

MEMORANDUM

Entwurf für eine PSG-Novelle 2017 (kurz „*Entwurf*“)
Stellungnahmen
Zusammengefasste Kurzanalyse

1. Stellungnahmen

1.1 Im parlamentarischen Begutachtungsverfahren wurden Stellungnahmen vorgelegt von:

Einrichtung	Kurzbezeichnung
Bund Österreichischer Frauenvereine	„ <i>Bund Österr. Frauen V</i> “
Univ.-Prof. Dr. Bernhard König	„ <i>König</i> “
BM für Europa, Integration und Äußeres	„ <i>BMA</i> “
Datenschutzbehörde	„ <i>DSB</i> “
Oberlandesgericht Wien	„ <i>OLG Wien</i> “
Amt der Niederösterreichischen Landesregierung	---
Oberster Gerichtshof	„ <i>OGH</i> “
Amt der Vorarlberger Landesregierung	---
Bundeskanzleramt	---
Österreichischer Rechtsanwaltskammertag	„ <i>ÖRAK</i> “
Verband Österreichischer Privatstiftungen	„ <i>VÖP</i> “
Oberlandesgericht Innsbruck	„ <i>OLG Innsbruck</i> “
Amt der Tiroler Landesregierung	---
Wirtschaftskammer Österreich	„ <i>WKÖ</i> “
Industriellenvereinigung	„ <i>IV</i> “
Bundesarbeitskammer	„ <i>BAK</i> “
BM für Finanzen	„ <i>BMF</i> “
Österreichische Notariatskammer	„ <i>ÖNK</i> “
Wiener Advocatur Bureau	„ <i>Wiener Advocatur</i> “
Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer	„ <i>IWP</i> “

Verein der österreichischen Richterinnen und Richter	„RIV“
Gewerkschaft Öffentlicher Dienst	„GÖD“
Rechtsanwaltskammer Wien	„RAK Wien“
bpv Hügel Rechtsanwälte OG	„bpv Hügel“
Fundraising Verband Austria	„Fundraising Verband“
Handelsgericht Wien	„HG Wien“
Oberlandesgericht Wien	„OLG Wien“
Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny	„Nowotny“
Müller Partner Rechtsanwälte GmbH	„Müller Partner“

- 1.2 Darüber hinaus sind auf der Parlamentshomepage zum Datum 21. Juli 2017, 4. August 2017, 7. August 2017 vier weitere Stellungnahmen angezeigt, wobei aber kein Dokument zum Download zur Verfügung gestellt wird. Es fehlt die Stellungnahme des Bundeskanzleramtes vom 2. August 2017; lediglich der Begleitbrief des Bundeskanzleramtes ist zum Download verfügbar.
- 1.3 Uns liegt auch eine Stellungnahme von Dr. Paul Rizzi / CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (im Folgenden kurz „Rizzi“), die nicht unter den Stellungnahmen gemäß 1.1 aufscheint, aber hier berücksichtigt wurde, vor.
- 1.4 Am 18. Juli 2017 fand an der Wirtschaftsuniversität Wien ein Fachgespräch zum künftigen Stiftungsrecht statt. Teilnehmer waren - neben Vertretern des Bundesministeriums für Justiz - auch Richter des Handelsgerichtes Wien. Unter der Leitung von Frau Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss wurde insbesondere die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans besprochen und die vorgeschlagene Regelung im Entwurf kritisiert. Eine ausführliche Zusammenfassung wird demnächst in der Zeitschrift „Der Gesellschafter“ (GesRZ) erscheinen.
- Das von Frau Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss geleitete „Zentrum für Stiftungsrecht“ der Wirtschaftsuniversität Wien (kurz „Zentrum“) hat eine Stellungnahme zum Entwurf abgegeben, die uns vorliegt, aber nicht unter den Stellungnahmen gemäß 1.1 aufscheint.
- 1.5 Außerhalb des parlamentarischen Begutachtungsverfahrens wurde im Namen einiger Stifter ein Schreiben mit folgendem Inhalt an Herrn Vizekanzler Bundesminister Dr. Wolfgang Brandstetter gerichtet:

„Wir begrüßen es, dass Probleme der Governance der Privatstiftung, die sich durch die Auslegung des PSG und die Rechtsprechung ergeben haben, einer Lösung zugeführt werden sollen; bei dieser Gelegenheit möchten wir auch hervorheben, dass der vorliegende Entwurf sich durch hohe rechtliche Qualität auszeichnet, aber doch Bestimmungen vorsieht, welche für die Attraktivität der Privatstiftung von Nachteil sind und dazu beitragen können, dass bestehende Stiftungen auch bei Inkaufnahme steuerlicher Belastungen ihren Sitz de facto in das Ausland verlegen werden.

Wir regen deshalb folgende Änderungen an:

1. In § 1 Abs 1 Z 2 sollte eindeutig klargestellt werden, dass nur das Betreiben eines Unternehmens (ausgenommen Nebentätigkeiten) verboten ist und daher die Konzernleitung durch eine Privatstiftung zulässig ist.

2. In § 15 sollte die Möglichkeit eröffnet werden, dass zumindest eine Person bei einem dreiköpfigen Stiftungsvorstand (nicht aber der Vorsitzende) auch ein Begünstigter oder naher Angehöriger sein kann. Damit kann der in Praxis beobachtete Konflikt der Nachfolgegeneration mit dem vom Stifter eingesetzten Vorstand geglättet werden. Des Weiteren ist es für Mitarbeiter-Stiftungen wesentlich, dass auch ein Mitarbeiter – obwohl potentiell Begünstigter – dem Vorstand angehören kann.

3. Die äußerst komplizierten Rechnungslegungsvorschriften und Offenlegungspflichten nach § 18 PSG sind für Familienstiftungen nicht akzeptabel. Auch die Möglichkeit, dass die Offenlegung eines Abschlusses (Konzernabschlusses) der Privatstiftung vermieden werden kann, indem eine mit 90 % der Stiftung gehörende Tochtergesellschaft einen Konzernabschluss erstellt und offenlegt, ist unzureichend und würde bei vielen Privatstiftungen dazu führen, dass erst durch Ausgründungen und Umstrukturierungen, verbunden mit steuerlichen Belastungen, eine derartige Struktur hergestellt werden kann.

Bei Familienstiftungen, bei denen die Vermögensteile auf einzelne Tochtergesellschaften unter Umsetzung des Stammesprinzips aufgeteilt sind, würde die Konzentration in einer Gesellschaft bewehrte Strukturen zerstören.

Des Weiteren ist es bereits auf Grund der Technik der Konzernrechnungslegung nicht möglich, dass von der Konsolidierung Liegenschaftsbesitzgesellschaften (warum nur diese?) ausgeklammert werden; damit würde ein konsolidierungs-technisches Unikat geschaffen werden, welches auch mit den Prinzipien der Bilanzrichtlinie nicht in Einklang gebracht werden kann.

Eine Offenlegung ist zwar bei gemeinnützigen oder überwiegend gemeinnützigen Privatstiftungen durchaus angebracht, nicht aber, wenn überwiegend natürliche Personen ihr Vermögen zum Zwecke des Zusammenhaltes in einer Privatstiftung gebündelt haben. Zweck der öffentlichen Rechnungslegung ist vor allem die Bemessung von Ausschüttungen sowie der Schutz von Gläubigern und Anlegern. Da Privatstiftungen eine unternehmerische Tätigkeit untersagt ist, erübrigt sich auch diesen Zwecken nachzukommen.

Die für uns unverständliche „Neugierde“ nach dem Vermögen von Familienstiftungen hängt ganz offenbar nur mit fiskalischen Interessen zusammen, wie dies die in § 41 PSG neu eingeführte Meldepflicht zeigt. Derartige Regelungen verstärken nur das Misstrauen, dass später aus politischen und fiskalischen Gründen eine Besteuerung auf Grundlage der dann bestehenden Kenntnisse eingeführt wird.

Sicherlich ist auch eine ordnungsgemäße Rechnungslegung einer Privatstiftung wichtig und höchst wünschenswert; dafür ist es aber ausreichend, dass der Stiftungsprüfer dem Firmenbuchgericht jährlich mitteilt, dass die Privatstiftung ihre Rechnungslegungs-pflichten ordnungsgemäß erfüllt hat und dieser Umstand auch im öffentlichen Firmenbuch ersichtlich gemacht wird.

4. Die Neuregelung des Aufsichtsorgans wird im Prinzip begrüßt. Die vorgeschlagene Regelung bedeutet aber insoweit einen Rückschritt, als nach der jüngsten Rechtsprechung des OGH (19.4.2017, 6 Ob 37/17h) ein Beirat, der sich ausschließlich aus nahen Angehörigen des Stifters und von Begünstigten zusammensetzt, nicht bereits deshalb als Aufsichtsrat einzustufen ist, weil er sich die Genehmigung zu bestimmten Entscheidungen vorbehält. Es sollte weiterhin möglich sein, dass ein Aufsichtsorgan zur Gänze aus Begünstigten oder nahen Angehörigen zusammengesetzt werden kann, wenn es in seinen Agenden auf die Bestellung (Abberufung) des Stiftungsvorstandes und die Genehmigung von Geschäften eingeschränkt ist und Weisungsrechte oder ähnliche Einflussmöglichkeiten gegenüber dem Stiftungsvorstand ausgeschlossen werden.

Ebenso ist die Regelung des § 22 Abs 3 in der vorgeschlagenen Fassung zu ändern, da – wie oben bereits ausgeführt – die Konzentration der Tochtergesellschaften in einer von der

Privatstiftung zu 90 % gehaltenen Holding eine unzumutbare und sachlich nicht zu rechtfertigende Belastung darstellt.

5. In § 33 Abs 2 sollte auch vorgesehen werden, dass Änderungen und Ergänzungen der Stiftungsurkunde zulässig sind, wenn die bestehende Regelung sich als zur Verfolgung des Stiftungszweckes ungeeignet erwiesen hat. Ebenso sollte eine Anpassung an die Möglichkeiten der Novelle eröffnet werden, wenn Regelungen geschaffen werden, die bisher nicht zulässig waren.

Zusammenfassend möchten wir festhalten, dass die sehr positiv zu sehenden Bemühungen um die Verbesserung der Governance der Privatstiftung durch die komplizierten und sachlich nicht gerechtfertigten Transparenzbestimmungen des § 18 konterkariert werden. Vor allem auf Grund dieser Regelung sprechen wir uns nachhaltig gegen eine Gesetzeswerdung in der bestehenden Fassung aus.“

2. Grundsatzfragen

2.1 „Asset Protection“

Das Erbrechtsänderungsgesetz bekräftigt die **Vermögensopfertheorie**. Die Gläubigerschutzbestimmungen im Entwurf drängen den Asset Protection-Gedanken weiter zurück.

2.2 Stiftung als „Konzernspitze“

Schon wegen der finalen Ausrichtung einer Stiftung, die ihr Vermögen zur Erfüllung des Stiftungszwecks zu nutzen, zu verwalten und zu verwerten hat, lag stets das Bestreben darin, Stiftungen, auch wenn sie Unternehmensbeteiligungen verwalten, nicht einem Mutterunternehmen im Sinne der Konzerndefinitionen des UGB gleichzustellen.

Die Gleichstellung würde durch die Anwendung der Konzernrechnungslegungsbestimmungen zu einer Vermengung des **Stiftungsvermögens** mit dem zur unternehmerischen Zielerreichung bestimmten **Unternehmenskapital** und damit auch zur Notwendigkeit, Kapitalerhaltungs- und Gläubigerschutzbestimmungen einführen zu müssen, führen.

Erinnert sei daran, dass die vorgesehen gewesene Aufnahme von Privatstiftungen in den Katalog der in § 2 UGB angeführten Unternehmen kraft Rechtsform ebenso verhindert werden konnte wie die Möglichkeit, die Privatstiftung als Trägerin für die Gruppenbesteuerung zu definieren.

3. Schwerpunkte der Kritik in den Stellungnahmen

3.1 Stellungnahme des Handelsgerichtes Wien (zugleich auch Stellungnahme des Oberlandesgerichtes Wien)

Vorangestellt und wörtlich zitiert sei der folgende Absatz, der mit einem Hinweis auf die „*Privatheit*“ endet:

„Voraussichtliches Nichterreichen der gewünschten Transparenz bei Privatstiftungen

Erklärtes Ziel der Novelle ist u.a. auch die Erhöhung der Transparenz von Privatstiftungen. Die Konzeption des PSG geht von einer Selbstkontrolle der Privatstiftung aus und sieht bloß subsidiär die gerichtliche Aufsicht, etwa in Form der Abberufungsmöglichkeit von Organmitgliedern (§ 27 Abs 2 PSG) oder der amtswegigen Löschung der Stiftung (§ 35 Abs 3 Satz 2 PSG), vor.

Die Kontrolle der Privatstiftung "von außen" soll weitgehend eingeschränkt sein (6 Ob 180/04h). Der Stifter ist bei der Gestaltung der Stiftungserklärung weitgehend frei; es ist seine Sache, die bewusst knappen gesetzlichen Vorgaben zu ergänzen und jene Strukturen zu schaffen, die die von ihm gewünschte Stiftungsgovernance ergeben (OLG Innsbruck 3 R 13/10a, zitiert nach Fida/Wrann/Zollner, Privatstiftungsgesetz § 9 E 2). Die Forderung von Transparenz hinsichtlich der Privatstiftung ist für sich schon ein Widerspruch; ein Wesenskern der Privatstiftung ist ihre Privatheit.“

3.2 Wer ist Begünstigter?

Diese Frage ist deswegen von Bedeutung, weil es nicht nur um den Empfänger von Zuwendungen geht, sondern auch um jene, die kraft Rechtsstellung als Begünstigte Auskunftsansprüche geltend machen können.

An die Stelle der wegfallenden Meldepflichten nach § 5 PSG tritt nun die erweiterte Meldepflicht nach den Bestimmungen des Wirtschaftlicher Eigentümer Registergesetzes, nach dem nicht nur jene Begünstigte, die tatsächlich Zuwendungen erhalten, sondern der „Kreis der Begünstigten“ und auch alle Personen, die „Kontrolle“ über den Rechtsträger haben - also insbesondere der Stiftungsvorstand - zu melden und zu registrieren sind.

3.3 Rechnungslegungsbestimmungen

Zahlreiche Stellungnahmen kritisieren die neuen Rechnungslegungsbestimmungen (§ 18 des Entwurfs), insbesondere die Offenlegung des Konzernabschlusses und die Berichterstattungspflichten über mittelbare und unmittelbare Beteiligungsgesellschaften einschließlich der Geschäfte, die diese untereinander abschließen. Dies gehe über die Konzernrechnungslegung des UGB hinaus. Der Verwaltungsaufwand für die Erstellung des Beteiligungsspiegels wird ebenfalls kritisiert.

3.4 Stiftungsprüfer

Seitens der Gerichte wird der Wegfall von deren Bestellungskompetenz für den Stiftungsprüfer - auch mit dem Hinweis der dadurch entfallenden Gerichtsgebühren - bemängelt.

3.5 Aufsichtsorgan

3.5.1 Dass ein Aufsichtsorgan - ob es nun freiwillig oder zwingend bestellt wird - aus mindestens drei Mitgliedern zu bestehen hat, wird als unberechtigte Durchbrechung der Stifterautonomie kritisiert (bvp Hügel). Ebenso wird kritisiert, dass mindestens ein Drittel der Mitglieder auch eines freiwilligen Aufsichtsorgans „familienfremd“ sein muss.

In der Stellungnahme des Zentrums ist die Begründung für die Ablehnung wie folgt zusammengefasst:

*„Der Stifter sollte die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans frei gestalten können. Für das freiwillige Aufsichtsorgan im Sinne des § 22 Abs 1 sollte daher **das Erfordernis der Besetzung der Mitglieder des Aufsichtsorgans mit einem Drittel „unabhängiger“ Personen gestrichen** werden. Dies auf den folgenden Gründen:*

- (1) Der Gesetzgeber greift mit dieser Maßnahme ohne Rechtfertigung in private Einrichtungen ein; einer Privatstiftung wird ausschließlich privates Vermögen zur Verwaltung und Zweckverfolgung anvertraut. Daher sollte der vermögenswidmende Stifter auch festlegen können, wem die Kontrolle des gewidmeten Vermögens obliegt, und nicht in dieser Entscheidung beschränkt werden.*
- (2) Der Gesetzgeber nimmt diesen Eingriff vor, ohne die Gewissheit zu haben oder auch nur überlegt zu haben, ob die Kontrolle durch sogenannte unabhängige Personen für die Privatstiftung und ihre Zweckverfolgung besser funktioniert als durch begünstigte Personen und deren Angehörige, die dauerhaft an dem Funktionieren der Privatstiftung interessiert sind. Der Gesetzgeber muss diesen Eingriff rechtfertigen und die Verbesserung belegen können.*
- (3) Die Regelung steht klar im Widerspruch des österreichischen Zugangs zu „unabhängigen“ Mitgliedern im Aufsichtsrat; die Unabhängigkeit muss im Aktienrecht vom Vorstand bestehen, genau dieser Gedanke sollte auch für das Aufsichtsorgan der Privatstiftung gelten.*
- (4) Insbesondere bei „kleinen“ Privatstiftungen, aber auch bei Privatstiftungen mit nur wenigen Begünstigten, besteht kein Erfordernis an einem Aufsichtsorgan, welches aus mindestens drei Mitgliedern besteht. Auch hier soll die Entscheidung über die Ausgestaltung des Aufsichtsorgans dem Stifter überlassen bleiben.*
- (5) Dem Stifter sollte es gestattet sein, im Aufsichtsrat ein vom Kopfstimmrecht abweichendes Stimmrecht vorzusehen (§ 28 Abs 2)*
- (6) Nur wenn die Tätigkeit der Privatstiftung über das Halten und Verwalten von Anteilen, somit über die Ausübung von Gesellschafterrechten hinausgeht, soll ein Aufsichtsorgan eingerichtet werden müssen; dies ist klar festzulegen.“*

3.5.3 Der OGH gibt zu bedenken, dass der Entwurf die Frage des „*vorstandsähnlichen Beirats*“ (in Hinkunft wohl eines „*vorstandsähnlichen Aufsichtsorgans*“) nicht aufgegriffen habe. Je umfangreicher die Befugnisse des Aufsichtsorgans sind, desto eher stelle sich die Frage, ob dem Vorstand noch ein ausreichend eigener unabhängiger Wirkungskreis verbleibt, weil zu starke Einflussmöglichkeiten eines Kontrollorgans dazu führen können, dass dieses als „*vorstandsähnliches*“ Gremium zu qualifizieren sei, dem aufgrund der Inkompatibilitätsregelungen des § 15 überhaupt keine Begünstigten angehören dürfen.

3.5.4 Zur Mitwirkung des Aufsichtsorgans bei der Feststellung von Begünstigten und der Festlegung von Zuwendungen führt der OGH aus:

"Dass das neu eingerichtete Aufsichtsorgan über die Bestimmung des Begünstigten entscheiden können soll (§ 25 Abs 3 Z 4 Entw), ist bedenklich, wenn diesem Organ – sogar mehrheitlich – Begünstigte angehören können (§ 23 Abs 2 Entw e contrario). Damit werden diese gewissermaßen zum „Richter in eigener Sache“ gemacht – eine Konstellation, die der Gesetzgeber sonst im Gesellschaftsrecht durch Normierung entsprechender Stimmverbote vermeidet. Daher sollte dem Aufsichtsorgan hinsichtlich der „Feststellung der Begünstigten“ ein bloßes Vorschlagsrecht eingeräumt werden, wie dies nach dem Entwurf bei den „Zuwendungen an Begünstigte“ vorgesehen ist."

(Anmerkung des Verfassers:

Stimmverbote sind im Gesellschaftsrecht dann vorgesehen, wenn ein Organmitglied, das zugleich auch Gesellschafter ist, durch die Beschlussfassung zu Lasten des Rechtsträgers aus Verpflichtungen befreit wird - wie bei dem regelmäßigen „Entlastungsbeschluss“. Kein Stimmverbot besteht bei Beschlussfassungen zur Ausschüttung des Bilanzgewinns.)

3.6 Meldepflichten (§ 41)

In der Stellungnahme der RAK Wien wird aufgezeigt, dass bereits jetzt § 277 Abs 8 UGB (der allerdings für Privatstiftungen nicht gilt) die Verarbeitung von bestimmten Daten durch die Oesterreichische Nationalbank vorsieht, die ihrerseits diese Daten für statistische Zwecke an Statistik Austria weiterleitet. Ebenso wird aufgezeigt, dass den Finanzbehörden aufgrund der Vorlagepflicht gemäß § 137 BAO alle Unterlagen zur Verfügung stehen.

3.7 Übergangsvorschriften Beirat - Aufsichtsorgan

Angeregt wird die Schaffung von Übergangsbestimmungen für bereits bestehende Beiräte, die als Aufsichtsorgan im Firmenbuch einzutragen sein werden.

3.8 Erlöschen der Funktion von Vorstandsmitgliedern, die auf Lebzeiten bestellt worden sind

Als unsachlich wird die Regelung in den Übergangsbestimmungen kritisiert, die ein automatisches Erlöschen der Funktionsperiode von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes, die (wohl noch vom Stifter) auf Lebzeiten bestellt worden sind, vorsieht.

4. Schlussbemerkung

4.1 Eine Reihe von Hinweisen in den Stellungnahmen sollten zur Klarstellung bei der Endredaktion des Gesetzestextes berücksichtigt werden.

4.2 Da es sich bei dem vorliegenden Entwurf um Kompromisse handelt, die im Rahmen der Regierungsübereinkommen auf Arbeitsebene erzielt worden sind, bedarf es bei weitergehenden Änderungen auch eines politischen Kompromisses.