

Stärken und Schwächen des Privatstiftungsgesetzes.

Dr. Robert Briem, Rechtsanwalt

Der heurige 20. Geburtstag des Privatstiftungsgesetzes (PSG) gibt Anlass zur Frage, wie sich die Rechtsform der Privatstiftung in den vergangenen beiden Jahrzehnten bewährt hat. Aktuell sind rund 3300 Privatstiftungen im Firmenbuch eingetragen. Nach dem Stiftungsboom des Jahres 2000 ist die Zahl der Neueintragungen erheblich zurückgegangen. Im Jahr 2012 wurden erstmals mehr Privatstiftungen im Firmenbuch gelöscht als neu eingetragen.

Für die zunehmende Skepsis gegenüber der Rechtsform der Privatstiftung gibt es mehrere Gründe. Insbesondere sind zu nennen:

- die kontinuierliche Beseitigung der steuerlichen Vorteile für Privatstiftungen,
- das unklare Kontrollkonzept der Privatstiftung, das in Verbindung mit der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu Rechtsunsicherheit führt,
- Fehlentwicklungen bei einzelnen Privatstiftungen, insbesondere Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Stiftern und/oder Begünstigten einerseits und dem Stiftungsvorstand andererseits.

In vielen Fällen – dies sind jene Fälle, die nicht in die höchstgerichtliche Judikatur Eingang finden – hat sich die Rechtsform der Privatstiftung jedoch voll und ganz bewährt. Dies gilt insbesondere für Unternehmensträgerstiftungen. Die Bündelung der Gesellschaftsanteile in der Privatstiftung hat den klaren Vorteil, dass sich Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen nicht unmittelbar auf das Unternehmen auswirken, dessen Anteile von der Privatstiftung gehalten werden. Die Familie spricht vielmehr – mittelbar über die Privatstiftung – mit einer Stimme.

„Schwarz-Weiß-Malerei“ ist, wie so oft, auch bei der Privatstiftung nicht angebracht. Oft sind es spezifische Situationen, die dazu führen, dass sich eine Privatstiftung nicht bewährt. Analysiert man die Gründe hierfür, so stellt sich mitunter heraus, dass die Probleme nicht „stiftungsgeboren“ sind, sondern auch dann aufgetreten wären, wenn keine Privatstiftung errichtet worden wäre.

Stärken des Privatstiftungsgesetzes.

Eine der Stärken des PSG liegt darin, dass die Privatstiftung – stärker als jede andere Rechtsform und stärker als jeder Syndikatsvertrag – **den Zusammenhalt von Vermögen**, insbesondere von Unternehmensanteilen, zu sichern vermag und damit der Zersplitterung von Vermögen vorbeugt. Dies war eines der zentralen Anliegen des Gesetzgebers im Jahr 1993, das grundsätzlich erfüllt wurde.

Eine weitere Stärke des PSG ist seine **Flexibilität**. Der zentrale Teil der Vermögensnachfolgeregelung, also wer zu welchen Anteilen Begünstigter ist und in der Begünstigtenstellung nachfolgt und in welcher Höhe Zuwendungen an die Begünstigten getätigt werden sollen, ist weitgehend der Entscheidung des Stifters überlassen.

Die Rechtsform der Privatstiftung ist auch flexibel genug, um auf Sondersituationen reagieren zu können. Exemplarisch sei hier nur der Fall genannt, dass sich eine Familie zu einem späteren Zeitpunkt dafür entscheidet, dass das Vermögen der Privatstiftung, sei es rechtlich oder nur wirtschaftlich, wieder getrennt werden soll. Hierfür bietet sich entweder das erst durch die Praxis geschaffene Instrument der **Sub- bzw. Folgestiftung** (die Privatstiftung errichtet ihrerseits, in der Regel gemeinsam mit einzelnen ihrer Begünstigten, eine neue Privatstiftung und überträgt auf diese Teile ihres Vermögens) oder die Einrichtung von sogenannten **Rechenkreisen** in der Privatstiftung an. Beide Instrumente wurden bereits wiederholt, beispielsweise nach dem Verkauf der Beteiligung an einem operativen Unternehmen oder im Rahmen von Ehescheidungen, eingesetzt.

Infolge der Flexibilität des PSG haben sich auch **mehrere Typen von Privatstiftungen** herausgebildet. Als Grundtypen stehen einander die stifter- bzw. familienkontrollierte Privatstiftung und die vorstandsdominierte Privatstiftung gegenüber.

Bei der **stifter- bzw. familienkontrollierten Privatstiftung** haben sich die Stifter bzw. die Stifterfamilie insbesondere folgende Rechte vorbehalten:

- das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung und zum Teil das Recht auf Widerruf der Privatstiftung,
- das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe beschränkte Recht auf Abberufung des Stiftungsvorstandes,
- das Vorschlagsrecht für die Bestellung des Stiftungsprüfers,
- das Recht zur Bestellung der Mitglieder eines freiwilligen Organs, in der Regel eines Stiftungsbeirates, wobei die Vornahme bestimmter wichtiger Geschäfte der Zustimmung dieses Organs vorbehalten wird (siehe dazu „Schwächen des Privatstiftungsgesetzes“ auf Seite 11).

Bei der **vorstandsdominierten Privatstiftung** behält sich der Stifter zwar in der Regel das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung vor, die sonstigen Rechte kommen jedoch allein dem Stiftungsvorstand zu: Der Stiftungsvorstand wird auf unbestimmte Zeit bestellt und bestellt sich selbst nach (Kooptation). Dem Stiftungsvorstand kommt das Recht zu, aus einem nur allgemein umschriebenen Begünstigtenkreis die konkreten Begünstigten festzustellen und zu entscheiden, in welcher Höhe Zuwendungen an die Begünstigten getätigt werden. Konkrete Regelungen über die Gewährung der Zuwendungen finden sich bei diesem Typus der Privatstiftung in der Regel nicht. Mitunter finden sich sogenannte „Absichtserklärungen“, in denen – vergleichbar einem „Letter of Wishes“ – dem Stiftungsvorstand ausdrücklich als unverbindlich erklärte Leitlinien für seine Ermessensausübung zur Hand gegeben werden. Ein Stiftungsbeirat findet sich bei diesen Privatstiftungen mitunter überhaupt nicht. Bei dieser reinen Form der vorstandsdominierten Privatstiftung ist der Begünstigte „auf Gedeih und Verderb“ dem Stiftungsvorstand ausgeliefert. Nur in den Fällen, in denen sich der Stiftungsvorstand eine grobe Pflichtverletzung zu Schulden kommen lässt, kann sich der Begünstigte im Wege eines Antrages auf gerichtliche Abberufung (§ 27 Abs. 2 PSG) wehren.

Die höchstgerichtliche Judikatur zeigt, dass sich das Phänomen der Privatstiftung auch **außerhalb des Privatstiftungsrechtes** in die österreichische Rechtsordnung einordnen lässt, ohne dass es für jeden Rechtsbereich spezifischer Sondervorschriften bedarf. Dementsprechend ist zwischenzeitig geklärt, dass die Zweijahresfrist des § 785 Abs. 3 ABGB, nach deren Ablauf das der Privatstiftung geschenkte Vermögen nicht mehr in die Pflichtteilsberechnung einzubeziehen ist, so lange nicht zu laufen beginnt, als sich der Stifter das alleinige Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehalten hat, wobei m. E. bereits ausreichend ist, dass sich der Stifter nur das alleinige Änderungs- oder Widerrufsrecht vorbehalten hat. Weiters ist geklärt, dass dann, wenn sich der Stifter entweder das alleinige Änderungs- oder Widerrufsrecht vorbehalten hat oder dem Stifter in der Stiftungserklärung sonstige einseitige Gestaltungsrechte (wie etwa Anspruch auf Zuwendungen in beliebiger Höhe, auch aus der Substanz des Stiftungsvermögens) eingeräumt wurden, ein Dritter (der Gläubiger) anstelle des Stifters ermächtigt werden kann, diese Gestaltungsrechte auszuüben. Damit wird in sachgerechter Weise dem Umstand Rechnung getragen, dass sich das Vermögen der Privatstiftung eben nicht endgültig vom Stifter verselbstständigt hat, sondern dass sich der Stifter noch Rechte vorbehalten hat, die ansonsten eben nur einem Eigentümer zukommen. Der Stifter hat daher bei Errichtung der Privatstiftung oder allenfalls im Rahmen einer Änderung der Stiftungserklärung in einer abwägenden Betrachtung zu entscheiden, was ihm wichtiger ist: die uneingeschränkten Gestaltungsrechte oder die vollständige Vermögenstrennung mit der Absicherung des Stiftungsvermögens gegen Risiken, die in seiner persönlichen Sphäre liegen.

Schwächen des Privatstiftungsgesetzes.

Eine der zentralen Schwächen des PSG ist das unklare **Kontrollkonzept der Privatstiftung**, das in Verbindung mit der Judikatur des Obersten Gerichtshofes nach wie vor zu Rechtsunsicherheit führt. Diese Rechtsunsicherheit wurde zwar mit der Novelle des PSG im Jahr 2010 zum Teil beseitigt, die entscheidende Frage, ob es zulässig ist, einen aufsichtsratsähnlichen Beirat ausschließlich oder überwiegend mit Begünstigten zu besetzen, ist jedoch nach wie vor strittig.

Wurzel des Problems sind zwei **Unvereinbarkeitsbestimmungen** des PSG: zum einen die Regelung des § 15 Abs. 2 PSG, wonach Begünstigte und deren Angehörige nicht zu Mitgliedern des Stiftungsvorstandes bestellt werden dürfen, zum anderen die Regelung des § 23 Abs. 2 PSG, wonach Begünstigte und deren Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen.

Durch die Novelle 2010 ist geklärt, dass einem ausschließlich oder überwiegend aus Begünstigten bestehenden Beirat das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe im Sinne des § 27 Abs. 2 Z 1 bis 3 PSG beschränkte Recht zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes eingeräumt werden dürfen. Nicht geklärt ist jedoch die Frage, ob – vergleichbar dem Aufsichtsrat – auch ein **Katalog von Geschäften** vorgesehen sein darf, **die der Zustimmung eines ausschließlich oder überwiegend aus Begünstigten bestehenden Beirates bedürfen**. Hierbei handelt es sich um ein entscheidendes Kontrollrecht, weil damit präventiv Kontrolle auf das Handeln der Privatstiftung ausgeübt werden kann. Nach der mehrheitlich im Schrifttum vertretenen Auffassung ist dies zulässig, doch fehlt es hierzu bisher an einer höchstgerichtlichen Entscheidung.

Mit dieser Frage wird jedoch ein Nerv der Privatstiftung getroffen. Bei der stifter- bzw. familienkontrollierten Privatstiftung ist es ausdrücklicher Wille der Stifter, dass die Familienangehörigen auch nach der Errichtung der Privatstiftung Kontrollrechte ausüben können. Dies ist auch folgerichtig, weil die Begünstigten wirtschaftlich sowohl Nutznießer als auch Leidtragende des wirtschaftlichen Handelns der Privatstiftung sind. Im Rahmen einer **Foundation Governance** ist es daher sinnvoll, den Begünstigten wirksame Kontrollrechte im Sinne einer laufenden Kontrolle und organmäßigen Einbindung in das Stiftungsgeschehen zu geben. Dies hat den Vorteil, dass die Begünstigten – über ihre Mitgliedschaft in Organen der Privatstiftung – in die Tätigkeit der Privatstiftung laufend eingebunden sind und damit einen viel tieferen Einblick in die Angelegenheiten der Privatstiftung erlangen als etwa über die Ausübung des Auskunftsrechts nach § 30 PSG. Damit werden in der Regel eine Transparenz und eine Vertrauensbasis geschaffen, die die Beschreitung des Gerichtsweges entbehrlich machen. Lehnt man hingegen die Kontrolle durch die Begünstigten ab, bleibt nur der gerichtliche Rechtsschutz der Begünstigten.

Damit geht einher (und dies ist eine weitere Schwäche des PSG), dass den **Gerichten** – auch dort, wo dies nicht zwingend erforderlich ist – **umfangreiche Kontrollkompetenzen** eingeräumt werden und nicht den Begünstigten oder sonstigen vom Stifter hierzu berufenen Personen.

Dies beginnt bereits mit der **Bestellung des Stiftungsprüfers**, der dann, wenn kein Aufsichtsrat besteht, ausnahmslos vom Gericht bestellt wird (§ 20 Abs. 1 PSG). Das Gericht hat jedoch überhaupt keine Möglichkeit, die Tätigkeit des Stiftungsprüfers zu kontrollieren. Dem Gericht wird weder der Prüfungsbericht noch der Bestätigungsvermerk übermittelt. Das Gericht weiß daher nicht einmal, ob der Stiftungsprüfer seinen Aufgaben nachkommt. In der Praxis kommt es des Öfteren vor, dass zwar ein Stiftungsprüfer bestellt ist, dieser jedoch jahrelang keine Prüfungshandlungen setzt. Weiters passiert es, dass ein Stiftungsprüfer jahrelang tätig ist und die Jahresabschlüsse der Privatstiftung testiert, ohne dass er noch aufrecht bestellt ist. Mitunter sind weder die Mitglieder des Stiftungsvorstandes noch der Stiftungsprüfer aufrecht bestellt, ohne dass dies irgendjemandem auffällt.

Dieser Problembereich setzt sich mit der **Bestellung des Aufsichtsrates** fort. Die Mitglieder des Aufsichtsrates werden – mit Ausnahme der Mitglieder des ersten Aufsichtsrates, der bei Errichtung der Privatstiftung bestellt wird – vom Gericht bestellt (§ 24 Abs. 1 PSG). Auch hier kann das Gericht in keiner Weise kontrollieren, ob der Aufsichtsrat die ihn treffenden Pflichten erfüllt. Dem Gericht werden weder Protokolle der Aufsichtsratssitzungen noch Beschlüsse des Aufsichtsrates oder sonstige Unterlagen der Privatstiftung, insbesondere kein Jahresabschluss, vorgelegt. Die konkreten Verhältnisse der Privatstiftung, insbesondere deren Vermögensverhältnisse, sind daher dem Gericht unbekannt. Der bloße Umstand, dass die Privatstiftung – anders als eine Gesellschaft – keine Gesellschafter hat, vermag diese zwingende Gerichtskompetenz nicht zu rechtfertigen. Auch bei einer Privatstiftung gibt es – Gesellschaftern vergleichbar – wirtschaftlich interessierte Personen, die ein unmittelbares Interesse an einer wirksamen Kontrolle der Privatstiftung haben. Die ausnahmslos gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (abgesehen von allfälligen Arbeitnehmervertretern) ist auch der Grund dafür, weshalb Privatstiftungen nur sehr vereinzelt einen Aufsichtsrat haben. Weiters ist die Regelung, dass Begünstigte und deren nahe Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, abzulehnen. Damit werden, wie bereits ausgeführt, gerade jene Personen von der mehrheitlichen Besetzung im Aufsichtsrat ausgeschlossen, die ein unmittelbares Interesse an einer wirksamen Kontrolle der Privatstiftung haben.

Die unnötige Konzentration der Kontrollkompetenzen beim Gericht setzt sich im Bereich der **In-sich-Geschäfte** fort. Nach der (grundsätzlich sinnvollen) Bestimmung des § 17 Abs. 5 PSG bedürfen Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes dann, wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichtes. Die Gerichte lagern in der Praxis die Entscheidung regelmäßig auf den Stiftungsprüfer aus, in dem sie vor einer Genehmigung nach § 17 Abs. 5 PSG eine Stellungnahme des Stiftungsprüfers einholen und anschließend nur noch eine „Plausibilitätskontrolle“ dieser Stellungnahme vornehmen. Sinnvoller wäre es, wenn die Kompetenz zur Genehmigung von In-sich-Geschäften auch einem freiwilligen Organ im Sinne des § 14 Abs. 2 PSG, insbesondere einem Stiftungsbeirat, zugewiesen werden könnte. Damit hätte es der Stifter in der Hand, allgemein Interessenkollisionen aufzulösen, ohne dass jedes Mal das Gericht befasst werden müsste.

Unbedingt nötig sind die **sonstigen Kontrollrechte**, die dem Gericht zugewiesen sind, insbesondere das Recht zur ersatzweisen Bestellung der Mitglieder von Stiftungsorganen, das auf wichtige Gründe beschränkte Recht zur Abberufung von Stiftungsorganen, die Kompetenz, die Einsicht in die Unterlagen der Privatstiftung zu gewähren, sowie das Recht, eine Sonderprüfung anzuordnen. Diese Kontrollrechte haben sich, mag man auch in Einzelfällen mit den gerichtlichen Entscheidungen nicht konform gehen, bewährt und sind umso notwendiger, wenn es der Stifter unterlässt, in der Stiftungserklärung selbst wirksame Kontrollregelungen vorzusehen.

Der Privatstiftung eilt der Ruf voraus, dass sie keine geeignete Rechtsform für **unternehmerische Entscheidungen** ist. Dies ist zum einen darin begründet, dass in vielen Privatstiftungen Angehörige der freien Berufe (Wirtschaftstreuhänder, Notare, Rechtsanwälte) Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind und diesen Personen keine Fähigkeit zu unternehmerischen Entscheidungen zugetraut wird, zum anderen darin, dass die Mitglieder des Stiftungsvorstandes infolge der damit verbundenen Haftungsrisiken oft nicht bereit sind, unternehmerische Risiken einzugehen. Bei genauerer Analyse zeigt sich jedoch, dass in der Stiftungserklärung sehr wohl Regelungen getroffen werden können, die unternehmerische Entscheidungen erleichtern. Oft geht es nur darum, spezifische haftungsbezügliche Regelungen in der Stiftungserklärung (z. B. „Stiftungszweck ist ... die Erhaltung des Stiftungsvermögens.“) zu beseitigen. Mehr und mehr setzt sich die Auffassung durch, dass es auch bei Privatstiftungen einen haftungsfreien Ermessensspielraum gibt, der nach den Kriterien der „Business Judgment Rule“ konkretisiert werden kann. Da anders als etwa im GmbH-Recht nur in sehr eingeschränktem Umfang Weisungen an den Stiftungsvorstand möglich sind, bedarf es in bestimmten Fällen eines klaren stiftungsurkundlichen Auftrages, um das Haftungsrisiko der Stiftungsorgane zu beseitigen. Dieser stiftungsurkundliche Auftrag kann, sofern sich der Stifter das Änderungsrecht vorbehalten hat, auch nachträglich in die Stiftungserklärung aufgenommen werden.

Ein Manko des ansonsten in vielen Bereichen liberalen PSG ist, dass der **Stifterkreis nachträglich nicht erweitert** werden kann. Mehr und mehr stellt sich der Wunsch heraus, dass auch die zweite und dritte Generation der Stifterfamilie, die, aus welchen Gründen immer, nicht in den Stifterkreis aufgenommen wurden, das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung haben sollen. Dieser Wunsch ist berechtigt, weil niemand in der Lage ist, alle Eventualitäten für 100 Jahre im Voraus (dies ist nach § 35 Abs. 2 Z 3 PSG der maximale Planungshorizont einer Versorgungs-Privatstiftung) zu regeln. Anerkennt man den Primat des Stifterwillens, so wäre Voraussetzung für eine nachträgliche Erweiterung des Stifterkreises, dass der oder die noch änderungsberechtigten Stifter durch eine Änderung der Stiftungsurkunde bestimmen, dass weitere Personen in den Kreis der änderungsberechtigten Stifter aufgenommen werden. Die Erweiterung des Stifterkreises wäre damit klar vom Willen der ursprünglichen Stifter getragen. Die Rechtsform der Privatstiftung würde dadurch wesentlich an Flexibilität gewinnen.

Resümee.

Die Privatstiftung hat das Hauptanliegen des PSG, nämlich den Zusammenhalt von Vermögen zu sichern, erfüllt. Dies ist eine der wesentlichen Stärken des PSG.

Eine weitere Stärke des PSG ist seine Flexibilität. Darin liegt jedoch auch eine der Gefahren bei der Abfassung einer Stiftungserklärung. Fehlen konkrete Regelungen in der Stiftungserklärung, so kommen die entsprechenden Kompetenzen (oft ungewollt) dem Stiftungsvorstand zu. Möchte man im Sinne einer stifter- bzw. familienkontrollierten Privatstiftung verhindern, dass sich der Stiftungsvorstand „verselbstständigt“ und die Begünstigten auf „Gedeih und Verderben“ dem Stiftungsvorstand ausgeliefert sind, so gilt es, in der Stiftungserklärung entsprechende Regelungen vorzusehen. Ein allfälliges Defizit in der Stiftungserklärung kann jedoch nicht der Rechtsform der Privatstiftung angelastet werden.

Die Hauptschwäche des PSG ist das unklare Kontrollkonzept. Insbesondere die Frage, ob bestimmte wichtige Maßnahmen der Zustimmung eines ausschließlich oder mehrheitlich aus Begünstigten bestehenden Beirates vorbehalten werden dürfen, ist nach wie vor strittig. Eine weitere Schwäche des PSG ist, dass den Gerichten – auch dort, wo dies nicht zwingend erforderlich ist – umfangreiche Kontrollkompetenzen eingeräumt werden und nicht den Begünstigten oder sonstigen vom Stifter hierzu berufenen Stellen.

Die österreichische Privatstiftung steht seit dem neuen Steuerabkommen mit Liechtenstein in unmittelbarem Wettbewerb mit der liechtensteinischen Stiftung. Die Eingangssteuer beträgt für Zuwendungen an intransparente liechtensteinische Stiftungen bei Offenlegung der Dokumente 5,0 Prozent, sofern die Stiftung in Liechtenstein nicht als „Privatvermögensstruktur“ im Sinne des Art. 64 des liechtensteinischen Steuergesetzes besteuert wird. Dies stellt zwar gegenüber der Stiftungseingangssteuer von 2,5 Prozent für Zuwendungen an österreichische Privatstiftungen einen Nachteil dar, doch wird dieser Nachteil infolge der niedrigen laufenden Besteuerung in Liechtenstein wieder rasch ausgeglichen. Es wäre im Interesse des Standortes Österreich, dass die österreichische Privatstiftung im Vergleich zur liechtensteinischen Stiftung weiterhin konkurrenzfähig bleibt.



Stiftungen im Fokus.

August 2013.

Das Leben ist voller Höhen
und Tiefen. Wir sind für Sie da.

Willkommen bei der
 **Bank Austria**
Private Banking
Member of  **UniCredit**