein theoretisches Szenario ab. Niemand ist bei zehn Privatstiftungen begünstigt.

gleichzeitig sitzen. Bei bloßen „Passivstiftungen“ gebe es nicht viel Arbeit, hört man hierbei, aber die Verwaltung von Fremdvermögen erfordert doch einen gewissen Zeitaufwand. Zeitliche Kapazitäten stellen einen Aspekt der Eignung eines Kandidaten dar. Der Entwurf sollte um einen § 15 Abs 3b ergänzt werden, der lautet:

*„Mitglied des Stiftungsvorstands kann nicht sein, wer in zehn<sup>5</sup> Privatstiftungen oder Kapitalgesellschaften Mitglied des Vorstands oder eines vergleichbaren Organs ist.“*

#### 4.3 Unsachliche Motive bei Kooptierungs-Entscheidungen

Praktiker im Privatstiftungsrecht berichten von nach und nach „angehobenen“ stiftungsurkundlichen Altersgrenzen für Vorstandsmitglieder, um deren Funktionen zu erhalten. Außerdem orten wir einen Trend, von einstmalen vorgesehenen Bestellungsmechanismen durch Stifter, Begünstigte oder Beirat auf Selbstbestellung durch Kooptierung „umzusteigen“. Für die Übertragung solcherart abgesicherter Vorstandsmandate soll es einen Marktwert geben, der zu bedenklichem „Organhandel“ führe.<sup>6</sup> Solcherart geschlossene Geschäfte scheinen klar unerwünscht. § 42 PSG wäre daher um einen Abs 2 zu erweitern:

*„Wer sich für sein Abstimmungsverhalten im Stiftungsvorstand, insbesondere zur Bestellung von Organmitgliedern, eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro zu bestrafen.“*

Eine solcherart geleistete verbotene „Ablöse“ für ein Vorstandsmandat wäre dann auch iSd § 879 Abs 1 ABGB nichtig und rückforderbar.

#### 5. Gestaltbarkeit der Privatstiftung: Organ vs „Gremien“

Es ist nicht ersichtlich, weshalb mit dem Entwurf die Gestaltungsfreiheit des Stifters/der Stifterin eingeschränkt werden soll, was weitere Organe der Stiftung betrifft. Nach der Novelle wäre beispielsweise ein Kollatorium (Organ, das die Begünstigten auswählt) unmöglich, und auch die derzeit relativ beliebte „Begünstigtenversammlung“ müsste entweder den Kriterien des Aufsichtsorgans entsprechen oder verlöre als bloßes „Gremium“ jene Kompetenzen, die sie derzeit als „weiteres Organ“ haben kann.<sup>7</sup> Ob eine solche Einschränkung der Flexibilität tatsächlich geeignet ist, die erwünschten ausländischen Investoren anzuziehen, sei dahingestellt.

Auch sprachlich scheint § 14 Abs 2 und 3 des Entwurfs nicht optimal. „Gremien“ dürfte Plural sein und die Novelle sollte nicht mit einer notwendigen ein-

<sup>5</sup> ÖGK-PS Regel 3.28 empfiehlt maximal fünf Funktionen.

<sup>6</sup> Solutio Stiftungspartner Newsletter 02/17.

<sup>7</sup> Arnold, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 14a.

schränkenden Interpretation eines unbestimmten Begriffs beginnen. Ist eine Anlehnung an § 225g AktG gewünscht? Dann wäre eine Klarstellung angezeigt, und es wären organisationsrechtliche Mindestanforderungen zu definieren. Oder dürfen die „Gremien“ auch weiterhin Organcharakter haben? Dann wäre eine Klarstellung erfreulich.

## 6. Substiftungen

Es ist grundlegend zu begrüßen, dass der Entwurf in § 33 Abs 4 dem Vorstand und den Begünstigten gemeinsam gewisse Gestaltungsrechte einräumen möchte, um eine Privatstiftung im Ergebnis auf eine sogenannte „Substiftung“ zu übertragen. Leider blieb es unbestimmt, wer alles *„Personen, die als Begünstigte in Frage kommen“* sein könnten, die als Mitstifter einer solchen Substiftung agieren können sollen. Folglich wäre es für das Firmenbuch unmöglich, diese notwendige Qualifikation zu prüfen – es sei denn, die Begünstigten sind (i) in der Stiftungsurkunde bestimmt bezeichnet und/oder eben (ii) im Firmenbuch ersichtlich (siehe Punkt 3.2.2 oben).

Die Limitierung solcher „Vermögensempfänger-Substiftungen“ auf österreichische Privatstiftung zielt erkennbar darauf ab, einen weiteren Abfluss nach Liechtenstein zu verhindern und das Geschäft mit der Vermögensverwaltung in Österreich zu behalten. Möglicherweise ist dieser Ansatz, so verständlich er aus der Perspektive der Entwurfsverfasser auch sein mag, im Lichte der EWR-Grundfreiheiten etwas unelegant.

## 7. Antrags- und Parteirechte zum Schutz der Stiftung

Sehr begrüßenswert (weil konfliktvermeidend) ist, dass eine Stifterin bzw ein Stifter mit vorbehaltenem Änderungsrecht die geänderte Stiftungsurkunde oder Zusatzurkunde künftig im eigenen Namen zur Eintragung im Firmenbuch einreichen kann.

Der Entwurf lässt ansonsten aber leider Klarstellungen und Erweiterungen der Prozessrechte der Stakeholder einer Privatstiftung vermissen. Es kann in der aktuellen Praxis für eine Stifterin oder einen Stifter, die/der sich stiftungsurkundlich keine Antragsrechte vorbehalten hat, sehr schwer sein, eine „fehlgeleitete“ Stiftung wieder auf den rechten Weg zu bringen. In der Praxis wird (leider) bloßen Anregungen an das Gericht nämlich selbst bei erheblichen Bedenken einfach nicht gefolgt.

Eine gesetzliche Antragslegitimation jener Personen, die ein anerkennenswertes Interesse am „Funktionieren“ der Privatstiftung haben, wäre daher zur Vermeidung des vielzitierten strukturellen Kontrolldefizits aufgrund ihrer Eigentümerlosigkeit geboten. § 27 Abs 5 des Entwurfs (entspricht in etwa § 27 Abs 2 PSG idGF) sollte um eine ausdrückliche Antragslegitimation der Stifterin/des Stifters und deren Rechtsnachfolger zur Abberufung von Organmit-

gliedern erweitert werden, damit er die gerichtliche Abberufung beantragen darf. In diesem Sinne sollte auch § 31 Abs 1 PSG (Sonderprüfung, im Entwurf nicht behandelt) ergänzt werden.

Überlegenswert wäre es in diesem Zusammenhang, auch ehemaligen Organmitgliedern eine entsprechende Antragslegitimation einzuräumen, soweit dies zur Vermeidung eines ansonsten bestehenden Kontrolldefizits erforderlich ist.

#### 8. Kein „Schutzschild“ für die Vermögensverwalter

§ 25 Abs 7 des Entwurfs sieht eine recht bequeme Sanktion vor, sollte der Vorstand seine Pflichten verletzen: *„Bei Pflichtverletzungen des Stiftungsvorstands hat das Aufsichtsorgan dem Stiftungsvorstand aufzutragen, binnen angemessener Frist von längstens sechs Monaten die aufgezeigten Mängel zu beseitigen.“* Es sollte klargestellt werden, dass dessen ungeachtet allfällige Abberufungsrechte sowie sonstige Maßnahmen zum Schutz der Stiftung sofort zu stehen und ausgeübt werden können, bzw ausgeübt werden müssen.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Stellungnahme Beachtung findet und stehen für Rückfragen oder eine Erörterung gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Das Autoren-Team des Österreichischen Governance Kodex für Privatstiftungen:

Peter Melicharek

Veronika Haberler

Monika Widmann