

# **Die Vertreibung des Vermögens österreichischer Privatstiftungen ins Ausland**

*Günter Cerha*

- I. System und Charakter der Privatstiftung**
- II. Stiftungsvorstand – Beirat: historische Entwicklung**
- III. Aufsichtsrat: historische Entwicklung**
- IV. Aufsichtsrat: gesetzliche Regelungen**
- V. Der „aufsichtsratsähnliche Beirat“**
- VI. Zusammensetzung eines (aufsichtsratsähnlichen) Beirates**
- VII. Einflussmöglichkeiten von Begünstigten – Unvereinbarkeitsregeln**
- VIII. Änderung des Privatstiftungsgesetzes (Budgetbegleitgesetz 2011)**
- IX. OGH 9.9.2013 (6 Ob 139/13 d)**
- X. Zusammenfassung**

Die Schaffung des österreichischen Privatstiftungsgesetzes hatte vor 20 Jahren sehr wesentliche volkswirtschaftliche und zivilrechtliche Gründe (siehe Erläuterungen zur Regierungsvorlage). Diese Gründe haben heute noch mehr Bedeutung als damals.

Nach der schrittweisen Beseitigung gewisser volkswirtschaftlich gerechtfertigter steuerlicher Anreize führt die Interpretation des Privatstiftungsgesetzes durch den OGH zum System und wesentlichen Grundsätzen des Rechtsinstituts der Privatstiftung im Gegensatz zum Gesetzeswortlaut und den Absichten des historischen Gesetzgebers nicht nur zu einer völligen Verunsicherung, zu **Misstrauen** hinsichtlich der für dieses Rechtsinstitut so wesentlichen Rechtssicherheit und Kontinuität, sondern vor allem zu Empörung von Stiftern und bereits in vielen Fällen zur Überlegung und zum Entschluss, das Stiftungsvermögen ins Ausland zu transferieren und die österreichische Privatstiftung aufzulösen. Der **Schaden für Österreich ist gravierend und nachhaltig**.

Die Privatstiftung ist ein Rechtsinstitut zur Ordnung und Sicherung von Privatvermögen, Lösung von Nachfolgeproblemen im Unternehmensbereich und zur Überbrückung schwieriger Perioden im Rahmen der Eigentumsverhältnisse. Oberster Grundsatz, der sich aus dem Gesetz und den Materialien, insb den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ergibt und an dem sich auch die Interpretation des Gesetzes zu orientieren hat, ist der **Stifterwille**.

Das Gesetz sieht einige ausdrücklich und klar geregelte Ordnungsvorschriften vor, die aber nicht gegen den Stifterwillen auf andere im Gesetz nicht geregelte Sachverhalte durch Interpretation ausgedehnt werden können, wodurch Charakter und System des Rechtsinstituts verändert werden würden. Es würde damit ohne Gesetzesänderung eine neue Rechtslage geschaffen, auf die bereits verstorbene Stifter nicht mehr durch Änderungen der Stiftungserklärung reagieren können. In vielen Fällen wären unter solchen Voraussetzungen die Privatstiftungen gar nicht errichtet worden. Es würde sich damit um einen nicht akzeptablen Eingriff in das Privatvermögen handeln – entgegen der Absicht des historischen Gesetzgebers und ohne Befassung des aktuellen Gesetzgebers.

Es handelt sich um die Interpretation von Bestimmungen und Grundsätzen des Privatstiftungsgesetzes iZm folgenden **Problem Bereichen**, zu welchen bereits 1997 *P. Doralt* (GesRZ 1997, 125 ff) und *H. Torggler* (GesRZ 1997, 140 ff) klar und deutlich Stellung genommen haben:

- **Zusammensetzung eines Beirates**
- **aufsichtsratsähnlicher Beirat**
- **Einflussmöglichkeiten von Begünstigten**
- **Ausdehnung der Unvereinbarkeitsregeln auf weitere Organe**

# I. System und Charakter der Privatstiftung

Mit der Schaffung des Privatstiftungsgesetzes war nicht beabsichtigt ein mit der historischen Stiftung auf dem europäischen Kontinent vergleichbares Rechtsinstitut zu schaffen und daher bestand auch nicht die Absicht bestehende Gesetze zu ändern, sondern ein neues Rechtsinstitut zur Ordnung von Privatvermögen zu schaffen, das dem Sinn und Zweck des jahrhundertealten und sehr bewährten Trust-Rechts im anglo-amerikanischen Rechtsbereich entspricht und sich in großen durch diesen Rechtsbereich beeinflussten Teilen der Welt durchgesetzt hat. Am europäischen Kontinent gab es nur in Liechtenstein ein vergleichbares Rechtsinstitut, das in den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts geschaffen wurde und daher ein wesentliches Vorbild bei der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfes und der Regierungsvorlage darstellte. Da es sich um eine eigentümerlose Rechtsform handelt, waren gewisse Schutzmechanismen vorzusehen. In welcher Weise der Stifter solche Schutzmechanismen ausgestalten will und in welcher Weise er dabei auf die konkreten Familienverhältnisse und Nachfolgeprobleme Rücksicht nehmen will, sollte ihm allein überlassen bleiben. Es gibt Fälle, in welchen Stifter Einflussnahme von Familienmitgliedern weitgehend ausschließen wollen, und es gibt andere Fälle, in welchen ein durch Familienmitglieder besetztes Organ wesentliche und unter Umständen auch weitreichende Kontrollfunktionen haben soll, wobei die Praxis zeigt, dass diese zuletzt genannten Fälle weitaus überwiegen.

Struktur und Charakter der Privatstiftung dienen dem **Willen des Stifters**, der im Stiftungszweck und den übrigen Regelungen der Stiftungserklärung zum Ausdruck kommt. Vorrangige Aufgabe des Gesetzgebers und der Rsp ist es, diesen Grundsatz und damit die vom Stifter getroffenen Regelungen zu schützen, soweit nicht sehr schwerwiegende Gründe einen dem Stifterwillen widersprechenden Eingriff in diese Privatvermögensstruktur rechtfertigen.

## II. Stiftungsvorstand – Beirat: historische Entwicklung

Im Arbeitskreis im Justizministerium, in welchem der Gesetzesentwurf ausgearbeitet wurde, waren folgende Überlegungen für die Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes maßgeblich:

Der Stiftungsvorstand, der auf die Einhaltung des Stifterwillens, des Stiftungszwecks und der Bestimmungen der Stiftungserklärung zu achten hat, sollte zum Schutz des Vermögens und der Begünstigten aus mindestens drei natürlichen, aber ausschließlich aus familienfremden Personen bestehen.

Weder im liechtensteinischen Stiftungsrecht noch im anglo-amerikanischen Trust-Recht ist die Mitgliedschaft von Begünstigten oder deren Angehörigen im Stiftungsrat bzw als Trustee ausgeschlossen. In der Praxis fungieren Begünstigte oder deren Verwandte auch häufig als Trustee oder Stiftungsrat. Dennoch wurde

beschlossen, die Besetzung des Stiftungsvorstandes als oberstes Organ ausschließlich durch familienfremde Personen vorzusehen, damit Interessenskonflikte vermieden werden können, wenn bspw nur ein Begünstigter Einflussmöglichkeiten als Mitglied des Stiftungsvorstandes hat, andere Begünstigte aber nicht.

Die eingehende Diskussion zu diesem Thema ergab, dass es andererseits möglich sein soll, dass der Stifter den Begünstigten oder deren Angehörigen alle Kontrollmöglichkeiten in einem weiteren Organ (Beirat, Kuratorium) einräumen kann, wenn er das will und dass einem solchen Organ keine familienfremden Mitglieder angehören müssen. Damit wurde ohnedies eine im internationalen Vergleich sehr restriktive Regelung vorgesehen, die in der Praxis vielfach nicht gutgeheißen und nur akzeptiert wurde, weil die Möglichkeit besteht, auch einen ausschließlich mit Begünstigten besetzten Beirat zu installieren.

### III. Aufsichtsrat: historische Entwicklung

Der von der Arbeitsgruppe im BMJ ausgearbeitete Entwurf enthielt zunächst keine Bestimmungen über einen Aufsichtsrat, weil es dem Stifter überlassen sein sollte, ob, mit welchen Aufgaben und welcher Organisation er ein Aufsichts- und Kontrollorgan oder ein bloßes Beratungsorgan vorsieht.

Das langjährige Bemühen der Arbeiterkammer, Mitbestimmungsregelungen auf der Ebene von Konzern-Holdinggesellschaften durchzusetzen, hatte kurze Zeit davor zu entsprechenden gesetzlichen Regelungen geführt und daher verlangten Vertreter der Arbeiterkammer in der erweiterten Arbeitsgruppe nach dem Begutachtungsverfahren die Aufnahme von Bestimmungen in das Privatstiftungsgesetz, die eine Umgehung dieser Mitbestimmungsrechte durch eine Privatstiftung anstelle einer Holdinggesellschaft vermeiden sollten.

Deshalb kam es in der letzten Phase vor Fertigstellung der Regierungsvorlage zur Aufnahme von Bestimmungen über einen zwingenden Aufsichtsrat, wenn auf Ebene der Stiftung bestimmte, den für Holdinggesellschaften geltenden Bestimmungen nachgebildete Voraussetzungen vorliegen.

Diese in der letzten Phase der Arbeiten eingefügten Bestimmungen über einen Aufsichtsrat stellen im System und Charakter des Privatstiftungsgesetzes einen Fremdkörper dar, der damals für ein der Privatstiftung gewidmetes Privatvermögen nur deshalb akzeptabel erschien, weil mit Rücksicht auf das Verbot einer gewerblichen Tätigkeit der Privatstiftung damit zu rechnen war, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bildung eines Aufsichtsrates in der Regel nicht vorliegen würden – die Praxis hat diese Annahme auch bestätigt – und der Aufgabenbereich eines solchen Aufsichtsrates auf inländische Unternehmensbeteiligungen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen beschränkt wurde.

## IV. Aufsichtsrat: gesetzliche Regelungen

Der historischen Entwicklung entsprechend sieht das Gesetz nicht einen Aufsichtsrat der **Privatstiftung** vor, sondern einen **Aufsichtsrat für inländische Unternehmensbeteiligungen**, der auf Ebene der Privatstiftung eingesetzt wird,

- wenn bestimmte sachliche Voraussetzungen zutreffen (derartige Fälle sind aus der Praxis kaum bekannt);
- der Aufsichtsrat vom Gericht bestellt wird,
- mit einem Aufgabenbereich, der nicht das Vermögen der Privatstiftung insgesamt betrifft, sondern ausdrücklich nur auf „*Angelegenheiten der einheitlichen Leitung oder unmittelbaren Beherrschung inländischer Kapitalgesellschaften beschränkt ist*“ (§ 25 Abs 2 PSG);
- und bei **Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen vom Gericht zwingend aufzulösen ist** (§ 24 Abs 2 PSG).

Diese Regelungen des Privatstiftungsgesetzes sind nur aus der historischen Entwicklung und dem konkreten Zweck des Schutzes von Mitbestimmungsrechten im inländischen Unternehmensbereich verständlich und fügen sich nicht in das System und den Charakter der Privatstiftung ein, wonach es grundsätzlich dem Stifter obliegt, Regelungen zur Aufsicht und Kontrolle nach seinen Vorstellungen zu treffen.

So sind auch der eingeschränkte Aufgabenbereich eines gesetzlich zwingenden Aufsichtsrates und die zwingende Auflösung bei Wegfall der Voraussetzungen zu verstehen. In zahlreichen Privatstiftungen gibt es gar kein Beteiligungsvermögen und in Privatstiftungen, die an Unternehmen beteiligt sind, liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bildung eines Aufsichtsrates in der Regel nicht vor und es besteht meist neben den Unternehmensbeteiligungen ein wesentliches weiteres Vermögen, auf welches sich der Aufgabenbereich eines solchen Aufsichtsrates nach den ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen nicht erstreckt.

## V. Der „aufsichtsratsähnliche Beirat“

Für das eigentümerlose Rechtsinstitut Privatstiftung obliegt es dem Stifter, aus dessen Privatvermögen das Stiftungsvermögen entsteht, ihm im konkreten Fall geeignet erscheinende Kontrollmechanismen vorzusehen. Der Gesetzgeber hat Einschränkungen bewusst nur hinsichtlich der Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes normiert, nicht aber hinsichtlich weiterer Organe, für welche es erforderlich ist, dass der Stifter auf die Situation des Einzelfalls Rücksicht nehmen kann. Dies ist ein essentieller Bestandteil des Systems und Charakters der Privatstiftung.

Einem „weiteren Organ“, meist einem Beirat, soll und wird der Stifter in der Regel **aufsichtsratsähnliche Aufgaben** zuweisen. Dies bedeutet, dass ein Beirat ähnlich wie ein Aufsichtsrat im Gesellschaftsrecht Zustimmungsbefugnisse zu wesentlichen Maßnahmen des Vorstandes erhält, nicht aber Weisungsrechte. Der Beirat dient dem Schutz des Stiftungsvermögens und der Einhaltung der Stiftungserklärung, welcher der Stiftungsvorstand in gleicher Weise verpflichtet ist. Der Beirat hat keine über die üblichen aufsichtsratsähnlichen Aufgaben hinausgehende Funktion wie etwa operative Aufgaben, die dem Stiftungsvorstand vorbehalten sind.

## VI. Zusammensetzung eines (aufsichtsratsähnlichen) Beirates

Hinsichtlich der Zusammensetzung weiterer Organe hat das Privatstiftungsgesetz keine **Einschränkungen** gemacht.

Die nur für besondere, in in der Praxis kaum vorkommenden Situationen geltenden Bestimmungen für den gesetzlich zwingenden Aufsichtsrat für inländische Unternehmensbeteiligungen können, wie dargestellt, auch im Auslegungswege nicht mit der Begründung herangezogen werden, dass der Beirat **aufsichtsratsähnliche Funktionen** erhält. Hätte der historische Gesetzgeber das beabsichtigt, wären für eine derart wesentliche Frage grundsätzlich andere Bestimmungen erforderlich gewesen.

Die Rechtslage für den Aufsichtsrat im Gesellschaftsrecht kann ebenfalls nicht herangezogen werden, da es sich um Privatvermögen handelt und nicht um eine unternehmerische Tätigkeit, die der Privatstiftung auch untersagt ist. Die Rsp zum Gesellschaftsrecht hat Mitbestimmungsrechte zum Thema, welche in Privatvermögen und bei der Privatstiftung in der Regel keine Rolle spielen. Der gesetzlich vorgesehene Aufsichtsrat betrifft nur seltene Sonderfälle.

Das OLG Innsbruck hat in der Entscheidung vom 5.3.2010 (3 R13/10a) zu Recht darauf hingewiesen, dass eine § 23 Abs 2 PSG (Zusammensetzung des Aufsichtsrates) vergleichbare Bestimmung für weitere Organe zB für einen Beirat fehlt und der Gesetzgeber in § 23 Abs 3 PSG ausdrücklich zwischen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und einem „vergleichbaren Organ“ unterscheidet. Das Ausschlussgebot des § 23 Abs 2 2. Satz PSG ist daher auf einen Beirat nicht zwingend analog anwendbar. Die Bindung der Einflussnahmerechte muss nicht an den Stifter selbst erfolgen, es ist genauso möglich und zulässig, Gestaltungsrechte einem vom Stifter eingesetzten Organ der Privatstiftung zu überlassen.

## VII. Einflussmöglichkeiten von Begünstigten – Unvereinbarkeitsregeln

Gerade weil der historische Gesetzgeber eine im internationalen Vergleich sehr strenge Regel zur Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes mit ausschließlich familienfremden Mitgliedern und einer hohen Mindestanzahl von drei Mitgliedern vorgesehen hat, sollte der Stifter bei der Regelung der Zusammensetzung weiterer Organe frei sein. Der Stifter kann daher Regelungen vorsehen, wonach ein Beirat – und selbstverständlich auch ein aufsichtsratsähnlicher Beirat – ausschließlich mit Begünstigten oder von Begünstigten bestellten Personen zu besetzen ist. **Die Bestimmungen des Privatstiftungsgesetzes über den Aufsichtsrat sind auf weitere Organe und daher auch auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat nicht anwendbar.**

Auch der Umweg, die Unvereinbarkeitsbestimmungen für den Stiftungsvorstand auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat anwenden zu wollen, widerspricht nicht nur dem Gesetzeswortlaut, der diese Bestimmungen ausdrücklich für den Stiftungsvorstand und nicht für weitere Organe vorsieht, sondern vor allem auch der Absicht des historischen Gesetzgebers im Kontrollorgan dem Stifter freie Hand zu lassen – als Gegenüber für einen ausschließlich familienfremdbesetzten Stiftungsvorstand. Gerade damit sollte dem System und Charakter der Privatstiftung und dem besonderen Kontrollbedürfnis für das eigentümerlose Rechtsinstitut Rechnung getragen werden. Eine Kontrolle des familienfremden Stiftungsvorstandes kann erfahrungsgemäß durch die betroffenen Begünstigten in der Regel am besten erfolgen, weshalb diese Möglichkeit in zahlreichen Fällen auch grundlegende Voraussetzung für die Errichtung der Privatstiftung war.

Dem Bedürfnis, Interessenskonflikte zu vermeiden, ist durch die Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes ausreichend Rechnung getragen, da alle Maßnahmen nur durch den Stiftungsvorstand durchgeführt werden können und der Stiftungsvorstand den Stifterwillen, Stiftungszweck und die Stiftungserklärung nicht verletzen darf (§ 17 Abs 1 PSG). In der Praxis ist in einem durch Begünstigte besetzten Beirat jeder Familienstamm vertreten und sind Mehrheits- oder einstimmige Entscheidungen erforderlich, sodass der Stifter auch dadurch Interessenskonflikte auf dieser Ebene ausschalten oder eindämmen kann oder bewusst in Kauf nimmt, weil ohnedies der Stiftungsvorstand darüber zu wachen hat, dass der Stifterwille nicht verletzt wird. Eine Beschränkung der Teilnahme von Begünstigten im Beirat könnte gerade auch wegen des Risikos von Interessenskonflikten problematisch sein.

## VIII. Änderung des Privatstiftungsgesetzes (Budgetbegleitgesetz 2011)

Aussagen in Entscheidungen des 6. Senats des OGH haben im Laufe der Jahre zu einem Ausmaß an Verunsicherung und Verärgerung von Stiftern geführt, dass zur **Klarstellung der Rechtslage** im Jahre 2010 Änderungen des PSG (Art 28 Budgetbegleitgesetz 2011) notwendig wurden:

Für die Besetzung eines weiteren Organes (Beirates) mit Begünstigten sah der Gesetzgeber nur eine Einschränkung für Beschlüsse vor, mit welchen Stiftungsvorstandsmitglieder aus anderen als im Gesetz vorgesehenen Gründen abberufen werden sollten. Die **Erläuterungen zur Regierungsvorlage** stellen klar, dass auch **weiterhin** einem ausschließlich mit Begünstigten besetzten Beirat Kontrollaufgaben zugewiesen werden können und auch das Recht Stiftungsvorstandsmitglieder zu bestellen:

„Somit soll zwar weiterhin für die Besetzung eines weiteren Organs im Sinne des § 14 Abs 2 gesetzlich keine Regelung getroffen und damit die höchst mögliche Flexibilität aufrechterhalten werden. Einem weiteren Organ im Sinne des § 14 Abs 2 soll daher grundsätzlich eine beliebige Kopfzahl an Begünstigten und deren Angehörigen angehören können, wodurch dem Kontroll- und Informationsbedürfnis der Begünstigten Rechnung getragen werden soll.“

Die neue gesetzliche Einschränkung gilt nur für die Abberufung von Vorstandsmitgliedern. Eine weitere Aussage in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage:

„Zur Klarstellung sei an dieser Stelle noch festgehalten, dass diese neuen Regelungen nichts an den sonstigen Befugnissen eines Beirates ändern. Insb kann einem auch mit Begünstigten besetzten Beirat weiterhin das Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstandes eingeräumt werden. Auch **Zustimmungsrechte** zu Geschäftsführungsmaßnahmen können ihm vorbehalten sein.“

Mit den einem Beirat eingeräumten Kontrollrechten sind zweifellos insb aufsichtsratsähnliche Zustimmungsbefugnisse gemeint, weil ja gerade diese Frage klarzustellen war.

Mit Einfügung des neuen § 15 Abs 3a PSG, wonach als Mitglied des Stiftungsvorstandes auch Personen ausgeschlossen sind, die mit der Wahrnehmung der Interessen von Begünstigten im Stiftungsvorstand **beauftragt** werden, wurde klargestellt, dass Personen nicht schon deshalb ausgeschlossen sind, weil sie das Vertrauen von Begünstigten genießen. Dieser ohnedies allgemein geltende Grundsatz für die eigenverantwortliche Ausübung von Funktionen (zB auch im Gesellschaftsrecht) wurde deshalb in das Privatstiftungsgesetz aufgenommen, weil Aussagen in Entscheidungen des 6. Senats des OGH Zweifel aufkommen ließen, ob Personen, die das besondere Vertrauen der Begünstigten genießen, von der Funktion des Stiftungsvorstandes auszuschließen wären, was wohl dem Sinn