

WIENER ADVOCATUR BUREAU

Österreichischer Governance Kodex für Privatstiftungen

Peter Melicharek, Veronika Haberler, Monika Widmann

Wien 2015

Zitiervorschlag:

ÖGK PS (2015) Rz [...]

Melicharek/Haberler/Widmann, Österreichischer Governance Kodex für Privatstiftungen (2015) [Seite]

© 2015 Wiener Advocatur Bureau

AutorInnen: Melicharek, Peter / Haberler, Veronika / Widmann, Monika

Verlag: Wiener Advocatur Bureau (info@advocatur-bureau.at)
Melicharek Rechtsanwalts GmbH, Wien

Verlagsort: Wien, Österreich

ISBN: 978-3-9503816-1-0

Hersteller: tredition GmbH, Hamburg

Herstellungsort: Deutschland (Printed in Germany)

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und der AutorInnen unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de/> abrufbar.

Bibliografische Information der Österreichischen Nationalbibliothek:

Die Österreichische Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in ihrem Katalog, nähere Informationen unter <http://www.onb.ac.at/>.

Weitere Informationen: www.stiftungskodex.at

INHALT

Vorwort	VII
Geleitwort Christina Hartig	XI
Geleitwort Brigitta Schwarzer	XIII

ÖGK PS

Präambel	1
1. Die Stifterin, der Stifter	5
2. Die Begünstigten	23
3. Der Stiftungsvorstand	29
4. Der Stiftungsprüfer	47
5. Der Stiftungsbeirat (optional)	55
6. Der Aufsichtsrat	67
7. Vermögensverwaltung	73
8. Die externen Berater	81
Weiterführende Literatur und ausgewählte Judikate	85

ANHANG

Abkürzungsverzeichnis	97
Judikaturübersicht	98
Literaturverzeichnis	99
PSG - Privatstiftungsgesetz	103
ABGB - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	116
AktG - Aktiengesetz	117
A-QSG - Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz	120
ArbVG - Arbeitsverfassungsgesetz	121
BWG - Bankwesengesetz	124
FBG - Firmenbuchgesetz	143
GmbHG - Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung	144
JN - Jurisdiktionsnorm	145
NO - Notariatsordnung	146
RAO - Rechtsanwaltsordnung	148
RL-BA - Richtlinien Berufsausübung Rechtsanwälte	156
StGB - Strafgesetzbuch	157
UGB - Unternehmensgesetzbuch	158
WAG - Wertpapieraufsichtsgesetz	205
WT-ARL - Wirtschaftstreuhandberufs-Ausübungsrichtlinie	208
WTBG - Wirtschaftstreuhandberufsgesetz	209
ZPO - Zivilprozessordnung	220
Materialien zum PSG	223
KWT Fachgutachten KFS/PE 21	239
BMF Handbuch Mitteilung gem § 5, Art XI Abs 1b PSG	255
Mustererklärung Vorstandsmandat	263

Stiftungsgovernance als Herausforderung.

Was wurde nur aus der vielgepriesenen wirtschaftspolitischen Erfolgsgeschichte der österreichischen Privatstiftung? Ohne die einstigen Steuerprivilegien ebte die frühere Gründungseuphorie ab. 2013 setzte eine Trendumkehr ein und seitdem ist ein spürbarer Rückgang der Zahl der Stiftungen zu verzeichnen. Massenhafte Stiftungsaufösungen und die befürchtete Abwanderung ins Ausland blieben entgegen der **Kassandraru**fe einiger Autoren aber aus. Ich zweifle daran, dass dies der noch immer großen Zufriedenheit mit dem Rechtsinstrument der Privatstiftung zu verdanken ist. Vielmehr mag es eher mit dem Mausefallen-Effekt für Altvermögen zusammenhängen, oder damit, dass Abwanderungswillige in der aktuellen Niedrigzinsphase keine ausreichende „Kriegskasse“ für potentiell riskante Steuerexperimente haben. Vielleicht gibt es auch Stiftungen mit entscheidungsschwachen Organwaltern, welche die eingetretene Versteinerung still begrüßen und fördern.

In der österreichischen Stiftungslandschaft ist jedenfalls eine allgemeine Trägheit und Veränderungsaversion zu orten. Die erste Stifterinnen- und Stiftergeneration hat (oft schon vor vielen Jahren) Aufwand und Kosten investiert, um „ihre“ Stiftungen einzurichten. Solange sie noch etwas zu sagen hat, wird gern versucht, den *status quo* beizubehalten – und damit ein Verständnis von *foundation governance*, das oft aus dem letzten Jahrtausend stammt.

Zwischenzeitig zeichnet sich ein bevorstehender Generationenwechsel nicht nur bei den Stiftern und Begünstigten, sondern auch bei den Beraterinnen und Beratern ab. Mit großem Werbeaufwand versuchen viele Akteure aus allen möglichen Berufsgruppen, die erste Berater-Generation abzulösen und sich Mandate in den Vorständen möglichst vieler Stiftungen und/oder in der Geschäftsführung ihrer Tochterunternehmen zu sichern. Marketingstrategisch geht man dabei davon aus, dass die Stifterinnen und Stifter noch die

wahren Entscheidungsträger sind, und man spricht deren vermeintlichen Wunsch an, weiterhin alles beim Alten lassen zu wollen.

So mancher Stifterin, so manchem Stifter war und ist dementsgegen sehr wohl bewusst, dass ein heute für 99 Jahre in Stein gemeißelter Stifterwille in einer Welt, in der die einzige Konstante die Veränderung ist, ohnehin nicht die Antwort auf alle Fragen sein kann. Und dass eines Tages ihre eigene schützende Kontrolle nicht mehr sein wird, wissen sie ebenfalls. Wie also kann eine Privatstiftung die auf sie künftig zukommenden Herausforderungen meistern? Dies geht nur mit einer guten Governance, die freiwillig aktuell gehalten wird. Als Vorstandsmitglied und/oder Rechtsvertreter im weltweiten Kampf um so manche Stiftung und so manchen Trust seit dem Jahr 2001 habe ich die Erfahrung gemacht, dass verselbstständigte Vermögensmassen nur „überleben“ können, wenn sie sich an Veränderungen in ihrem Umfeld anpassen, oder besser noch, diesen entgegengehen. Dies gilt ganz besonders, wenn eines Tages nicht nur ein Schönwetter-Umfeld herrschen sollte.

Die Stiftung muss nachhaltig von unsachlichen Partikularinteressen und Einflussnahmen befreit werden. Das Exekutivorgan darf kein „Hampelmann“ des Stifters sein, sondern muss unabhängige und professionelle Führung gewährleisten. Entscheidungen sollen transparent und nachvollziehbar gefällt werden. Stiftungen brauchen eine Strategie, Planung, geeignete Organmitglieder, eine funktionierende Compliance-Einrichtung, eine Haftpflichtversicherung und eine regelmäßige kritische Erfolgskontrolle. All diese Governance-Postulate, so naheliegend sie auch scheinen, sind bei vielen Privatstiftungen jedoch (noch) nicht umgesetzt.

Der vorliegende Österreichische Governance Kodex für Privatstiftungen soll eine Richtschnur für alle Stifter, Funktionäre und Stakeholder in mittel- bis langfristiger Sicht bieten. Wer sich entscheidet, den Kodex freiwillig einzuhalten, sorgt dafür, dass wichtige Haftungsfälle vermieden werden, und dass im Streitfall auch unsachliche Attacken weniger Angriffsfläche bekommen. Zahlreiche Judikate und eigene unveröffentlichte Fälle haben die lei-

tenden Kodex-Autorinnen Dr Veronika Haberler und Mag Monika Widmann mit mir gemeinsam ausgewertet, um stiftungsinteressierten Personen ein umfassendes Regelwerk in die Hand zu geben, das ganz bewusst nicht bloß als „Wohlfühl-Lektüre“ konzipiert ist. Dafür sollte es auch im Fall einer harten Eskalation verlässlich sein.

Unser Dank gebührt ganz besonders: Mag Elisabeth Aschauer (Wiener Advocatur Bureau), WP Mag Christina Hartig (KWT Vizepräsidentin Wien), Mag Katharina Hofer-Kutzelnigg, MES (Richterin am Handelsgericht Wien), Dr Brigitta Schwarzer, MBA (Geschäftsführerin INARA), Ernst Tertilt (Director Private Banking bei der Capital Bank), Dr Herbert Unterköfler (Senior Client Partner bei Korn Ferry), KR Dr Ernst Wunderbaldinger (Unternehmer und Stiftungsvorstand), Univ-Prof Dr Johannes Zollner (Universität Graz) sowie der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, dem Bundesministerium für Finanzen und dem Bundesministerium für Justiz.

Wien, 20. Juli 2015

Peter Melicharek

Zum Tun gehört Talent, zum Wohltun Vermögen.

Dieses Zitat Johann Wolfgang von Goethes skizziert auch heute noch sehr gut die ursprünglich erdachte Konzeption der Privatstiftung: Ein fleißiger Stifter, der die Früchte seiner Arbeit auch nach seinem Tod in seinem Sinne „weiterleben“ lässt.

Das Rechtsinstitut der österreichischen Privatstiftung ist eine vergleichsweise sehr junge Schöpfung. Erst im Jahr 1993 hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, Stiftungen abseits der öffentlichen Hand oder reiner Gemeinnützigkeit zu gründen. Anfangs standen sicherlich für viele Stifter steuerliche Überlegungen im Vordergrund, ihr oftmals hart erarbeitetes Lebenswerk „abzugeben“ und diesem fremden Gebilde „Privatstiftung“ zu überantworten. Je mehr Zeit ins Lande gezogen ist und sich ein Generationenwechsel in vielen Unternehmen angekündigt hat, desto mehr verlagert sich der Fokus zunehmend auf das, wofür eine Privatstiftung eigentlich da sein sollte: auf den Vermögenserhalt größerer Privatvermögen, im Rahmen dessen der Stifter über sein Ableben hinaus seinen ganz persönlichen Gestaltungswillen weiterleben lassen kann. Denn genau dieser Gestaltungswille und die Fähigkeit, diesen auch aktiv umzusetzen, war in den meisten Fällen maßgeblich daran beteiligt, überhaupt erst ein Vermögen über die Jahre zu generieren, das einer Stiftung zugänglich gemacht werden kann.

Doch reicht es nicht, einfach „stiften zu gehen“. Will man eine Stiftung für sich und die nachfolgenden Generationen sinnvoll nutzbar machen, so bedarf es eines differenzierten und manchmal durchaus kritischen Blicks auf die rechtlichen und tatsächlichen Einschränkungen, denen das gestiftete Vermögen nach seiner Stiftung unterliegt. Was auf den ersten Blick als starres Korsett wahrgenommen wird, bietet jedoch erst die Möglichkeit, das Vermögen als Ganzes zu erhalten. Und was auf den ersten Blick auch für die nachfolgende Generation, die sich manchmal durch eine Stiftung „enterbt“

fühlt, als Beschränkung erlebt wird, ist bei näherer Betrachtung und wohl-durchdachter Stiftungskonzeption ein großer Vorteil: Juristisch und wirtschaftlich liegt die Verantwortung in den Händen eines professionellen Stiftungsvorstandes und faktisch kann aus so mancher diffizilen familiären Situation Druck entweichen, wenn die Weichen endgültig gestellt werden und Rechtssicherheit hergestellt wird.

Jedoch will eine Stiftung wohl überlegt sein sowie gut konzipiert und umgesetzt. Denn hat sie erst das juristische Licht der Welt erblickt, ist sie als Rechtsperson *sui generis* nicht nur am Papier eine eigenständige Persönlichkeit, sondern unterliegt ihren ganz eigenen Spielregeln, die das Gesetz und die sehr kasuistische und oft sehr komplexe Judikatur als Rahmen ihrer Entfaltung vorgeben. Diesen Rahmen gut zu kennen empfiehlt sich auch für den Stifter und die Organe der Stiftung selbst, um dem Zweck, den der Stifter seiner Stiftung als Rüstzeug auf ihren rechtlichen Lebensweg mitgibt, bestmöglich gerecht zu werden.

Der vorliegende „Stiftungskodex“ soll Hilfestellung darin geben, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen aussehen und wo und in welcher Art das Gesetz Gestaltungsspielraum überlässt: dem Stifter, den Stiftungsorganen und den Begünstigten.

Doch der beste juristische Rat kann eines nicht ersetzen: die ehrliche Antwort auf die Frage, ob man schon bereit ist, sein Vermögen auf die lange Reise in eine neue Identität zu schicken, um „Wohltun zu tun“.

Wien, 15. Juli 2015

Christina Hartig

Mag Christina Hartig ist Wirtschaftsprüferin, abgz Sachverständige und zertifizierte Compliance Officerin sowie Landesvizepräsidentin der KWT Landesstelle Wien. Sie verantwortet gemeinsam mit Dr Felix Ruhmannseder den Österreichteil des Sammelbandes „Compliance aktuell“.

Gute Regeln für den nachhaltigen Stiftungserfolg.

Der Österreichische Corporate Governance Kodex, der seit 2002 in Kraft befindlich ist und zwischenzeitig mehrfach adaptiert wurde, hat maßgeblich zur Bewusstseinsbildung beigetragen, wie börsennotierte (und auch nicht-börsennotierte) Gesellschaften im Zusammenwirken zwischen Aufsichtsrat, Geschäftsführung und Anteilseignern verantwortungsvoll und in Einklang mit Gesetzen, Satzungen und internen Richtlinien geführt und überwacht werden.

Privatstiftungen sind in vielerlei Hinsicht anders als Kapitalgesellschaften. Dennoch gibt es in Hinblick auf die „handelnden Personen“ Gemeinsamkeiten. Wie jedes Unternehmen funktioniert eine Stiftung nur dann einwandfrei, wenn es eine Rollenverteilung gibt und jeder seine Funktion und Verantwortung kennt und seine Rechte und Pflichten entsprechend wahrnimmt. Dass eine Atmosphäre von bewusster Transparenz, Kommunikation und Vertrauen und einem (dosierten) Mut zum Risiko einer langfristigen Geschäftsentwicklung förderlich ist, gilt für Kapitalgesellschaften und Stiftungen gleichermaßen.

Die Erfahrung zeigt, dass Corporate Governance Regeln einen zuverlässigen Leitfaden zur Schaffung eines geeigneten Umfelds zum Umgang miteinander bieten – im Außen- wie im Innenverhältnis. Die Autoren des vorliegenden Kodex haben eine solche Guideline für Stiftungen entwickelt. Sie verbinden bewährte Corporate Governance Handlungsanweisungen mit den stiftungsspezifischen Besonderheiten.

Während der Stiftungsvorstand seit Jahren im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit steht und herkömmliche Empfehlungen vornehmlich dazu dienen, ihn über sein Risiko und seine Verantwortlichkeit aufzuklären, richtet sich dieser Ordnungsrahmen insbesondere auch an die Begünstigten. Sie

sind diejenigen, die am wirtschaftlichen Gedeihen einer Stiftung am meisten interessiert sind.

Solange der Stifter aktiv ist, stehen sie in der zweiten Reihe und es ist nicht ihre Aufgabe, sich mit den Stiftungsbelangen näher auseinander zu setzen. Jedoch spätestens dann, wenn eine Stiftung nicht mehr unter dem Einfluss des Stifters steht, sollten sie sich ihrer Rechtsstellung bewusst sein und genaue Kenntnis über ihre Befugnisse und Wirkungsmöglichkeiten und deren Grenzen haben. Das setzt voraus, dass sie auch über die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die Inhalte der Stiftungsdokumente (Urkunde und Zusatzurkunde) ausreichend informiert sind.

Die Begünstigten spielen eine wichtige Rolle, die nicht delegierbar ist. Sie sollten, in ihrem eigenen und im Interesse aller Stakeholder, laufend ein Auge darauf haben, dass die Stiftung ordnungsgemäß geführt und überwacht wird. Der Maßstab an sie ist hoch und geht weit über das gesetzliche Maß hinaus. Letztlich werden sie auch danach beurteilt werden, ob sie die Kultur und die Werte des Stifters weiterleben.

Den Autoren ist es daher ein weiteres Anliegen, mit diesem Kodex auch die Stifter anzusprechen. Es liegt an ihnen, den Weg für die nächste Generation zu ebnen und sich im Vorfeld zu überlegen, welche Stellung ihre Nachkommen einmal in der Stiftung einnehmen sollen. Hier gilt es viel zu bedenken und die Frage, ob den Stiftern vorbehaltenen Änderungs- bzw. Widerrufsrechte noch zeitgerecht ausgeübt werden sollen, ist auch unter diesem Blickwinkel zu beantworten.

Dieses Regelwerk bietet Stiftern, Stiftungsvorständen, Begünstigten und Beratern ein Korsett mit best-practice Anleitungen für das anhaltende Gedeihen einer Stiftung, gerade auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten.

Last but not least ein Appell an alle Player in Stiftungen: Zu einer guten Corporate Governance gehört auch eine gute D&O-Versicherung. Auch hier ist einiges zu beachten. Es gibt Marktstandards und Marktentwicklungen, die den Gesamtüberblick schwierig machen. Was für den einen passend ist, dient dem anderen nicht immer. Nehmen Sie die Beratung eines fachein-

schlägigen Experten in Anspruch und informieren sich, was für „Ihre“ Stiftung die beste Absicherung ist.

Liebe Leserinnen und Leser, werte Stiftungs-Community, die vorliegende Lektüre ist anspruchsvoll. Ein Kodex ist kein Krimi, den man in einem Stück liest und dann beiseite legt. Er erfordert eine Erarbeitung, Punkt für Punkt, gewissenhaft und mit hoher Konzentration. Und dann dürfen sie ihn nicht weglegen, sondern sollten ihn als Nachschlagwerk immer in Ihrer Nähe haben. Nur so kann er zum Leben erweckt werden und beitragen, dass er seine Wirkung am richtigen Ort und zur richtigen Zeit entfaltet.

Ich wünsche Ihnen beim Lesen spannende Stunden und einen hohen Wissensgewinn. Wenn Sie Fragen oder Anmerkungen haben, wenden Sie sich bitte an die Autoren. Ihr Feedback ist willkommen.

Wien, 5. Juli 2015

Brigitta Schwarzer

Dr Brigitta Schwarzer, MBA ist Geschäftsführerin der INARA | Initiative Aufsichtsräte Austria und Juristin mit Schwerpunkten Versicherungs- und Immobilienrecht. Sie ist Expertin für Corporate Governance, Compliance und D&O-Versicherungen und verfügt über Geschäftsführungs- und Aufsichtsratserfahrung. Von 2005 bis 2008 war sie Mitglied des Österreichischen Arbeitskreises Corporate Governance.

ÖGK PS | 2015

Österreichischer Governance Kodex
für Privatstiftungen

ÖGK PS

Präambel und Hinweise zur Nutzung

Die Stifterinnen und Stifter definieren in der Stiftungserklärung die essentiellen Spielregeln und Strukturen für das Funktionieren der Privatstiftung. Dabei müssen sie die Grenzen beachten, welche ihnen Gesetz und Rechtsprechung vorgeben. Ihrer Person kommt also eine zentrale Rolle bei der (Erst-)Konzeption des Regelwerks zu, welches nach Gründung der Stiftung von ihren Organen mit Leben gefüllt werden muss. Kapitel 1 des Kodex soll den Stifterinnen und Stiftern Orientierung bei der Gestaltung einer guten Stiftungsgovernance bieten.

Der Einfluss der Stifterinnen und Stifter nimmt nach der Gründung spürbar ab und die Organe sind für die Umsetzung des Regelwerks verantwortlich. Dort, wo es Spielräume oder auch Lücken aufweist, sind die Organe auf sich selbst gestellt, müssen die bestehenden Regeln im Sinne einer guten Governance interpretieren, verstehen und anwenden, oder aber im womöglich regelfreien Raum so zusammenwirken, dass der Stiftungszweck gefördert wird und am Ende niemand haftet. Die Kapitel 3 bis 7 umfassen Gesetze und empfehlenswerte Verhaltensregeln, welche an die Organe einer Stiftung gerichtet sind.

Aber auch die Adressaten der Zweckverwirklichung, nämlich die Begünstigten, oder auch externe Personen können zum Erfolg einer Privatstiftung beitragen. Die Begünstigten (Kapitel 2) und die in die Gebarung einer Stiftung involvierten Beraterinnen und Berater (Kapitel 8) sind eingeladen, an einer guten Governance der Stiftung aktiv und pflichtbewusst mitzuwirken.

Das aus der Erfahrung der Praxis entwickelte Regelwerk des ÖGK PS bietet allen Beteiligten im alltäglichen Zusammenspiel ein Fundament, auf dem ein geordnetes Miteinander aufbauen und gemessen werden kann.

Der ÖGK PS enthält drei Regelkategorien:¹

Legal Requirement (L)

Zwingend einzuhaltende Gesetzesvorschriften und herrschende Rechtsprechung.

Comply or Explain (C)

Regel soll eingehalten werden. Die Nichteinhaltung muss begründet und dokumentiert werden, will man den Kodex befolgen.

Recommendations (R)

Unverbindliche Empfehlungen, deren Umsetzung im Ermessen der Akteure steht. Die Befolgung hat sich in der Praxis bewährt, jedoch sind Abweichungen auch ohne Begründung erlaubt.

Dem Autorenteam war bewusst, dass sich manche R- oder auch C-Regeln nicht in allen Fällen umsetzen und nicht auf jede Stiftung übertragen lassen. Möglicherweise kann die Stiftungserklärung nicht (mehr) geändert werden, in der governancehinderliche Vorgaben enthalten sind; vielleicht mangelt es auch an Kandidatinnen oder Kandidaten, welche für eine Organfunktion zur Verfügung stünden. In diesen Fällen gilt, dass alle C- bzw R-Regeln als Anregung verstanden werden sollen, das eigene Vorgehen kritisch zu beleuchten und allenfalls individuelle Lösungen zu finden. Die in den C- und R-Regeln enthaltenen Governance-Grundgedanken können dabei jedenfalls Orientierung bieten.

1 Ein Sternchen hinter L, C oder R bedeutet, dass im Anhang weiterführende bzw zugrundeliegende Literatur oder Rechtsprechung genannt wird.