

Zur Governance-Struktur von Privatstiftungen nach der PSG-Novelle 2017

Der Jubilar war nicht nur Geburtshelfer des PSG, sondern auch sein ständiger Begleiter; dies nicht nur in der Rechtsfortbildung als verfahrensbeteiligter Parteienvertreter, sondern vor allem auch als Mitgestalter der (wenigen) Novellen zum PSG. Es ist kein Geheimnis, dass der Jubilar auch in die Gestaltung und Entwicklung des nunmehr vorliegenden Ministerialentwurfes für eine PSG-Novelle 2017 führend eingebunden war. Der vorliegende Beitrag erörtert die in diesem Entwurf vorgesehenen Änderungen der Governance-Struktur von Privatstiftungen. Konkret werden die geplante Flexibilisierung des Stiftungsvorstands, die Neuregelung des – fortan als Aufsichtsorgan zu bezeichnenden – Aufsichtsrats sowie die Bestimmungen betreffend den Stiftungsprüfer beleuchtet und einer ersten Würdigung unterzogen. Die anderen geplanten Änderungen behandelt *Csoklich* in seinem Beitrag in diesem Heft.

Deskriptoren: PSG-Novelle 2017, Governance-Struktur, Stiftungsgovernance, Stiftungsvorstand, Aufsichtsrat, Aufsichtsorgan, Beirat, Stiftungsprüfer, Unvereinbarkeitsbestimmungen, Business Judgement Rule, Rechtssicherheit, Unternehmerfamilien, Zusammensetzung der Stiftungsorgane, Ministerialentwurf.

Normen: §§ 15, 20 bis 25 PSG idF des Ministerialentwurfes zur PSG-Novelle 2017.

Von Klaus Oberndorfer und Jakob Kepplinger

I. Einführung in die Thematik

Am 30. Juni dieses Jahres wurde der Ministerialentwurf des Bundesgesetzes mit dem das Privatstiftungsgesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden soll (PSG-Nov 2017) veröffentlicht.¹ Ziel dieser Novelle ist es einerseits, dem Rechtsträger Privatstiftung eine klarere Orientierung zu geben, um Rechtssicherheit zu schaffen. Andererseits sollen die Regelungen des PSG, die durch die richterliche Rechtsfortbildung teilweise eine vom Gesetzgeber vielleicht so nicht angestrebte Nuancierung erfahren haben, so überarbeitet werden, dass diese den Bedürfnissen der Privatstiftung und der aus ihr berechtigten Personen besser entsprechen.² Dabei wird insb angestrebt, Privatstiftungen für österr Unternehmerfamilien attraktiver zu gestalten, damit Anteile an österr Unternehmen und Vermögenswerte weiterhin

in einer inländischen Rechtsform domiliziert werden und nicht in einem ähnlichen Rechtsträger im Ausland.³ Dieses Ziel soll unter anderem mit einer Neugestaltung der Governance-Struktur der österr Privatstiftung verwirklicht werden.⁴ Dem Stifter soll es künftig offen stehen, den Vorstand zu verkleinern. Zudem werden die Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsorgans (bisher der Aufsichtsrat bzw ein „Beirat“) vergrößert, womit die Vertretung der „Stifterfamilie“ in der Privatstiftung klarer verankert werden können soll. Schließlich wird die Tätigkeit des Stiftungsprüfers präzisiert und aufgewertet. Der vorliegende Beitrag widmet sich dieser neuen Governance-Struktur und erörtert die zentralen Neuregelungen unter Miteinbeziehung der einschlägigen Stellungnahmen zum Ministerialentwurf.⁵

II. Flexibilisierung des Stiftungsvorstands

A. Stiftungsvorstand kann aus einer Person bestehen

§ 15 Abs 1 PSG ordnet de lege lata an, dass der Stiftungsvorstand aus wenigstens drei Mitgliedern bestehen muss. Diese Regelung ist zwingend und kann nicht durch die Stiftungserklärung abbedungen werden. Wird die gesetzliche Mindestzahl der Vorstandsmitglieder unterschritten, hat die dazu befugte Stelle oder – sofern eine solche nicht eingerichtet oder säumig ist – das Gericht die fehlenden Mitglieder zu bestellen (§ 27 Abs 1 PSG).⁶ Hintergrund dieser Regelung ist das Ansinnen,

1 323/ME XXV GP.

2 Erläut 323 ME XXV GP 1.

3 Erläut 323 ME XXV GP 1 f.

4 Vgl dazu sowie zum Folgenden Erläut 323 ME XXV GP 2.

5 Die angesprochenen Stellungnahmen sind unter www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00323/index.shtml abrufbar.

6 *Arnold*, PSG³ (2013) § 15 Rz 14.

den Stiftungsvorstand als „effektives, professionelles und zugleich sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan der Privatrechtsstiftung“ auszugestalten.⁷ Diese Bestimmung hat im Schrifttum zu Recht Kritik erfahren: Gerade in Anbetracht von § 17 Abs 3 PSG, wonach sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands (mangels anderslautender Vorgaben in der Stiftungserklärung) nur gemeinschaftlich zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Privatstiftung befugt sind, erscheint es unter Effizienzaspekten problematisch, wenn der Vorstand zwingend drei Mitglieder umfassen muss. Da die Privatstiftung weder eine gewerbsmäßige Tätigkeit (die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht) ausüben noch die Geschäfte eines Unternehmens führen darf (§ 1 Abs 2 PSG), ist auch die Arbeitsbelastung nicht per se so groß, dass diese eine Mindestanzahl von drei Mitgliedern rechtfertigen würde.⁸

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der **Stiftungsvorstand** nach § 15 Abs 1 ME aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Damit wird die Entscheidungsfindung innerhalb des Vorstands erleichtert und dessen Flexibilität erhöht.⁹ Problematisch erscheint dabei nur das potentielle **Kontrolldefizit**, das mit einem „Ein-Mann-Vorstand“ verbunden wäre und das im Lichte des mittlerweile zum state of the art erhobenen „Vier-Augen-Prinzips“¹⁰ nicht zeitgemäß erscheint. Dem soll die Bestimmung des § 22 Abs 2 Z 3 ME vorbeugen, wonach ein Aufsichtsorgan jedenfalls dann zu bestellen ist, wenn nur eine Person Mitglied des Stiftungsvorstands ist. Dass die Kontrollintensität, mit der ein derartiges Aufsichtsorgan – gleich einem Aufsichtsrat der AG – die Überwachung ausübt, der Tätigkeit eines zumindest zweigliedrigen Stiftungsvorstands gleichgehalten werden kann, muss sehr bezweifelt werden.¹¹ Gerade im Lichte der Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung erscheint eine zwingende Wahrung des Vier-Augen-Prinzips beim Geschäftsführungsorgan der Privatstiftung angebracht. Nach seinem **Grundtypus** umfasst der Vorstand freilich nach wie vor **drei Mitglieder**. Das kommt in § 15 Abs 1 S 2 ME zum Ausdruck, wonach mangels Regelung in der Stiftungsurkunde in diesen drei Mitglieder zu bestellen sind.

B. Lockerung der Unvereinbarkeitsbestimmungen

Bislang normiert § 15 Abs 2 PSG, dass ein Begünstigter, dessen Ehegatte, Lebensgefährtin sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein können. Zweck dieser Unvereinbarkeitsbestimmung ist die Wahrung der Objektivität des Stiftungsvorstands bei Vollziehung der Begünstigtenregelung und die Vermeidung etwaiger Interessenkonflikte.¹² Durch § 15 Abs 2 ME wird diese Unvereinbarkeitsbestimmung gelockert. Die Einschränkung, dass auch jene Personen nicht dem Vorstand angehören dürfen, die mit einem Begünstigten bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, wird aufgehoben, sodass fortan auch ein **Onkel**, eine **Tante bzw ein Neffe oder eine Nichte des Begünstigten** Mitglied des Stiftungsvorstands sein darf. Parallel dazu wird auch der Umgehungstatbestand des § 15 Abs 3 modifiziert, durch den die Unvereinbarkeitsbestimmung des Abs 2 auf Konstellationen ausgedehnt wird, in denen der Begünstigte eine juristische Person ist, an der eine natürliche Person iSd § 244 Abs 2 UGB beherrschend beteiligt ist.

Dass diese zwingenden Regelungen novelliert werden, ist positiv zu bewerten. Fraglich ist allerdings, ob die Lockerung der Unvereinbarkeiten weit genug geht. Nach der Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages zum ME sollte noch weitergehend die gänzliche Abschaffung der Inkompatibilitätsregelung des § 15 Abs 2 PSG überlegt werden.¹³ Angesichts der mit dieser Novelle erfolgten Verschärfung des Gläubigerschutzes bei der Privatstiftung, der an jenen der Kapitalgesellschaften angeglichen wird, gebe es unter Berücksichtigung der allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen (insbesondere nach § 1409 ABGB) keinerlei sachlichen Grund mehr dafür, die Begünstigten völlig aus dem Stiftungsvorstand auszuschließen.¹⁴ Dem Ansinnen, die Unvereinbarkeitsbestimmungen weiter zu lockern, ist – im Anschluss an *Ch. Nowotny*¹⁵ – zumindest insofern beizupflichten, als bei einem Stiftungsvorstand, der zumindest aus drei Personen besteht, ein Mitglied auch eine Person nach § 15 Abs 2 ME sein können soll.

7 ErläutRV 1132 BgNR XVIII GP 26; vgl dazu auch Hasch in HASCH & PARTNER, PSG² (2014) § 15 Rz 4; Müller in Müller, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) 7.

8 So statt vieler Arnold, PSG³ § 15 Rz 9; Hasch in HASCH & PARTNER, PSG² § 15 Rz 3.

9 Erläut 323 ME XXV GP 6 f.

10 Vgl nur Public Corporate Governance Codex (2012), Punkt 9.2.1.; Österreichischer Corporate Governance Codex (2015), Punkt IV, wonach der Vorstand von börsennotierten Unternehmen aus mehreren Personen bestehen soll.

11 So auch die Wirtschaftskammer Österreich in ihrer Stellungnahme zum ME (16/SN-323 ME 1 f).

12 ErläutRV 1132 BgNR XVIII GP 26; 6 Ob 145/09f ZfS 2009, 192 (Lauss/Lang) = PSR 2009/17, 99 (Winner) = eolex 2010/20, 59 (J. Reich-Rohrwig) = GesRZ 2010, 63 (Kalss); vgl zu dieser E auch den instruktiven Besprechungsaufsatz des Jubilars (Eiselsberg, Stiftungsgovernance: Gewaltenteilung, Unabhängigkeit und „Ähnlichkeiten“, ZfS 2009, 152).

13 11/SN-323 ME 2 f.

14 Ähnlich auch die Industriellenvereinigung, die in ihrer Stellungnahme zum ME ebenfalls die Ansicht vertritt, dass § 15 Abs 2 ME immer noch zu streng sei (17/SN-323 ME 2).

15 33/SN-323 ME 1 f.

Ebenso wäre es für Mitarbeiter-Stiftungen wichtig, dass auch ein Mitarbeiter – obgleich potentiell Begünstigter – dem Vorstand angehören darf.¹⁶

C. Verhinderung der Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmungen

Weniger geglückt ist hingegen die (geplante) Neufassung von § 15 Abs 3a ME, der in seinem ersten Satz das Prinzip kodifiziert, dass jedes Vorstandsmitglied unabhängig und frei zu agieren hat. Im zweiten Teil der Regelung wird klargestellt, dass die Mitglieder des Stiftungsvorstands nicht mit der Wahrung der Interessen eines Begünstigten oder einer in § 15 Abs 2 genannten Person **betraut** sein dürfen. Der im Rahmen des BBG 2011¹⁷ eingeführte § 15 Abs 3a sieht schon bislang vor, dass dem Vorstand niemand angehören darf, der von einem Begünstigten (oder einer in § 15 Abs 2 genannten Person) mit der Wahrung seiner Interessen im Stiftungsvorstand **beauftragt** wurde. Aus dem Wortlaut dieser Regelung und den einschlägigen Materialien¹⁸ leitete die hA ab, dass ein bloßes „Vertrauensverhältnis“ nicht schaden soll. Es müsse vielmehr ein unmittelbares **Auftragsverhältnis** oder zumindest ein faktisches Weisungsverhältnis zwischen dem Begünstigten (oder nahen Angehörigen des Begünstigten) und dem Organmitglied in Bezug auf die Vorstandsfunktion gegeben sein, das so weit geht, dass das Mitglied des Stiftungsvorstands instrumentalisiert wird.¹⁹ Da § 15 Abs 3a ME von der Formulierung „beauftragt“ absieht und nunmehr eine **Betrauerung mit der Wahrnehmung der Interessen** genügen lässt, spricht die Wortlautinterpretation allerdings fortan nicht mehr zwingend für diese Deutung. Welchen Hintergrund die Änderung hat, liegt im Dunkeln. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber den auf die Begründung eines Mandatsverhältnisses abstellenden Terminus „Beauftragung“ durch den weiteren Begriff „Betrauerung“ ersetzen. Wann eine derartige Betrauerung vorliegt, ist freilich unklar. Damit könnte auch ein (unverbindliches) gentleman agreement zwischen einem Begünstigten und einem Vorstandsmitglied gemeint sein. Es wäre daher wünschenswert, wenn sich zumindest in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ein Hinweis finden würde, weshalb der Ge-

setzgeber vom bisherigen Wortlaut der Bestimmung abgeht. Sollte eine solche Klarstellung auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ausbleiben, wäre dem Ansinnen der Novelle, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, in diesem Punkt nicht entsprochen.

D. Mindestbestelldauer von grundsätzlich zwei Jahren

In § 15 Abs 4 S 2 ME wird (voraussichtlich) kodifiziert, dass die Mitglieder des Stiftungsvorstands für die Dauer von mindestens **zwei Jahren** zu bestellen sind, soweit nicht außergewöhnliche Gründe für eine kürzere (Funktions-)Dauer sprechen. Dass es aus Gründen der Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands erforderlich ist, diesen für eine bestimmte Mindestfunktionsperiode zu bestellen, entsprach schon bislang ganz hA.²⁰ Schließlich wäre ansonsten faktisch eine jederzeitige unbegründete Abberufung des Vorstands denkbar, indem die zur Bestellung berufene Stelle dessen Funktionsdauer jeweils mit einem Monat oder (in Extremfällen) einer Woche festlegt. Dadurch könnte der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werden, weil er bei unliebsamen Entscheidungen damit zu rechnen hätte, für keine weitere Funktionsperiode bestellt zu werden.

Umstritten ist bislang freilich die Frage nach der Mindestfunktionsdauer: Von manchen Autoren wird – in Anlehnung an die zum Vorstand einer AG herrschend vertretene Mindestfunktionsperiode – ein Zeitraum von einem Jahr als ausreichend erachtet.²¹ Demgegenüber sprechen sich *Ch. Nowotny*²² und *G. Nowotny*²³ – jedenfalls bei Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch einen mit Begünstigten besetzten Beirat – für eine Fünfjahresuntergrenze aus. Die Judikatur entschied sich für eine vermittelnde Lösung und geht von einer Mindestfunktionsperiode von grundsätzlich drei Jahren aus.²⁴ Aufgrund dieses Meinungsstreits ist es unter Rechtssicherheitserwägungen gutzuheißen, wenn nunmehr klargestellt wird, dass der Stiftungsvorstand im Regelfall für eine Dauer von zumindest zwei Jahren zu bestellen ist. Diese Regelung erscheint auch sachgerecht, weil bei einer zweijährigen Mindestfunktionsdauer kaum noch von einer Gefahr der Instrumentalisierung des Vorstands auszugehen ist.

16 Vgl auch dazu die Stellungnahme von *Ch. Nowotny* zum ME (33/SN-323 1).

17 Budgetbegleitgesetz 2011 (BGBl I 2010/111).

18 ErläutRV 981 BgNR XXIV GP 68.

19 Siehe statt vieler *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 42e („Marionette/Strohmann“).

20 Siehe nur RIS-Justiz RS0126677; *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 107; *Müller in Müller*, Handbuch Stiftungsmanagement 30; so nunmehr ausdrücklich Erläut 323 ME XXV GP 7.

21 So zB *Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG §§ 15, 16 Rz 22 ff; *Briem*, Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56 (60 f); *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 107.

22 In *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch 155 f.

23 In *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen 160.

24 6 Ob 195/10k JBl 2011, 321 (*Karollus*) = *ecolex* 2011/176, 429 (*Rizzi*) = *ZfS* 2011, 68 (*Kalss*); 6 Ob 130/13f *ZfS* 2013, 183 (*Oberndorfer*) = PSR 2013/41, 172 (*Zwirchmayr*).

Liegen **außergewöhnliche Gründe** vor, kann der Stiftungsvorstand nach § 15 Abs 4 ME auch für eine **kürzere Dauer als zwei Jahre** bestellt werden. Ein außergewöhnlicher Grund ist nach den Erläuterungen etwa bei der Erstbestellung eines Stiftungsvorstands gegeben, wenn dessen Tätigkeit im Einzelfall besondere Fähigkeiten erfordert, die erst unter Beweis zu stellen sind.²⁵ Ebenso ist nach 6 Ob 195/10k²⁶ auch dann eine außergewöhnliche Konstellation gegeben, wenn der Vorstand von einem einstweiligen Sachwalter des Stifters bestellt wird. Die Bedeutung dieser Erläuterung sollte für die neue Rechtslage allerdings nicht überschätzt werden, weil der OGH im angesprochenen Fall eine Bestellung für die Dauer von zwei Jahren gebilligt hat und diese nunmehr ohnehin der Mindestfunktionsdauer entspricht.

Eine Verkürzung der Frist unter ein Jahr ist nach den Erläuterungen zum Ministerialentwurf nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zulässig; etwa zur Überbrückung einer Vakanz durch Ersatzbestellung für ein vorzeitig ausgeschiedenes Mitglied bei Aufrechterhaltung der Mandatsdauer aller anderen Vorstandsmitglieder bis zur generellen Wiederbestellung.²⁷ Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern dieser Sachverhalt einen „besonderen Ausnahmefall“ darstellen soll; vielmehr ist diese Konstellation gang und gäbe und kann – vor dem Hintergrund der Wertungen in 6 Ob 195/10k²⁸ – ein Abgehen von der Mindestbestelldauer nicht rechtfertigen.

Davon abgesehen sollte man sich ganz allgemein vor einer generalisierenden Betrachtung hüten und im jeweiligen Einzelfall der Frage nachgehen, ob die Wahl der Funktionsperiode sachlich gerechtfertigt ist oder nur aus Gründen einer (potentiellen) Einflussnahme auf den Stiftungsvorstand gewählt wurde. Die für diese Abwägung maßgeblichen Umstände sollten im Gesetzestext klarer zum Ausdruck kommen. Jedenfalls sollten – vor dem Hintergrund des Primats der Unabhängigkeit des Stiftungsvorstandes – die „außergewöhnlichen Gründe“ für ein Abgehen von der Mindestbestelldauer eng ausgelegt werden.

E. Kodifikation der „Business Judgement Rule“

Ausschließlich klarstellenden Charakter hat die Positivierung der „Business Judgement Rule“ in § 17 Abs 2a ME. Dieses dem angloamerikanischen Rechtssystem entstammende Haftungsprivileg war bislang nur für Ge-

schäftsführer einer GmbH (§ 25 Abs 1 a GmbHG) und Mitglieder des Vorstands einer AG (§ 84 Abs 1a AktG) gesetzlich verankert. Freilich wäre es schon de lege lata völlig unvertretbar gewesen, daraus einen Umkehrschluss zu ziehen und diese besonderen Haftungsgrundsätze für unternehmerische Ermessensentscheidungen auf diese beiden Rechtsformen einzuschränken. Schließlich besteht bei allen Rechtsformen derselbe Bedarf nach spezifischen Regeln zur Frage, wann von einem Organmitglied getroffene Ermessensentscheidungen pflichtwidrig und daher haftungsbegründend sind.

Diesem Gedanken folgend stellte auch der OGH in der Leitentscheidung 6 Ob 160/15w²⁹ klar, dass die Business Judgement Rule auch bei Vorstandsmitgliedern einer Privatstiftung greift. Nunmehr wird diese Judikatur in § 17 Abs 2a ME positiviert³⁰ und in Anlehnung an den Wortlaut von § 25 Abs 1a GmbHG und § 84 Abs 1a AktG festgeschrieben, dass ein Mitglied des Stiftungsvorstands jedenfalls im Einklang mit der von ihm wahrzunehmenden Sorgfaltspflicht handelt, *wenn es sich bei Entscheidungen nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, dem Stiftungszweck entsprechend und zum Wohl der Privatstiftung zu handeln*. Bei Auslegung dieser neuen gesetzlichen Regelung wird eine zentrale Aufgabe für die Rechtspraxis darin bestehen, das richtige Maß zu finden, wobei man – im Anschluss an *Karollus*³¹ – den beiden „formalen“ Voraussetzungen wohl kein allzu großes Gewicht einräumen dürfen wird. Vielmehr sind die Kriterien der angemessenen Information und des Fehlens sachfremder Interessen als bewegliches System in dem Sinn zu verstehen, dass die Anforderungen an diese beiden Voraussetzungen umso geringer sind, je eher die vom Stiftungsvorstand getroffene Entscheidung – aus der Sicht *ex ante* – dem Stiftungszweck und damit dem Wohl der Privatstiftung entspricht. Sinnvollerweise hat der Gesetzgeber zumindest indirekt durch Weglassen des Attributs „unternehmerisch“ auch gleich klargestellt, dass die Business Judgement Rule im Privatstiftungsrecht nicht nur auf unternehmerische, sondern auch auf sonstige Entscheidungen anzuwenden ist, bei denen ihm nach dem Gesetz oder der Stiftungserklärung ein Ermessensspielraum eingeräumt ist. Dies kann bspw die Festlegung der Höhe der Zuwendungen an die Begünstigten betreffen.

25 Erläut 323 ME XXV GP 7.

26 JBl 2011, 321 (*Karollus*) = *ecolex* 2011/176, 429 (*Rizzi*) = *Zfs* 2011, 68 (*Kalss*).

27 Erläut 323 ME XXV GP 7; idS schon bislang N. *Arnold*, *PSG*³ § 15 Rz 107.

28 JBl 2011, 321 (*Karollus*) = *ecolex* 2011/176, 429 (*Rizzi*) = *Zfs* 2011, 68 (*Kalss*).

29 *Zfs* 2016, 58 (*Karollus*) = *ecolex* 2016/306, 695 (*J. Reich-Rohrwig*).

30 So die Erläut 323 ME XXV GP 7.

31 Anm zu OGH 6 Ob 160/15w, *Zfs* 2016, 65 (66).

III. Neuregelung des Aufsichtsorgans als Organ zur Wahrung des Stiftungszwecks

A. Terminologische Änderung

Zahlreiche Änderungen sind auch hinsichtlich Aufsichtsräten von Privatstiftungen geplant, die fortan – in Anlehnung an § 21 Bundes-Stiftungs- und Fondgesetz 2015³² – als **Aufsichtsorgan** zu bezeichnen sind (§ 14 Abs 2 ME). Diese Terminologie wurde vor allem deshalb gewählt, weil die einschlägigen Regelungen der §§ 22 ff nicht nur für Aufsichtsräte im engen Sinn, sondern auch für sonstige freiwillig eingerichtete Kontrollorgane (die bislang üblicherweise als „Beiräte“ bezeichnet wurden) gelten sollen, sodass nur noch zwischen zwingend und fakultativ bestellten Aufsichtsorganen zu unterscheiden ist.³³ Abgesehen von „sonstigen Gremien“ (§ 14 Abs 2 ME) mit Sonderaufgaben (wie etwa zur Streitschlichtung, Begünstigtenauswahl, uä), wird damit ein einheitlicher Begriff für alle Organe einer Privatstiftung mit Aufgabe der Überwachung und/oder Mitwirkung an der Geschäftsführung geschaffen.

B. Zwingende und fakultative Bestellung des Aufsichtsorgans

Zwingend ist ein Aufsichtsorgan nach § 22 Abs 2 Z 1 ME zu bestellen, wenn die **Anzahl der Arbeitnehmer** der Privatstiftung **300 übersteigt**.³⁴ Diese Regelung entspricht inhaltlich dem bisherigen § 22 Abs 1 Z 1 PSG. Neu ist hingegen die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsorgans, wenn **nur eine Person Mitglied des Stiftungsvorstands** ist (§ 22 Abs 2 Z 3 ME). Dadurch wird ein etwaiges Kontrolldefizit kompensiert, das sich daraus ergeben könnte, dass hier die gegenseitige Selbstkontrolle durch die Mitglieder des Stiftungsvorstands wegfällt.³⁵

Schließlich muss auch dann ein Aufsichtsorgan bestellt werden, wenn die Privatstiftung inländische Kapitalge-

sellschaften oder inländische Genossenschaften iSd § 244 UGB beherrscht und keine größenabhängige Befreiung iSv § 246 UGB vorliegt (§ 22 Abs 2 Z 2 ME).³⁶ In den Erläuterungen zu dieser Regelung wird klargestellt, dass mit der Beherrschung nach § 244 UGB nicht nur die Beherrschungstatbestände des § 244 Abs 2 UGB angesprochen sind, sondern auch der Fall, dass die Kapitalgesellschaft iSv § 244 Abs 1 UGB unter der einheitlichen Leitung der Stiftung steht.³⁷ Insofern könnte der (geplante) Gesetzeswortlaut präzisiert werden, weil eine **einheitliche Leitung nach § 244 Abs 1 UGB** gerade keine Beherrschung im technischen Sinn (insb kein Weisungsrecht) voraussetzt, sondern schon dann vorliegt, wenn zentrale Entscheidungen der Kapitalgesellschaft faktisch entsprechend den Vorstellungen der Privatstiftung getroffen werden. Ein anderes wichtiges Indiz für das Vorliegen einer einheitlichen Leitung sind personelle Verflechtungen zwischen der Stiftung und der Kapitalgesellschaft. Für Abgrenzungsfragen zur Thematik der einheitlichen Leitung kann auf die bisherige Judikatur zu § 22 Abs 1 Z 2 1. Fall PSG zurückgegriffen werden.³⁸ Dass der Wortlaut dieser Bestimmung auf § 15 Abs 1 AktG und nicht auf § 244 Abs 1 UGB verweist, steht dem nicht entgegen, weil diesen Bestimmungen – ebenso wie § 115 GmbHG – ohnehin derselbe Konzerntatbestand zugrunde liegt.³⁹

Eine Erweiterung erfährt die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsorgans, die aus der **Beherrschung einer inländischen Kapitalgesellschaft** resultiert: Bislang stellt § 22 Abs 1 Z 2 PSG auf eine einheitliche Leitung einer inländischen Kapitalgesellschaft (bzw Genossenschaft) oder auf deren Beherrschung auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von 50 % ab, wobei die Beherrschung auch in dem Sinn ausgeübt werden muss, dass die Stiftung die Mehrheitsbeteiligung auch faktisch für eine unmittelbare Einflussnahme in zentrale Unternehmensbereiche der beherrschten juristischen Person einsetzt.⁴⁰ Nunmehr ist diese Voraussetzung schon dann zu bejahen, wenn einer der Kontrolltatbestände des § 244 Abs 2 UGB erfüllt ist: dh wenn (erstens) der Stiftung die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht; (zweitens) der Stiftung

32 BGBl I 2015/160.

33 Erläut 323 ME XXV GP 2.

34 Die Arbeiterkammer regt in ihrer Stellungnahme zum ME an, diese Grenze auf 40 Arbeitnehmer zu reduzieren (18/SN-323 ME 3). Zudem wird vonseiten der Arbeiterkammer auch dann die zwingende Bestellung eines Aufsichtsorgans gefordert, wenn die Privatstiftung eine bestimmte Bilanzsumme überschreitet, wobei € 10 Millionen ins Auge gefasst werden (18/SN-323 ME 3).

35 Vgl dazu schon oben Pkt II.A.

36 Vom Verband Österreichischer Privatstiftungen (12/SN-323 ME 6), von der Industriellenvereinigung (17/SN-323 ME 7) und von der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (24/SN-323 ME 15) wird die Novellierung von § 22 Abs 2 Z 2 generell abgelehnt.

Aus Gründen besserer Lesbarkeit wird im Folgenden nicht stets darauf hingewiesen, dass neben der „Beherrschung“ einer Kapitalgesellschaft auch die Beherrschung einer Genossenschaft die Pflicht begründet, ein Aufsichtsorgan zu bestellen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich sprachlicher nur auf den praktisch wichtigeren Fall der Beherrschung einer Kapitalgesellschaft und gelten für die Beherrschung einer Genossenschaft sinngemäß.

37 Erläut 323 ME XXV GP 11.

38 Siehe zu dieser Judikatur nur N. Arnold, PSG³ § 22 Rz 12.

39 Vgl statt vieler Nowotny in Straubel/Ratka/Rauter, UGB II/RLG³ (2011) § 244 Rz 11; Schausberger-Strobl in Jabornegg/Artmann, UGB II² (2017) § 244 Rz 10.

40 So überzeugend Wessely in P. Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 7; zust N. Arnold, PSG³ § 22 Rz 12 Rz 13.

das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen und sie gleichzeitig Gesellschafter ist, (drittens) der Stiftung – insb aufgrund von Satzungsbestimmungen und Beherrschungsverträgen – das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben oder (viertens) der Stiftung aufgrund eines Syndikatvertrags mit einem oder mehreren Gesellschaftern das Recht zur Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder der Leitungs- und Aufsichtsorgane zusteht. Bei diesen Alternativen kann natürlich auf die zur Konzernrechnungslegungspflicht (als genuiner Anwendungsbe- reich von § 244 Abs 2 UGB) entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.

Neu geregelt wird auch die **Einschränkung der Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsorgans**. Bislang entfällt diese Pflicht, wenn die geleitete oder beherrschte Gesellschaft nicht mehr als 300 Arbeitnehmer aufweist oder sich die Tätigkeit der Stiftung auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen beschränkt. Zukünftig kann die Bestellung eines Aufsichtsorgans dann unterbleiben, wenn eine **größenabhängige Befreiung** iSd § 246 UGB vorliegt. Gleiches gilt nach § 22 Abs 2 ME auch dann, *wenn die Privatstiftung alle inländischen Tochtergesellschaften bloß mittelbar durch eine Kapitalgesellschaft beherrscht bzw leitet, an der die Stiftung zu zumindest 90 % beteiligt ist und die einen Aufsichtsrat hat.*

Damit sind Konstellationen angesprochen, bei denen die beteiligungsverwaltende Tätigkeit von der Privatstiftung eine Stufe tiefer gelagert ist. Bei derartigen Governance-Strukturen werden die zentralen unternehmerischen Entscheidungen ohnehin in der Tochtergesellschaft oder in den ihr nachgeordneten Gesellschaften von einem Aufsichtsrat kontrolliert, sodass es hinreichend scheint, wenn allein in der Tochtergesellschaft die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrats besteht. Vor diesem Hintergrund kann man freilich auch die Sinnhaftigkeit der Voraussetzung einer Beteiligung im Mindestausmaß von 90 % an der Tochtergesellschaft in Frage stellen. Ist für die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsorgans einer der Beherrschungstatbestände ausreichend, ist kein Grund ersichtlich, bei der Gegen Ausnahme eine „qualifizierte Beherrschung“ von 90 % zu fordern. Daher bleibt zu hoffen, dass dieses Mehrheitskriterium in der Regierungsvorlage gestrichen wird.⁴¹

C. Zusammensetzung des Aufsichtsorgans

Das Aufsichtsorgan einer Privatstiftung muss nach wie vor aus **drei Personen** bestehen (§ 23 Abs 1 ME), was in jenen Konstellationen, in denen das Aufsichtsorgan nur fakultativ bestellt wird, wenig plausibel erscheint.⁴² Gelockert werden allerdings die Vorgaben für die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans: Bislang waren sowohl die Mitglieder des Stiftungsvorstands und der Stiftungsprüfer **als auch deren Angehörige** iSv § 15 Abs 2 PSG⁴³ von der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat ausgeschlossen (§ 23 Abs 2 PSG [„und deren Angehörige“]). Nunmehr beschränkt sich diese Unvereinbarkeitsbestimmung auf die Mitglieder des Stiftungsvorstands und auf den Stiftungsprüfer selbst (§ 23 Abs 2 Z 1 und Z 2 ME).

Inhaltlich unverändert bleibt die Beschränkung, dass man nicht Mitglied des Aufsichtsorgans sein kann, wenn man bereits in zehn Privatstiftungen Mitglied des Aufsichtsorgans ist (§ 23 Abs 2 Z 3 ME). Die Klarstellung, dass für das Erreichen dieser Höchstgrenzen nicht nur Mitgliedschaften in Aufsichtsräten selbst ausschlaggebend sind, sondern auch solche „in vergleichbaren Organen“ (§ 23 Abs 3 PSG) kann fortan entfallen, weil die damit angesprochenen aufsichtsratsähnlichen Beiräte und Gremien nunmehr ohnehin vom Begriff des Aufsichtsorgans umfasst sind.⁴⁴

Erweitert wird voraussichtlich die Begrenzung der zulässigen Höchstzahl von Begünstigten im Aufsichtsorgan.⁴⁵ Bislang durften Begünstigte, deren Angehörige (§ 15 Abs 2) sowie Personen, die von diesen mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt wurden,⁴⁶ nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen (§ 23 Abs 2 PSG). In den Materialien wurde diese Einschränkung damit begründet, dass dies anderen nicht im Aufsichtsrat vertretenen Begünstigten zum Nachteil gereichen könnte.⁴⁷ *Wessely*⁴⁸ hat die Überzeugungskraft dieses Telos relativiert und darauf hingewiesen, dass auch in Aufsichtsräten von Kapitalgesellschaften letztlich nicht sämtliche Eigentümer gleichermaßen die Möglichkeit der Mitgestaltung haben. Vor diesem Hintergrund leuchtet es prima vista ein, wenn die zulässige Höchstzahl von Begünstigten im Aufsichtsorgan fortan angehoben wird und nur mehr *ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsorgans unabhängig im Sinne des § 15 Abs 2, 3, 3a sein muss* (§ 23 Abs 3 ME).⁴⁹

Gerade in Fällen eines fakultativ bestellten Aufsichtsorgans erscheint es allerdings fraglich, ob es überhaupt

41 So auch die Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages zum ME (11/SN-323ME 7) sowie jene der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (24/SN 323 ME 15).

42 So auch der Verband Österreichischer Privatstiftungen (12/SN-323ME 2), die Industriellenvereinigung (17/SN-323 ME 7) sowie die Kammer der Wirtschaftstreuhänder (24/SN-323 ME 15) in ihren Stellungnahmen zum Ministerialentwurf.

43 Vgl zur Neuregelung von § 15 Abs 2 PSG schon oben Pkt II.B.

44 Siehe zur entsprechenden terminologischen Änderung schon oben Pkt III.A.

45 Vgl dazu auch Erläut 323 ME XXV GP 11.

46 Siehe zu dieser Thematik schon oben Pkt III.C.

47 ErläutRV 981 BlgNR XXIV GP 29.

48 In *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 23 Rz 10.

49 So der Wortlaut von § 23 Abs 3 ME. Vgl zur Unabhängigkeit iS der angesprochenen Bestimmungen bereits oben Pkt II.B.

einer Einschränkung der freien Auswahlmöglichkeit von deren Mitgliedern bedarf.⁵⁰ Gerechtfertigt werden kann diese Beschränkung allenfalls damit, dass widrigenfalls Begünstigten die Möglichkeit eröffnet wird, ausgehend vom Aufsichtsorgan Druck auf den Vorstand aufzubauen. Besteht ein Aufsichtsorgan allein aus Begünstigten und diesen nahestehenden Personen iSv § 15 Abs 2, 3 und 3a ME, kann den Begünstigten nämlich auch die Möglichkeit eingeräumt werden, den Stiftungsvorstand abzurufen, wofür im Aufsichtsorgan eine Drei-Viertel-Mehrheit bzw Einstimmigkeit erforderlich ist (vgl § 25 Abs 8 ME).⁵¹ Dies bedeutet, dass stets zumindest auch ein „unabhängiges“ Mitglied des Aufsichtsorgans der Abberufung seinen Sanktus geben muss. Ob dieser Gesichtspunkt allein die Einschränkung nach § 23 Abs 3 ME rechtfertigt, bedürfte allerdings einer näheren Untersuchung und sollte im weiteren Gesetzgebungsprozess noch im Detail erörtert werden.

D. Regelung der Bestellung, Funktionsdauer und Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsorgans in der Stiftungsurkunde

Zu einer für die Praxis wesentlichen Änderung soll es auch bei den gesetzlichen Regelungen zur Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsorgans kommen. Das ist zu begrüßen, weil das PSG in diesem Bereich erhebliche Wertungswidersprüche aufweist. *De lege lata* werden die Mitglieder des Aufsichtsrats vom **Gericht** bestellt, der erste Aufsichtsrat bei Errichtung der Privatstiftung hingegen vom Stifter oder Stiftungskurator (§ 24 Abs 1 PSG). Der Begriff des ersten Aufsichtsrats wurde § 30b Abs 4 GmbHG bzw § 23 AktG nachgebildet und wird daher in systematischer Interpretation mit den angesprochenen Normen dahingehend ausgelegt, dass der erste Aufsichtsrat derjenige ist, der schon *vor Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch* existiert.⁵² Anders als das GmbHG und das AktG beinhaltet das PSG allerdings keine gesetzlich geregelte Funktionsperiode. Auch das Amt der Mitglieder des ersten Aufsichtsrates endet nicht mit Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch.⁵³ Damit sind schon bislang Fälle möglich, in denen der Aufsichtsrat faktisch vom Stifter bestellt wird, was in praxi auch keinerlei Probleme bereitet. Zu Spannungs-

verhältnissen kommt es erst dadurch, dass eine nach Eintragung der Stiftung in das Firmenbuch erfolgte Bestellung, Nachbesetzung und/oder Erweiterung des Aufsichtsrats nach geltendem Recht gem § 24 Abs 1 PSG zwingend durch das Gericht erfolgen muss, wovon auch in der Stiftungsurkunde nicht abgewichen werden kann.⁵⁴ Die Regelungssystematik ist problematisch und weicht auch von jener der Kapitalgesellschaften ab, bei denen der Aufsichtsrat durch die Aktionäre bzw Gesellschafter bestellt wird (§ 87 AktG, § 30b GmbHG).⁵⁵ Daher ist unbedingt zu befürworten, wenn sich die Bestellung, die Funktionsdauer und die Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsorgans *de lege ferenda* nach den Regelungen in der Stiftungsurkunde richten (§ 24 Abs 1 ME).

E. Zu den Aufgaben des Aufsichtsorgans

1. Überwachung der Geschäftsführung

In § 25 ME findet sich nunmehr eine begrüßenswerte, detaillierte Regelung der Aufgaben des Aufsichtsorgans, die auch strukturell neu gestaltet wird.⁵⁶ Dies ändert freilich nichts daran, dass die primäre Aufgabe des Aufsichtsorgans in der Überwachung der Geschäftsführung und der Gebarung der Privatstiftung zu sehen ist (§ 22 Abs 1 S 1 ME). Besteht das Aufsichtsorgan allein deshalb, weil die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften iSd § 244 UGB beherrscht (§ 22 Abs 2 Z 2 ME),⁵⁷ ist der Aufgabenbereich allerdings auf Angelegenheiten der einheitlichen Leitung oder unmittelbaren Beherrschung der jeweiligen Kapitalgesellschaft(en) bzw inländischen Genossenschaft(en) beschränkt (§ 25 Abs 1 S 2 ME), wie das schon bislang in § 25 Abs 2 PSG angeordnet ist. Nunmehr gilt diese Beschränkung allerdings nur für die Arbeitnehmervertreter, die nach § 22 Abs 4 ME iVm § 110 ArbVG zwingend in den sog „**Konzernaufsichtsrat**“ zu bestellen sind. Auf die übrigen Mitglieder des Konzernaufsichtsrats schlägt diese Einschränkung des Aufgabenbereichs nicht durch. Dies ist aus Publizitätsgründen zu begrüßen, weil im Firmenbuch nicht ersichtlich ist, ob es sich um einen Konzernaufsichtsrat nach § 22 Abs 2 Z 2 ME handelt oder nicht.⁵⁸

50 Dagegen sprechen sich die Industriellenvereinigung (17/SN-323 ME 7 f) sowie die Kammer der Wirtschaftstreuhand (24/SN-323 ME 16) in ihren Stellungnahmen zum ME aus. Der Verband Österreichischer Privatstiftungen lehnt dies in seiner Stellungnahme zum ME generell – also nicht nur bei fakultativ bestellten Aufsichtsorganen – ab (12/SN-323 ME 3).

51 Diese Gefahr zeigt die Arbeiterkammer in ihrer Stellungnahme zum ME auf (18/SN-323 ME 3 f).

52 *Hasch/Routil* in Hasch&Partner, PSG² § 24 Rz 5.

53 *N. Arnold*, PSG³ § 24 Rz 11.

54 ErläutRV 981 BgNR XXIV GP 29.

55 *Eiselsberg/Haslwagner*, PSG (2011) § 24.

56 Erläut 323 ME XXV GP 11.

57 Vgl dazu schon im Detail oben Pkt III.B.

58 Siehe dazu auch *N. Arnold*, PSG³ § 25 Rz 7.

2. Vertretung bei der Durchsetzung von Ansprüchen gegen Mitglieder des Stiftungsvorstands

§ 25 Abs 2 ME legt die Vertretung der Privatstiftung bei der Durchsetzung von Ansprüchen gegen Mitglieder des Stiftungsvorstands als Aufgabe des Aufsichtsorgans fest. Demgegenüber ist die Vertretung der Privatstiftung beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch das Aufsichtsorgan nicht mehr vorgesehen (bislang § 25 Abs 3 PSG).⁵⁹ Derartige Verträge schließt der Stiftungsvorstand fortan generell – also auch dann, wenn ein Aufsichtsorgan bestellt ist – namens der Privatstiftung ab. Dass die Interessen der Privatstiftung trotz der drohenden Interessenkollision hinreichend gewahrt werden, wird einerseits dadurch sichergestellt, dass derartige Geschäfte der Zustimmung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands bedürfen (§ 17 Abs 5 S 1 ME). Andererseits erfordern solche Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsorgans (§ 17 Abs 5 S 2 ME), sodass auch die Prüfung (und gegebenenfalls Genehmigung) von Verträgen der Stiftung mit einem Vorstandsmitglied eine Aufgabe des Aufsichtsorgans darstellt. Ist kein solches bestellt, hat die Genehmigung durch das Gericht zu erfolgen (§ 17 Abs 5 S 2 ME). Schade ist, dass der Gesetzgeber die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten über die Reichweite des § 17 Abs 5 PSG offenbar nicht beseitigen will.⁶⁰ Ist nur eine Person Mitglied des Stiftungsvorstands, so bedürfen Rechtsgeschäfte des außerordentlichen Geschäftsbetriebs nach § 25 Abs 4 letzter Satz ME generell der Zustimmung des Aufsichtsorgans.

3. Demonstrative Aufzählung möglicher zusätzlicher Aufgaben

Schon de lege lata ist in § 25 Abs 3 PSG festgelegt, dass der Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates in der Stiftungserklärung erweitert werden kann. Wie weit diese Befugnis reicht, ist im Detail umstritten, wobei sich die hA für eine restriktive Handhabung dieser Gestaltungsmöglichkeit ausspricht.⁶¹ Vor allem aber hat der OGH mit seiner Judi-

katur zum „vorstandsähnlichen Beirat“⁶² ebenfalls dazu beigetragen, dass die Reichweite dieser Bestimmung immer eine Quelle von Rechtsunsicherheit war. Nunmehr enthält § 25 Abs 3 ME eine beispielhafte Aufzählung von Angelegenheiten, die in der Stiftungserklärung dem Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsorgans zugewiesen werden können. Als solche Kompetenz ist zunächst die **Bestellung des Stiftungsvorstands** und seiner Mitglieder, die Festlegung der Vertretungsbefugnis und der **Abberufung** auch vor Ablauf einer Funktionsperiode genannt (Z 1). Die Befugnis zur Abberufung kann dem Aufsichtsorgan freilich nur für Fälle einer Pflichtverletzung eingeräumt werden, weil die Möglichkeit einer jederzeitigen freien Abberufbarkeit des Stiftungsvorstands die Mindestbestelldauer des Vorstands nach § 15 Abs 4 ME konterkarieren würde, was ausweislich der Erläuterungen gerade nicht intendiert ist.⁶³ Um die willkürliche Abberufung des Stiftungsvorstands durch das Aufsichtsorgan zu erschweren, wird zudem nach § 25 Abs 8 ME für diese Entscheidung eine besondere Mehrheit verlangt. Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 14 Abs 3 PSG.

Schon zum geltenden Recht ist allgemein anerkannt, dass der Aufgabenbereich des Aufsichtsrates in der Stiftungszusatzurkunde durch die **Festlegung bestimmter zustimmungspflichtiger Rechtsgeschäfte** erweitert werden kann.⁶⁴ Aufbauend darauf wird nun die Zustimmung zu bestimmten Geschäften in § 25 Abs 3 Z 2 ME ausdrücklich als Angelegenheit genannt, die in der Stiftungserklärung dem Aufsichtsorgan übertragen werden kann. Dabei wird darauf zu achten sein, dass die Geschäftsführung grundsätzlich allein dem Stiftungsvorstand zukommt und das Aufsichtsorgan nur bei wichtigen Entscheidungen mitreden können soll.⁶⁵ Daher wird eine Zuständigkeitsanordnung iSv § 25 Abs 3 Z 2 ME niemals so weit gehen dürfen, dass sie die dem Stiftungsvorstand obliegende Geschäftsführung praktisch lahmlegt und diesen zu einem reinen Vollzugsorgan degradiert.⁶⁶ Eine Konkretisierung, bei welchen Rechtsgeschäften ein Genehmigungsvorbehalt durch das Aufsichtsorgan unproblematisch ist, findet sich in § 25 Abs 4 ME, der in diesem Zusammenhang auf § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4 bis 6, 12 AktG verweist.⁶⁷ Aus diesem Grund ist

⁵⁹ Erläut 323 ME XXV GP 12.

⁶⁰ Vgl dazu statt vieler N. Arnold, PSG³ § 17 Rz 92a.

⁶¹ Vgl statt vieler Pittl, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197 (203).

⁶² 6 Ob 139/13d ZfS 2013, 179 (Oberndorfer) = PSR 2013/42, 175 (Csoklich) = GesRZ 2014, 63 (Briem) = EvBl 2014/54, 362 (Motal); 6 Ob 230/13m ZfS 2014, 111 (Karollus) = GesRZ 2015, 59 (Torgler).

⁶³ Erläut 323 ME XXV GP 12. Das wird auch von der Notariatskammer in ihrer Stellungnahme zum ME hervorgehoben (20 SN-323 ME 8).

⁶⁴ N. Arnold, PSG³ § 25 Rz 40; vgl zuletzt etwa 6 Ob 37/17k ZfS 2017, 56 = GesRZ 2017, 269 (Csoklich).

⁶⁵ Erläut 323 ME XXV GP 12.

⁶⁶ Vgl dazu schon ErläutRV 981 BlgNR XXIV GP 30 und die in FN 62 zitierte Judikatur.

⁶⁷ Erläut 323 ME XXV GP 12 („Z 2 wird durch Abs. 4 konkretisiert“). Demgegenüber geht die Notariatskammer in ihrer Stellungnahme davon aus, dass aufgrund des Verweises von § 25 Abs 4 ME auf § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4 bis 6 und 12 AktG für die dort angesprochenen Geschäfte zwingend eine Genehmigung durch das Aufsichtsorgan erforderlich sei, sofern ein solches eingerichtet ist, und fordert eine Klarstellung des Verhältnisses von § 25 Abs 3 Z 2 und § 25 Abs 4 ME. Diese Klarstellung ist in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage allerdings erfolgt. Freilich wäre es wünschenswert, und insofern ist dem Ansinnen der Notariatskammer beizupflichten, wenn die Klarstellung im Gesetzeswortlaut enthalten wäre.

etwa der Hinweis in der Stiftungs(zusatz)urkunde, dass der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen; der Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften; Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten übersteigen; die Aufnahme oder Gewährung von Darlehen und Krediten sowie der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsorgans der Genehmigung des Aufsichtsorgans bedürfen, jedenfalls verbindlich.⁶⁸

Zuständig gemacht werden kann das Aufsichtsorgan ferner für die Festlegung der Vergütung des Stiftungsvorstands und seine Entlastung (§ 25 Abs 3 Z 3 ME) sowie für die Erstattung von Vorschlägen für Zuwendungen an Begünstigte und die **Festlegung von Begünstigten** (§ 25 Abs 3 Z 4 ME). Letzteres ist – wie auch der OGH in seiner Stellungnahme zum ME darlegt⁶⁹ – problematisch, weil dem Aufsichtsorgan nach § 23 Abs 2 ME in Zukunft mehrheitlich Begünstigte angehören können (dazu schon oben Pkt III.C.). Damit werden diese gewissermaßen zum „Entscheidungsorgan in eigener Sache“ gemacht – eine Konstellation, die der Gesetzgeber sonst im Gesellschaftsrecht durch Normierung entsprechender Stimmverbote vermeidet. Besser wäre es daher, wenn dem Aufsichtsorgan (ebenso wie bei Zuwendungen an Begünstigte) auch bei der Festlegung von Begünstigten bloß ein Vorschlagsrecht eingeräumt werden könnte.⁷⁰

F. Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsorgan

Hinsichtlich des **Auskunfts- und Einsichtsrechts** des Aufsichtsorgans verweist das PSG weiterhin auf § 95 Abs 2 und 3 AktG.⁷¹ In sinnemäßiger Anwendung dieser Bestimmung kann das Aufsichtsorgan vom Vorstand jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Stiftung einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen verlangen und die Bücher und Schriften der Stiftung sowie die Vermögensgegenstände – namentlich die Stiftungskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren – einsehen und prüfen.⁷²

Darüber hinaus trifft den Vorstand fortan die Pflicht, dem Aufsichtsorgan (sofern ein solches besteht) mindestens einmal jährlich von sich aus über grundsätzliche

Fragen zur Lage der Privatstiftung zu berichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung darzustellen (Jahresbericht). Soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist, hat der Stiftungsvorstand weiters dem Aufsichtsorgan regelmäßig, mindestens vierteljährlich, über die Lage der Privatstiftung im Vergleich zur Vorscheurechnung unter Berücksichtigung der künftigen Entwicklungen zu berichten (Quartalsbericht). Bei wichtigem Anlass ist dem Aufsichtsorgan unverzüglich zu berichten; ferner ist über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Privatstiftung von erheblicher Bedeutung sind, dem Aufsichtsorgan unverzüglich zu berichten (Sonderbericht). Der Jahresbericht und die Quartalsberichte sind schriftlich zu erstatten und auf Verlangen des Aufsichtsorgans mündlich zu erläutern; sie sind jedem Mitglied des Aufsichtsorgans auszuhändigen. Die Sonderberichte sind schriftlich oder mündlich zu erstatten (so § 25 Abs 6 ME). Diese Bestimmung ist § 81 AktG nachgebildet und entspricht der allgemeinen Zielsetzung der Novelle, die Bedeutung des Aufsichtsorgans aufzuwerten.⁷³

G. Auftrag zur Mängelbeseitigung bei Pflichtverletzungen

Kommt der Aufsichtsrat bei der Überwachung des Stiftungsvorstands zur Auffassung, dass ein Mitglied des **Vorstands seine Pflichten gröblich verletzt** oder nicht imstande ist, seine Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen, hat es de lege lata mittels Antrags ein Verfahren auf Abberufung dieses Organmitglieds einzuleiten (§ 27 Abs 2 PSG). Nunmehr wird in § 25 Abs 7 ME ein alternatives Sanktionsmodell eingeführt. Bei Pflichtverletzungen des Stiftungsvorstands hat das Aufsichtsorgan dem Stiftungsvorstand aufzutragen, binnen angemessener Frist von längstens sechs Monaten die aufgezeigten Mängel zu beseitigen.

Damit wird anerkannt, dass es Pflichtverletzungen geben kann, die nicht als grobe Pflichtverletzung im Sinn des § 27 Abs 2 PSG zur (sofortigen) Abberufung führen müssen. Die Regelung des § 25 Abs 7 ME dient der **Kontinuität bei der Stiftungsführung** und soll den Mitgliedern des Vorstands die Möglichkeit geben, Handlungen und Unterlassungen,

68 Vgl dazu auch die Stellungnahme der Arbeiterkammer zum ME, die fordert, dass der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen (§ 228 UGB), die Gewährung und Aufnahme von Darlehen und Krediten sowie die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans stets von einer Genehmigung durch das Aufsichtsorgan abhängig gemacht werden soll, sofern ein solcher bestellt ist (vgl 18/SN-323 ME 5).

69 8/SN-323 ME 2.

70 So auch der OGH in seiner Stellungnahme zum Ministerialentwurf (8/SN-323 ME 2).

71 Vgl § 25 Abs 1 S 2 PSG bzw § 25 Abs 4 S 1 ME.

72 Vgl dazu im Detail N. Arnold, PSG³ § 25 Rz 10 ff; Müller in Müller, Handbuch Stiftungsmanagement 349 f.

73 Dagegen allerdings die Kammer der Wirtschaftstreuhänder in ihrer Stellungnahme zum ME, die diese Regelung als „überschießend und das Wesen der Privatstiftung verkennend“ kritisiert (24/SN-323 ME 17).

die als pflichtwidrig angesehen werden, nachträglich zu korrigieren.⁷⁴ Ob weitere Maßnahmen zu ergreifen sind, kann das Aufsichtsorgan, das den Mangel festgestellt hat, nach Verstreichen der eingeräumten Frist entscheiden. Als solche Maßnahmen kommen die Einleitung eines Sonderprüfungsverfahrens (§ 31) oder auch die Antragstellung auf Abberufung aus wichtigem Grund in Betracht.

§ 25 Abs 7 ME führt zu einer Neugewichtung bei der Beurteilung von groben Pflichtverletzungen im Sinn des § 27 Abs 2 PSG (bzw § 27 Abs 4 ME). Können die Folgen einer Pflichtverletzung nachträglich behoben werden, wird kein die sofortige Abberufung rechtfertigender Grund verwirklicht sein. Mit diesen neuen Bestimmungen wird die sogenannte „Kontrolldefizit-Judikatur“ des OGH⁷⁵, wonach an das Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgrund der Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung bis jetzt kein strenger Maßstab anzulegen und eine sofortige Abberufung möglich war, modifiziert, indem die Anforderungen an die „grobe“ Pflichtverletzung angehoben werden und eine Abberufung damit tendenziell als „ultima ratio“ erschwert wird. Wohl aber liegt bei einer **verzögerten Mängelbehebung** oder bei **wiederholten Pflichtverletzungen** eine „grobe“ Pflichtverletzung vor, die die sofortige Abberufung rechtfertigen.⁷⁶ Die Maßnahme nach Abs 7 ist jedoch nicht zwingend vor den Maßnahmen nach § 27 Abs 4 ME (vorzeitige Abberufung durch das Gericht) zu ergreifen. Vielmehr wird die Palette an Handlungsmöglichkeiten bei Verdacht oder bei Vorliegen einer Pflichtverletzung durch den Stiftungsvorstand erweitert, um schließlich angemessene Sanktionen zu setzen.⁷⁷ Dadurch wird die Fokussierung auf die gerichtliche Abberufung hintangehalten und die **Gerichte** bei internen Streitigkeiten der Stiftung **entlastet**. Wenn aber eine sofortige Abberufung notwendig ist (zB bei Hervorkommen erheblicher finanzieller Unregelmäßigkeiten durch den Stiftungsvorstand), kann sie auch de lege ferenda – ohne Sonderprüfung oder sonstige Maßnahme – vorgenommen werden.⁷⁸ In derartigen Fällen hat das angerufene Gericht zu entscheiden, ob es sich um eine grobe Pflichtverletzung gehandelt hat, die eine sofortige Abberufung gerechtfertigt hat oder ob nur eine solche Pflichtverletzung vorliegt, die erst nach der sechsmonatigen „Schonfrist“ eine Abberufung gerechtfertigt hätte. Ob § 25 Abs 7 ME tatsächlich zu einer Entlastung der Gericht führt, darf daher – im Anschluss an *König*⁷⁹ – bezweifelt werden. UE ist diese Regelung aber aus Gründen der Kontinuität bei der Stiftungsführung dennoch zu befürworten.

IV. Bestimmungen betreffend den Stiftungsprüfer

A. Eintragung im Firmenbuch

Durch die PSG-Novelle 2017 soll auch die Position des Stiftungsprüfers, dem einzigen gesetzlich zwingend in allen Privatstiftungen vorgesehenen Kontrollorgan, aufgewertet und präzisiert werden. Ist in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen, geht § 20 Abs 1 ME vom Grundsatz aus, dass dieser vom Aufsichtsorgan bestellt wird. Nur wenn kein Aufsichtsorgan eingerichtet ist oder die Bestellung dennoch unterbleibt, greift subsidiär die Kompetenz des Firmenbuchgerichts ein (vgl auch § 27 ME).

Der Organfunktion des Stiftungsprüfers wird fortan durch die zwingende **Eintragung im Firmenbuch** Rechnung getragen (§ 13 Abs 3 Z 5 ME).⁸⁰ Bei Bestellung durch das Gericht erfolgt die Eintragung von Amts wegen. Ansonsten kommt die Aufgabe der Anmeldung zur Eintragung des Stiftungsprüfers dem Vorstand zu (§ 20 Abs 1 ME).

B. Funktionsperiode von zwei bis höchstens fünf Jahren

Neu ist auch, dass die Bestellung zum Stiftungsprüfer in Zukunft nur mehr befristet für eine **Funktionsperiode zwischen zwei und fünf Geschäftsjahren** möglich sein wird (§ 20 Abs 1 ME). Die Mindestbestelldauer gewährleistet eine gewisse Kontinuität und kommt auch der Unabhängigkeit des Prüfers zugute.⁸¹ In Anbetracht der Mindestbestelldauer des Vorstands von grds zwei Jahren⁸² ist die Mindestfunktionsdauer von zwei Geschäftsjahren auch aus systematischen Gründen zu begrüßen, wengleich die Überlegungen zur Mindestfunktionsperiode des Stiftungsvorstands nicht unmittelbar auf den Stiftungsprüfer übertragen werden können, weil letzterer nur vom Gericht abberufen werden kann (§ 27 Abs 5 ME; § 270 Abs 3 UGB).⁸³ Problematisch erscheint hingegen die Höchstfrist von fünf Jahren. Dagegen führt der Österreichische Rechtsanwaltskammertag wohl zu Recht ins Treffen, dass die Unabhängigkeit des Kontrollorgans Stiftungsprüfer auch dann gewährleistet wäre, wenn dieser auf unbestimmte Zeit bestellt ist, nur bei einer Pflichtverletzung abberufen werden kann und daher nicht um die Wiederbestellung buhlen muss.⁸⁴

74 Erläut 323 ME XXV GP 12.

75 Vgl zu dieser nur *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 24.

76 Erläut 323 ME XXV GP 12.

77 Erläut 323 ME XXV GP 12.

78 Erläut 323 ME XXV GP 12.

79 2/SN-323/ME 6.

80 Erläut 323 ME XXV GP 6, 12.

81 Erläut 323 ME XXV GP 9.

82 Siehe zu dieser Mindestbestelldauer schon oben Pkt II.D.

83 Vgl dazu auch *N. Arnold*, PSG³ § 20 Rz 24b.

84 11/SN-323 ME 12.

Die **tatsächliche Festlegung der Funktionsperiode** des Prüfers obliegt der Stiftungserklärung, dem bestellungsbefugten Aufsichtsorgan oder dem Gericht. Um sicherzustellen, dass bei einem Wechsel weder Lücken noch Überlappungen entstehen, wird in § 20 Abs 1 ME die allgemeine Regel des § 270 Abs 1 UGB festgeschrieben, wonach ein Abschlussprüfer vor Ende des zu prüfenden Geschäftsjahres zu bestellen ist, wobei die Bestellung erst zu Jahresbeginn wirksam wird.⁸⁵ Andererseits wird normiert, dass die Funktionsdauer des Stiftungsprüfers mit dem Geschäftsjahr endet, in dem er seine Prüfungstätigkeit zu erbringen hat.

C. Sicherung der Unabhängigkeit des Stiftungsprüfers

Neu formuliert werden auch die Unvereinbarkeitsbestimmungen des Stiftungsprüfers: Selbstredend ist, dass dieser **unabhängig und unbefangen** sein muss und nicht Begünstigter, Mitglied eines anderen Stiftungsorgans, Arbeitnehmer der Privatstiftung oder Beschäftigter eines Unternehmens sein darf, auf das die Privatstiftung maßgeblichen Einfluss nehmen kann. Nach dieser allgemeinen Klarstellung findet sich nunmehr ein Verweis auf die ausdifferenzierten Unabhängigkeitsvoraussetzungen der §§ 271, 271a, 271b und 271c UGB. Zutreffend wird dazu in den Erläuterungen ausgeführt, dass es schon aus systematischen Gründen geboten ist, dass die Befangenhheits- und Ausschlussregelungen für Abschlussprüfer von Kapitalgesellschaften auch für Stiftungsprüfer gelten, weil kein triftiger Grund für einen weniger strengen Maßstab und damit im Ergebnis für eine Ungleichbehandlung zu erkennen ist.⁸⁶

Darauf hat das Schrifttum schon zum geltenden Recht hingewiesen. Weil in den Materialien der Vorbildcharakter von § 271 Abs 2 und 3 HGB aF angesprochen und darauf hingewiesen wurde, dass es sich bei § 20 Abs 3 PSG *um eine an die besonderen Verhältnisse der Privatrechtsstiftung angepasste Form dieser Ausschlussgründe handelt*, konnte man jedoch kaum von einer planwidrigen Gesetzeslücke ausgehen.⁸⁷ Ganz unvertretbar wurde eine analoge Anwendung der §§ 271, 271a, 271b und 271c UGB auf Stiftungsprüfer, nachdem im Entwurf der Privatstiftungsnovelle 2010 vorgesehen war, dass für den Stiftungsprüfer „§ 271a UGB *sinngemäß gilt*“ und diese Regelung nicht in das BBG

2011 aufgenommen wurde. Dies führte zu unsachlichen Schutzlücken, wie etwa einer fehlenden Unvereinbarkeitsbestimmung bzgl solcher Personen, die bei der Führung der Bücher oder der Aufstellung des zu prüfenden Jahresabschlusses mitgewirkt haben, sodass der Stiftungsprüfer nach dem Wortlaut von § 20 Abs 3 PSG einen von ihm selbst aufgestellten Jahresabschluss prüfen hätte können. Derartige (absurd anmutende) Schutzlücken konnten nur unter Rückgriff auf das Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer geschlossen werden,⁸⁸ sodass der Verweis in § 20 Abs 3 ME auf die §§ 271, 271a, 271b und 271c UGB unbedingt zu befürworten ist.

Gleiches gilt für die Angleichung an die Regeln der Abschlussprüfer bei Kapitalgesellschaften, dass der Stiftungsprüfer nunmehr vor seiner Bestellung eine **schriftliche Erklärung nach § 270 Abs 1a UGB** vorzulegen hat (§ 20 Abs 1 ME). Auch diese Voraussetzung stärkt das Vertrauen in den Stiftungsprüfer und trägt seiner Bedeutung für die Kontrolle der Erfüllung des Stiftungszwecks – auch angesichts seiner über die Prüfung hinausgehenden Organfunktion – Rechnung.

D. Präzisierung der Aufgaben des Stiftungsprüfers

Wie eingangs erwähnt, verfolgt die PSG-Novelle 2017 auch das Ziel, den Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers zu präzisieren. Diesbezüglich wird in § 21 Abs 1 S 3 ME festgehalten, dass die Prüfung auch die **Einhaltung des Stiftungszwecks** umfasst. Diese Ergänzung hat nur klarstellenden Charakter, zumal der OGH bereits in 6 Ob 239/08b⁸⁹ und in 6 Ob 209/12x⁹⁰ ausgesprochen hat, dass der Stiftungsprüfer auch den Fragen nachgehen muss, ob die Stiftungserklärung hinsichtlich des Stiftungszwecks eingehalten worden ist, ob der Lagebericht mit dem Jahresabschluss auch hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks in Einklang steht und ob der Lagebericht nicht hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks eine falsche Vorstellung von der Lage der Privatrechtsstiftung erweckt. Gleiches gilt für den Verweis auf § 269 Abs 4 UGB, der den Stiftungsprüfer zur **Nachtragsprüfung** anhält. Nicht zuletzt aufgrund der besonderen Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Stiftungsprüfer einräumt, wurde im Schrifttum schon bislang die Ansicht vertreten, dass nachträgliche Änderungen auch einer entsprechenden Prüfung zu unterziehen sind. Wid-

85 Erläut 323 ME XXV GP 9.

86 Erläut 323 ME XXV GP 9; dazu kritisch allerdings der Verband Österreichischer Privatstiftungen in seiner Stellungnahme zum ME (12/SN-323 ME 5).

87 Gelter in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 276.

88 Vgl dazu N. Arnold, PSC³ § 20 Rz 16.

89 RWZ 2009/60, 206 (Wenger) = GesRZ 2009, 301 (Arnold) = ZfS 2009, 200 (Reiter) = RdW 2010/756, 747 (Nowotny).

90 PSR 2013/4, 16 (Zollner) = GesRZ 2013, 101 (Kalss) = ecolex 2013/122, 324 (Limberg) = RWZ 2015/14, 48 (Wenger).

rigenfalls wäre die Effizienz der Prüfung massiv beeinträchtigt.⁹¹

Ein Novum stellt hingegen die Bestimmung des § 21 Abs 4 ME dar. Demnach hat der Stiftungsprüfer *alljährlich dem Gericht spätestens neun Monate nach Ende des zu prüfenden Geschäftsjahres schriftlich mitzuteilen, dass er den Prüfungsbericht über das vergangene Geschäftsjahr samt Bestätigungsvermerk dem Stiftungsvorstand vorgelegt hat. Ist diese Vorlage nicht fristgerecht erfolgt, so hat der Stiftungsprüfer die Gründe für die Verspätung zu erklären.*

Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass der Stiftungsprüfer ein sichtbares Instrument der Kontrolle des Stiftungsvorstands sein soll, zumal er das einzige gesetzlich zwingend in allen Privatstiftungen vorgesehene Kontrollorgan ist. Der Jahresabschluss ist aller-

dings weiterhin weder vorzulegen noch zu veröffentlichen.⁹² Das Gericht hat – vergleichbar § 282 Abs 1 UGB – die Pflicht, das Einlangen der Mitteilung zu kontrollieren, aber keine weitergehende inhaltliche Prüfpflicht.⁹³ Ist der Stiftungsprüfer mit der Übermittlung des Berichts iSv § 21 Abs 4 ME zwei Monate in Verzug, *hat das Gericht eine Zwangsstrafe von € 700,- bis € 3.600,- zu verhängen. Diese ist wiederholt zu verhängen, wenn der Stiftungsprüfer seiner Pflicht nach je weiteren zwei Monaten noch nicht nachgekommen ist.* Die damit angesprochene Regelung des § 21 Abs 5 ME orientiert sich an § 283 UGB. In Anlehnung an § 283 Abs 2 leg cit kann sich der Stiftungsprüfer exkulpieren, wenn sein Verzug auf eine Säumnis des Stiftungsvorstands zurückzuführen ist und der Prüfer geeignete Schritte setzt und diese nachweist.

91 N. Arnold, PSG³ § 21 Rz 23a; wohl aA Reiter, Die Funktion des Stiftungsprüfers – OLG Entscheidung im Vergleich zu Berufsstandards und zur geübten Praxis, ZfS 2012, 111 (115).

92 Erläut 323 ME XXV GP 10.

93 Vgl dazu auch Erläut 323 ME XXV GP 10.