

Nikolaus Arnold

Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen

Aufgrund aktueller Entwicklungen in der Firmenbuchpraxis und der Judikatur kommt der Frage der Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen vermehrt Bedeutung zu. Der vorliegende Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Fragen.



Aufgrund aktueller Entwicklungen in der Judikatur und der Firmenbuchpraxis wird sich die Zahl der Privatstiftungen, die über einen Aufsichtsrat verfügen (müssen), voraussichtlich erhöhen.

1. VORBEMERKUNG⁽¹⁾

Nicht jede Privatstiftung muss (im Gegensatz zu einer Aktiengesellschaft) über einen Aufsichtsrat verfügen. Die Voraussetzungen, unter denen eine Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen besteht, sind in § 22 Abs. 1 PSG geregelt. Die Bestimmung wurde dem GmbHG nachgebildet, weist aber doch einige bemerkenswerte Abweichungen von ihrem „Vorbild“ auf (siehe dazu unten 2.1.).

Auch dann, wenn keine Aufsichtsratspflicht gegeben ist, steht es dem/n Stifter/n frei, die Einrichtung dieses Gremiums in der Stiftungsurkunde anzuordnen (oder zumindest die Rahmenbedingungen für die Einrichtung zu schaffen). Auf einen fakultativen (freiwilligen) Aufsichtsrat sind grundsätzlich dieselben Bestimmungen wie für den obligatorischen Aufsichtsrat anzuwenden. Gerade dies dürfte auch der Hintergrund dafür sein, dass dem Aufsichtsrat bei der Privatstiftung bisher so gut wie keine praktische Bedeutung zukommt (im Schnitt hatten bisher etwa 0,7 bis 0,9 % der Privatstiftungen einen Aufsichtsrat).

Ist ein (fakultativer oder obligatorischer) Aufsichtsrat eingerichtet, handelt es sich bei diesem um ein Organ der Privatstiftung (mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten).

Aufgrund aktueller Entwicklungen in der Judikatur und der Firmenbuchpraxis wird sich die Zahl der Privatstiftungen, die über einen Aufsichtsrat verfügen (müssen), voraussichtlich erhöhen.

2. OBLIGATORISCHE EINRICHTUNG EINES AUFSICHTSRATS

2.1. Allgemeine Voraussetzungen

Ein Aufsichtsrat muss bei einer Privatstiftung (unter anderem dann) eingerichtet werden, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung 300 übersteigt (§ 22 Abs. 1 Z 1 PSG). Da die Privatstiftung selbst keine ge-

werbsmäßige Tätigkeit (mit Ausnahme von Nebentätigkeiten) ausüben darf (§ 1 Abs. 2 Z 1 PSG), ist diese Bestimmung ohne praktische Relevanz.

§ 22 Abs. 1 Z 2 PSG regelt die praktisch relevanten Fälle, dass die Privatstiftung

- inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet (1. Fall), oder
- aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht (2. Fall),

und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften bzw. Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt.⁽²⁾

Der Begriff des Arbeitnehmers richtet sich nach § 36 ArbVG. Insoweit ist kein zivilrechtlicher Arbeitsvertrag im engeren Sinn erforderlich. Es genügt das Vorliegen eines tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses, das durch persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten im Betrieb gekennzeichnet ist. Leitende Angestellte und Organwalter sind bei der Berechnung nicht mitzuzählen.

Für die Berechnung ist der Durchschnitt der Zahl der Arbeitnehmer maßgeblich. Dieser bestimmt sich nach der Arbeitnehmeranzahl an den jeweiligen Monatsletztten innerhalb des vorangegangenen Kalenderjahres (§ 22 Abs. 2 PSG). Der Stiftungsvorstand hat jeweils zum 1. Jänner eines Jahres eine entsprechende Berechnung des Durchschnitts vorzunehmen.

Die Privatstiftung leitet Kapitalgesellschaften (Genossenschaften) dann einheitlich, wenn die maßgeblichen Entscheidungen in zentralen Unternehmensfunktionen nach ihrem Willen getroffen werden (können). Für die einheitliche Leitung ist keine direkte Beteiligung erforderlich. Ob die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung ausreicht oder ob auch tatsächlich von ihr Gebrauch gemacht werden muss, ist strittig. Das OLG Wien⁽³⁾ hat (in Zusammenhang mit einer Privatstiftung) jüngst ausgesprochen, dass eine einheitliche Leitungsmöglichkeit für die Begründung einer Auf-

⁽¹⁾ Ausführlich zum gesamten Themenbereich N. Arnold, PSG-Kommentar, § 22 Rz. 1 ff; Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), PSG, § 22 Rz. 1 ff. u. a.

⁽²⁾ In diesem Teilbereich entspricht die Regelung dem § 29 Abs. 1 Z 3 GmbHG.

⁽³⁾ OLG Wien 22. 2. 2005, 28 R 274/04 a, GeS 2005, 282 f. [Anm N. Arnold].

sichtsratspflicht ausreicht. Da gerade Holding-Privatstiftungen zumeist über eine derartige Möglichkeit verfügen, führt dies zu einer relativ umfassenden Aufsichtsratspflicht (soweit die Ausnahme für die Anteilsverwaltung nicht greift; siehe 2.2.).

Die Beherrschung erfordert eine unmittelbare Beteiligung von mehr als 50 %. Durch Zwischenschaltung einer weiteren Holdinggesellschaft kann dieser Anwendungsfall einer Aufsichtsratspflicht vermieden werden (wobei gegebenenfalls die Zwischenholding aufsichtsratspflichtig wird).

2.2. Ausnahme für reine Anteilsverwaltung

Im Gegensatz zur GmbH besteht bei der Privatstiftung eine Aufsichtsratspflicht nur dann, wenn „sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt“. Gerade diese Einschränkung gibt Anlass zur Diskussion.

Ihrem Wortlaut zufolge bezieht sich die genannte Einschränkung nur auf den zweiten Fall des § 22 Abs. 1 Z 2 PSG, d. h. auf die Beherrschung (*arg. „der beherrschten Unternehmen“*). Dies wäre dann konsequent, wenn man davon ausgeht, dass die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung (§ 22 Abs. 1 Z 2 erster Fall PSG) für die Aufsichtsratspflicht nicht ausreicht. Besteht eine einheitliche Leitung kann eine bloße Verwaltung von Unternehmensanteilen nämlich nicht mehr vorliegen.

Die Mehrzahl der Autoren vertritt bisher sowohl zur Privatstiftung⁽⁴⁾ als auch zur Aktiengesellschaft⁽⁵⁾ die Ansicht, dass die bloße Leitungsmöglichkeit zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 15 AktG (auf den das PSG verweist) nicht ausreicht. Literatur⁽⁶⁾ und Judikatur⁽⁷⁾ dürften sich nunmehr aber verstärkt der Ansicht anschließen, dass bereits eine bloße Leitungsmöglichkeit unter die zitierte Bestimmung zu subsumieren ist und damit auch zur Begründung der Aufsichtsratspflicht (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) ausreicht. Bei wörtlicher Auslegung des § 22 Abs. 1 Z 2 PSG hätte dies zur Folge, dass auch eine Privatstiftung, die sich auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen beschränkt, bei Vorliegen einer einheitlichen Leitungsmöglichkeit aufsichtsratspflichtig werden kann.

Die Frage, ob die Ausnahme für anteilsverwaltende Privatstiftungen auch auf § 22 Abs. 1 Z 2 erster Fall („einheitliche Leitung“) PSG – zumindest – analog anzuwenden ist, ist in der Judikatur und Literatur nicht geklärt. Geht man davon aus, dass die bloße Leitungsmöglichkeit für die Begründung der Aufsichtsratspflicht grundsätzlich ausreicht, könnte der vom Gesetzgeber offenbar mit der Ausnahme für anteilsverwaltende Privatstiftungen verfolgten Zielsetzung nur durch eine analoge Anwendung derselben Rechnung getragen werden (widrigenfalls wäre eine anteilsverwaltende Privatstiftung, die Gesellschaften beherrscht, zwar nach dem zweiten Fall *leg. cit.* nicht aufsichtsratspflichtig, nach dem ersten Fall aber sehr wohl). Der Arbeitnehmermitbestimmung wäre diesfalls weiterhin Rechnung getragen, da die Privatstiftung dann, wenn sie von der Leitungsmöglichkeit auch tatsächlich Gebrauch macht, jedenfalls aufsichtsratspflichtig wird (sie beschränkt sich diesfalls nicht mehr auf die Anteilsverwaltung). Auch aus der Wortwahl „Tätigkeit der Privatstiftung“ ist zu schließen, dass der Gesetzgeber auf die tatsächliche Tätigkeit der Privatstiftung (und daher nicht nur auf mögliche Einflussnahmen) abstellen wollte.

Der Kritik des OLG Wien,⁽⁸⁾ dass damit dem Firmenbuchgericht die Kontrolle, ob eine Aufsichtsratspflicht gegeben ist, erschwert wäre, ist zweifellos zuzustimmen. Um den Zielsetzungen ebenso wie den Bedenken der Judikatur Rechnung zu tragen, bietet sich die von C. Nowotny⁽⁹⁾ vertretene Zwischenlösung an: Dieser fordert für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung, dass die Privatstiftung sich auch nach den Bestimmungen der Stiftungserklärung auf die Anteilsverwaltung beschränkt (und insoweit von einer einheitlichen Leitung Abstand nimmt).

Der Gesetzgeber hat § 22 Abs. 1 Z 2 PSG dem § 29 Abs. 1 Z 3 GmbHG weitestgehend wörtlich entlehnt. Statt die Regelung in ihrer Gesamtheit den Erfordernissen der Privatstiftung anzupassen, hat er die offenbar gewünschte Einschränkung lediglich durch Hinzufügung eines legistisch nicht befriedigenden Halbsatzes zum Ausdruck gebracht. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre zu begrüßen.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen gegeben ist, wird den OGH aller Voraussicht

Bei der Privatstiftung besteht eine Aufsichtsratspflicht nur dann, wenn ihre Tätigkeit sich nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

Die Frage, ob die Ausnahme für anteilsverwaltende Privatstiftungen auch auf den Fall der einheitlichen Leitung anzuwenden ist, ist in der Judikatur und Literatur nicht geklärt.

(4) Siehe Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), PSG, § 22 Rz. 6; Feichtinger-Burgstaller in Hasch (Hrsg.), Kurzkomentar, 112.

(5) Siehe Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³, § 15 Rz. 13 f.

(6) Vgl. nur P. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG, § 15 Rz. 8 ff.

(7) OLG Wien 22. 2. 2005, 28 R 274/04 a, aaO.

(8) OLG Wien 22. 2. 2005, 28 R 274/04 a, aaO.

(9) C. Nowotny in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg.), Handbuch, 166.

Die Bestellung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats obliegt dem Stifter, alle weiteren werden durch das Gericht vorgenommen.

nach demnächst beschäftigen. Die Klärung dieser für zahlreiche Privatstiftungen wesentlichen Frage bleibt abzuwarten. Zur Vermeidung einer Aufsichtsratspflicht sollten sich Privatstiftungen, die an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften mit mehr als 300 Arbeitnehmern beteiligt sind, nach Abwägung der diesbezüglichen Vor- und Nachteile der Möglichkeit einer einheitlichen Leitung begeben.

3. AUFSICHTSRATSMITGLIEDER

3.1. Mitgliederzahl

Der Aufsichtsrat einer Privatstiftung muss aus mindestens drei Mitgliedern („Kapitalvertretern“) bestehen (§ 23 Abs. 1 PSG). Bei dieser Anordnung handelt es sich um eine gesetzlich zwingende Untergrenze. Sonstige Gestaltungen (soweit diese die Untergrenze nicht verletzen) sind zulässig (etwa Festlegung einer bestimmten Zahl oder von Ober- und Untergrenzen). Zu den „Kapitalvertretern“ kommen gegebenenfalls noch Arbeitnehmervertreter hinzu (§ 22 Abs. 4 PSG i. V. m. § 110 ArbVG).

3.2. Bestellung

Die Bestellung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats (d. h. des Aufsichtsrats vor Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch) obliegt dem/n Stifter/n (allenfalls einem bestellten Stiftungskurator). Alle weiteren Bestellungen sind ausschließlich vom Gericht vorzunehmen (§ 24 Abs. 1 PSG). Die Regelung eines Vorschlagsrechts in der Stiftungsurkunde ist zulässig (für das Gericht aber nicht bindend).⁽¹⁰⁾

3.3. Unvereinbarkeit

Eine **Unvereinbarkeit** für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat liegt vor

- bei Mitgliedern des Stiftungsvorstands und dem Stiftungsprüfer bzw. deren Angehörigen i. S. d. § 15 Abs. 2 PSG (§ 23 Abs. 2, 1. Satz PSG),

- sofern Begünstigte und deren Angehörige i. S. d. § 15 Abs. 2 PSG die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen (§ 23 Abs. 2, 2. Satz PSG) sowie
- für Personen, die in zehn Privatstiftungen Mitglied des Aufsichtsrats oder eines vergleichbaren Organs sind (§ 23 Abs. 3 PSG).

3.4. Abberufung und Amtsniederlegung

Die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern obliegt (nach Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch) m. E. (ebenso wie die Bestellung) ausschließlich dem Gericht.⁽¹¹⁾

Mitglieder des Aufsichtsrats können ihr Amt unter Einhaltung einer zumindest vierwöchigen Frist auch ohne wichtigen Grund zurücklegen (§ 24 Abs. 3 PSG).

4. VERGÜTUNG

Soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist, ist den Mitgliedern des Aufsichtsrats für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Privatstiftung in Einklang stehende Vergütung zu gewähren (§ 26 Abs. 1 PSG). Nähere Regelungen in der Stiftungserklärung über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder werden daher als zulässig angesehen.

Die Höhe der Vergütung ist vom Gericht auf Antrag eines Stiftungsorgans oder eines Organmitglieds zu bestimmen (§ 26 Abs. 2 PSG). Die Gesetzesmaterialien⁽¹²⁾ gehen davon aus, dass eine Einigung über die Vergütung auch ohne Zwischenschaltung des Gerichts möglich ist. Eine nachprüfende gerichtliche Kontrolle ist aber jedenfalls stets zulässig.

Aufsichtsratsmitglieder sind regelmäßig Unternehmer i. S. d. § 2 UStG 1994.⁽¹³⁾ Vergütungen jeder Art einschließlich der Reisekostenersätze, die an Mitglieder des Aufsichtsrates für diese Funktion gewährt werden, sind aber von der Umsatzsteuer (unecht) befreit (§ 6 Abs. 1 Z 9 lit. b UStG 1994).⁽¹⁴⁾

Aufsichtsratsmitglieder sind Unternehmer i. S. d. § 2 UStG 1994, ihre Vergütungen sind jedoch von der Umsatzsteuer befreit.

⁽¹⁰⁾ Sinngemäß zum Stiftungsprüfer OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 231/02t.

⁽¹¹⁾ AA C. Nowotny in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg.), Handbuch, 168; Wessely in Doralt/Nowotny/Kals (Hrsg.), PSG, § 24 Rz. 12; zur Begründung dieser Ansicht siehe N. Arnold, PSG-Kommentar, § 24 Rz. 22.

⁽¹²⁾ ErlRV zum § 26 Abs. 2.

⁽¹³⁾ Zur deutschen Rechtslage OFD Magdeburg 12. 11. 2002, S2755-1-St216, GmbHR 2003, 52.

⁽¹⁴⁾ Zu Einzelheiten Arnold/Stangl/Tanzer, Stiftungssteuerrecht, Rz. III/11 f.