

Privatstiftung und Untreue

HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN*

Während das privatrechtliche Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsregime bei der Privatstiftung sehr milde ausfällt, ist das Vermögen einer Privatstiftung freilich durch den strafrechtlichen Tatbestand der Untreue geschützt. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob es bei der Privatstiftung wirtschaftlich Berechtigte iSv § 153 StGB geben kann. Die Frage ist deswegen von Interesse, weil die Einwilligung solcher wirtschaftlicher Berechtigter in einen Vermögenstransfer den Tatbestand der Untreue ausschließen würde.

I. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sind nicht immer zwei Seiten derselben Medaille

Für Kapitalgesellschaften wird häufig davon gesprochen, dass Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung „zwei Seiten derselben Medaille“ seien. Das gilt schon innerhalb des Kapitalgesellschaftsrechts nicht uneingeschränkt, weil der OGH für die sog verdeckte Kapitalgesellschaft oder unechte Personengesellschaft (wie insb die GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Vollhafter) zwar postuliert, dass diese der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltung unterliegt, aber dennoch anerkennt, dass das Kapitalaufbringungsregime der Kapitalgesellschaften nicht auf die verdeckte Kapitalgesellschaft anwendbar ist.¹

Noch bemerkenswerter ist, dass die Privatrechtsordnung mit dem Verein und der Privatstiftung jedenfalls zwei Rechtsformen mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet hat, bei denen zwar weder die Gründer bzw Stifter noch (beim Verein) die Mitglieder oder (bei der Stiftung) die Begünstigten für die Verbindlichkeiten des Rechtsträgers haften, die Kapitalerhaltung dennoch aber lediglich ein Schattendasein fristet.²

Dies lässt sich wohl damit begründen, dass einerseits der Verein und die Privatstiftung durch zwingendes Gesetz von eigener auf Gewinnerzielung gerichteter bzw von gewerbsmäßiger Tätigkeit ausgeschlossen sind und andererseits weder den Mitgliedern eines Vereins noch – soweit nicht im konkreten Einzelfall Abweichendes festgelegt ist – den Begünstigten einer Stiftung ein Anspruch auf Zugriff in das Vermögen des Vereins bzw der Stiftung zusteht.³

II. Kapitalerhaltung und -aufbringung bei der Privatstiftung

Die Kapitalerhaltung fällt bei der Privatstiftung also äußerst milde aus: Gem § 9 Abs 2 Z 11 PSG kann in der Stiftungserklärung ein Mindestvermögensstand festgelegt werden, der durch Zuwendungen an Begünstigte nicht geschmälert

werden darf.⁴ Ansonsten gilt lediglich die Zuwendungssperre des § 17 Abs 2 Satz 2 PSG, nach der der Stiftungsvorstand Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und so weit vornehmen darf, als dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden. Grundsätzlich ist die Privatstiftung aber – mangels abweichender Anordnungen der Stiftungserklärung – berechtigt, zur Erreichung des Stiftungszwecks nicht nur die Erträge zu verwenden, sondern auch ihre Vermögenssubstanz zu verwenden (Verbrauchsstiftung).⁵ Zu den von § 17 Abs 2 Satz 2 PSG gemeinten „Leistungen an Begünstigte“ gehören nach überzeugender Auffassung auch verdeckte Ausschüttungen an die Begünstigten.⁶

Systematisch überrascht es insofern, dass wegen § 36 PSG bei der Abwicklung der Privatstiftung die aktienrechtlichen Liquidationsvorschriften anwendbar sind. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Gläubigerschutz bei Zuwendungen an den Letztbegünstigten deutlich stärker ausgeprägt ist als bei den laufenden Zuwendungen an die Begünstigten.⁷

Das Kapitalaufbringungsregime bei der Privatstiftung wirkt theoretisch etwas schärfer als die einschlägigen Kapitalerhaltungsregeln, ist aber in der Praxis nicht mehr als eine sehr leicht überwindbare, daher mehr symbolische Eintrittsschwelle: Gem § 4 PSG muss der Privatstiftung bei der Gründung mindestens ein Vermögen im Wert von 70.000 € gewidmet werden. Wird dieses Mindestvermögen nicht in Geld und in inländischer Währung aufgebracht, ordnet § 11 PSG eine Gründungsprüfung an: Diesfalls hat ein gerichtlich bestellter Gründungsprüfer zu prüfen, ob das gewidmete Vermögen den Wert des Mindestvermögens erreicht.

III. Vermögensschutz durch Strafrecht

1. Vorbemerkung

Man darf den rechtlichen Kapital- und Vermögensschutz bei der Privatstiftung aber nicht unterschätzen, denn das in diesem Punkt laxere Privatrecht lässt mögliche strafrechtliche Sanktionen unberührt.

2. Schutz des Vermögens der Stiftung durch den strafrechtlichen Untreuetatbestand

Jeder regelwidrige – und allenfalls auch nur vorübergehende – Vermögensabfluss aus einer Privatstiftung kann – bei Hinzu-

* Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwalts-gesellschaft in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts- und Stiftungsrecht, (internationalen) Umstrukturierungen und M&A befasst.

¹ OGH 26.4.2018, 6 Ob 5/18f, ecolex 2018/360 (H. Foglar-Deinhardstein); Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein, Die verdeckte Kapitalgesellschaft – eine unendliche Geschichte, GES 2019, 3; Schütt/U. Torggler, Grundzüge der Kommanditgesellschaft mbH, RdW 2021, 164 (166); H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG² (2024) § 82 Rz 19.

² Beim Verein gibt es nicht einmal ein Kapitalaufbringungsregime.

³ Kalls in Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 7/121; N. Arnold, PSG⁴ (2022) § 17 Rz 61; H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in S. Bergmann/Kalls, Rechtsformwahl (2020) Rz 12/3 und 12/173; ähnlich Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung³ (2021) 1 (22).

⁴ H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in S. Bergmann/Kalls, Rechtsformwahl, Rz 12/176.

⁵ H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in S. Bergmann/Kalls, Rechtsformwahl, Rz 12/177.

⁶ Karollus, Einlagenrückgewähr, 22; N. Arnold, PSG⁴, § 17 Rz 63.

⁷ H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in S. Bergmann/Kalls, Rechtsformwahl, Rz 12/179.

treten gewisser weiterer Sachverhaltselemente – den strafrechtlichen Tatbestand der Untreue gem § 153 StGB verwirklichen. Zu diesem Thema hat der OGH schon in einer seiner Glock-Entscheidungen⁸ die Tür weit aufgestoßen, indem er dort ausgeführt hat:

„Ein Befugnismissbrauch des Stiftungsvorstands iSd § 153 StGB könnte beispielsweise in der Zuwendung von Geldern der Stiftung an einen satzungsmäßig nicht begünstigten Destinär liegen, weil damit eine zweckverfehlte Auskehr von Mitteln für die Stiftung einhergeht; ebenso in der Inanspruchnahme überhöhter Vergütungen oder Spesen ... Für das Zusammenspiel der gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Regelungen ist ... entscheidend, dass nur gesellschaftsrechtlich bzw verbandsrechtlich unzulässige Verhaltensweisen einen illegitimen Vollmachtgebrauch darstellen können.“⁹

3. Ausschluss des Untreuetatbestands durch Zustimmung der wirtschaftlich Berechtigten

3.1. Allgemeines

IZm dem Untreuerisiko ist von Interesse, dass es bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich tatbestandsausschließend ist, wenn die Anteilseigner – als strafrechtliche Rechtsgutträger – einem Vermögenstransfer zustimmen,¹⁰ zumal § 153 Abs 2 StGB seit dem StRÄG 2015¹¹ ausdrücklich klarstellt, dass der Untreuetatbestand (ausschließlich) das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schützt.¹²

In diesem Licht stellt sich die Frage, ob es auch bei der Privatstiftung wirtschaftlich Berechtigte gibt, deren Einwilligung zu einer Vermögensverschiebung den Tatbestand der Untreue ausschließen könnte. Dazu heißt es in der Entscheidung vom 10.7.2019, 13 Os 128/18z:¹³ „Die Gesetzmaterialeien nennen unter Berufung auf oberstgerichtliche Rechtsprechung (10 Os 170/80, SSt 53/45; vgl RIS-Justiz RS0094723 [T4]) ‚Anteilseigner‘ bei ‚Kapitalgesellschaften‘ als Beispiel wirtschaftlich Berechtigter (JAB 728 BlgNR 25. GP, 6). In der Literatur werden etwa Personen genannt, denen gegenüber ‚die juristische Person kein durchsetzbares Bestandsrecht hat‘ und die ‚das Recht‘ haben, ‚die juristische Person (im Wege der Liquidation) aufzulösen und sich deren (Netto-)Vermögen nach den einschlägigen Regeln zuzueignen‘ ... Wesensmerkmal einer Privatstiftung ist grundsätzlich, dass diese selbst als juristische Person Eigentümerin des gewidmeten, solcherart verselbständigten Vermögens ist. Sie hat weder Mitglieder noch Eigentümer oder Gesellschafter Weder dem Begünstigten ... noch dem Stifter kommt daher nach der gesetzlichen Grundkonzeption die Stellung eines wirtschaftlich Berechtigten an der Privatstiftung zu ... Zu einer besonderen Ausgestaltung der Rechte des Stifters (vgl § 33 Abs 2, § 34 iVm § 36 Abs 4 PSG; ...) trifft der Urteilssach-

verhalt keine Aussage. Ebenso wenig machen die Beschwerdeführer insoweit einen Feststellungsmangel geltend, sodass sich die Frage, ob den Stiftern allenfalls die Stellung eines wirtschaftlich Berechtigten zukam ..., hier nicht stellt. Mangels ... fassbaren wirtschaftlich Berechtigten am Vermögen der beiden Privatstiftungen ist eine Pflichtwidrigkeit des durch ihre Vorstände erklärten Einverständnisses hier (nur) am Maßstab der Vorgaben (Stiftungserklärung, Zusatzurkunde) für die Vorstände der ... [Privatstiftungen] bei der Verwendung von Vermögen und Erträgen dieser Stiftungen für die Erreichung des Stiftungszwecks zu messen ...“¹⁴

3.2. Einordnung und Meinungsstand

An den Erwägungen des OGH ist zunächst selbstverständlich richtig, dass die Privatstiftung selbst Eigentümerin ihres Vermögens ist. Dadurch unterscheidet sie sich freilich nicht von anderen juristischen Personen und für die Frage, ob sie wirtschaftlich Berechtigte hat oder zumindest haben kann, ist daraus mE nichts zu gewinnen. Weiters ist ebenso richtig, dass eine Privatstiftung weder Mitglieder noch Eigentümer hat. Auch daraus ist aber für das Thema der wirtschaftlich Berechtigten wenig abzuleiten. Der OGH schließt für Begünstigte und Stifter die Stellung eines wirtschaftlich Berechtigten aus, jedenfalls soweit ihnen keine über die gesetzliche Grundkonzeption hinausgehende Position zukommt. Ob sie bei besonderer Ausgestaltung ihrer Rechte doch als wirtschaftlich Berechtigte zu qualifizieren sein können, lässt die Entscheidung wenigstens für die Stifter offen.

In der Lehre wird angedeutet, dass Stifter mit Widerrufsrecht allenfalls wirtschaftlich Berechtigte sein könnten,¹⁵ oder auch vertreten, dass gute Gründe für die Annahme bestünden, dass ein Handeln des Stiftungsvorstands, wodurch mit vorheriger Zustimmung sämtlicher Begünstigter Leistungen an Begünstigte im Widerspruch zur Stiftungserklärung erfolgen, den Untreuetatbestand nicht erfülle.¹⁶ In einer ausführlichen Untersuchung kommt Mayerhöfer zum Schluss, dass Begünstigte an sich keine wirtschaftlich Berechtigten sein können; der Stifter hingegen sei ein möglicher wirtschaftlich Berechtigter, nämlich insb dann, wenn er sich entweder selbst als Begünstigter und Letztbegünstigter einsetzt, sich das Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehält und sich in der Stiftungserklärung auch Auswahl- und Absetzungsrechte hinsichtlich der Vorstandsmitglieder zubilligt oder sich *ceteris paribus* zwar nur als Letztbegünstigter und nicht als Begünstigter einsetzt, dafür aber als Mitglied des Stiftungsvorstands agiert.¹⁷

Diese Ansicht ist mE deswegen zu streng, weil unstrittig bei der AG die Einwilligung der Aktionäre als Rechtsgutträger den Tatbestand der Untreue ausschließt.¹⁸ Den Anteilseignern einer AG steht aber weder das Recht auf Auswahl oder Absetzung des Vorstands noch auf Mitgliedschaft im Vorstand zu. Auf die von Mayerhöfer vorgeschlagenen Kriterien sollte es daher nicht ankommen.

⁸ OGH 4.11.2013, 10 Ob 22/13b, PSR 2014/4 (Zollner) = eclex 2014/134 (Rizzi); vgl auch Kodek, Interessenkonflikte in der Privatstiftung, PSR 2024, 97.

⁹ Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁰ OGH 11.10.2017, 13 Os 55/17p, EvBl 2018/56 (Ratz); 19.4.2018, 17 Os 15/17k, EvBl-LS 2018/114 (Ratz) = JSt-Slg 2019/2 (Loudon); 19.4.2018, 17 Os 23/17m; 15.12.2020, 14 Os 115/20y; 20.10.2021, 15 Os 58/21z; 30.11.2021, 14 Os 94/21m, EvBl 2022/70 (Ratz).

¹¹ Strafrechtsänderungsgesetz 2015, BGBl I 2015/112.

¹² AB 728 BlgNR 25. GP, 5 f.

¹³ Dazu Mayerhöfer, Überlegungen zum wirtschaftlich Berechtigten iSd § 153 StGB bei einer Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz, ZWF 2019, 180; Brandstetter, Zu den Grenzen des Tatbestandes der Untreue nach der StGB-Novelle 2015, ZWF 2019, 218.

¹⁴ Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁵ Lewisch, Grundsatzfragen der Untreue (neu), in Kodek, Untreue NEU (2017) 105 (113).

¹⁶ G. Schima, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig (2014) 161 (175).

¹⁷ Mayerhöfer, ZWF 2019, 180 ff.

¹⁸ OGH 19.4.2018, 17 Os 15/17k; Kirchbacher/Sadoghi in Höpfel/Ratz, StGB², § 153 Rz 18.

3.3. Eigene Ansicht

3.3.1. Ausgangspunkt 1: Die Gesetzesmaterialien zum StRÄG 2015

ME ist zum einen von den Materialien zum StRÄG 2015 auszugehen, nach denen der wirtschaftlich Berechtigte nicht anhand „*formaljuristischer Rechtsverhältnisse*“ zu bestimmen ist, sondern es auf die „*wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten*“ ankommt. „*Untreue scheidet daher aus, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen) zugute kommt.*“¹⁹

Zwanglos lässt sich hier eine Brücke zur *Leiner I*-Entscheidung²⁰ schlagen, in der der OGH den Fall der Mitstifterin einer Stiftung zu beurteilen hatte, die 1.) Begünstigte der Stiftung war, deren Stiftungszweck auf „*Unterstützung der jeweiligen Begünstigten, insbesondere durch Gewährung von Geldleistungen*“ lautete, 2.) faktisch großen Einfluss auf die Stiftung hatte und alle bzw eine Vielzahl von Entscheidungen selbst traf sowie 3.) Mitglied des Stiftungsrats und 4.) zur Bestellung des Stiftungsvorstands berechtigt war. Der erkennende Senat führte dazu (freilich zur Frage, ob die Mitstifterin aus Sicht der Tochter-GmbH der Stiftung und im Hinblick auf das kapitalgesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr wie eine Gesellschafterin der GmbH zu behandeln sei) aus: „*Da somit die Stiftung von der Erstbeklagten (tatsächlich) beherrscht wurde ..., haben die Vorinstanzen zutreffend die ... [Mitstifterin] als von § 82 GmbHG erfasste Gesellschafterin [der Tochtergesellschaft der Stiftung] angesehen Dass der ... [Mitstifterin] (streng formal gesehen) als Begünstigter kein ‚Einflussrecht‘ auf die Stiftung zukommt, ändert nichts daran, dass sie nach den Feststellungen faktisch großen Einfluss auf die Stiftung hatte und alle bzw eine Vielzahl von Entscheidungen selbst traf.*“

Bemerkenswert ist idZ auch, dass der Gesetzgeber verschiedentlich die Zurechnung einer Stiftung an die hinter ihr stehenden Personen ausdrücklich angeordnet hat, nämlich insb in §§ 24 und 25 ÜbG (in denen von der Möglichkeit, „*beherrschenden Einfluss*“ auf die „*Geschäftsführung*“ einer Privatstiftung ausüben zu können, ausgegangen wird) und in § 8 Z 1 EKEG. Letztere Vorschrift normiert, dass als dem EKEG unterworfenen Gesellschafter auch ein Kreditgeber der Gesellschaft gilt, der „*Anteilsrechte oder sonstige Rechte an einem anderen Rechtsträger als der Kredit nehmenden Gesellschaft hat, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf diese ermöglichen (mittelbar kontrollierende Beteiligung)*“, wobei diese Formulierung ausweislich der Gesetzesmaterialien darauf abzielt, „*alle möglichen dazwischengeschalteten in- und ausländischen Rechtsträger und vor allem auch Privatstiftungen zu erfassen*“.²¹ § 8 EKEG bringt also – ebenso wie das ÜbG –

klar zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber einer Zurechnung an die hinter einer Privatstiftung stehenden Personen nicht grundsätzlich ablehnend gegenübersteht.

3.3.2. Ausgangspunkt 2: Das geschützte Rechtsgut

Zum anderen ist zu bedenken, dass das vom Untretetatbestand geschützte Rechtsgut gerade das „*Vermögen der wirtschaftlich Berechtigten*“ ist.²² Das Vermögen anderer Personen (bspw jenes von Geschäftspartnern oder Gläubigern) wird vom Tatbestand nicht erfasst.²³ Gäbe es also tatsächlich Privatstiftungen ganz ohne wirtschaftlich Berechtigte iSv § 153 StGB, bliebe für eine Anwendung der Untreue eigentlich gar kein Raum.

3.3.3. Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten der Privatstiftung

Zweifelloos ist die Privatstiftung eine Vermögensmasse mit eigener Rechtspersönlichkeit und ohne Mitglieder und Gesellschafter; aber Stifter und/oder Begünstigte als die wirtschaftlich Berechtigten der Stiftung zu sehen, liegt schon deswegen nicht fern, weil die Stiftung einerseits von den Stiftern ins Werk gesetzt wird, damit sie andererseits im Rahmen ihres Stiftungszwecks ihr Vermögen für die Begünstigten verwendet.²⁴

Zwar ist richtig, dass der Stifterwille durch die Stiftungserklärung versteinert und perpetuiert wird.²⁵ Gerade Stiftungszweck und in der Zeitkapsel eingeschlossener Stifterwille weisen aber mE den Weg zur Identifikation der wirtschaftlichen Berechtigten. Zu bedenken ist nämlich, dass der Privatstiftung kein separierbar-individuelles Eigeninteresse des Rechtsträgers zukommt und zukommen darf. Bei der Kapital- und bei der Personengesellschaft kann das Interesse der Gesellschaft im Wohl des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens identifiziert werden,²⁶ wobei unter „*Wohl des Unternehmens*“ typischerweise das Erzielen von Erträgen (noch allgemeiner gesprochen: das Tätigwerden am Markt) ohne Gefährdung der Zielsetzung des langfristigen Fortbestands verstanden wird.²⁷

¹⁹ Kirchbacher/Sadoghi in Höpfel/Ratz, StGB², § 153 Rz 1 und 29/1.

²⁰ Kirchbacher/Sadoghi in Höpfel/Ratz, StGB², § 153 Rz 1.

²¹ Ähnlich (zur GmbH & Co KG) St. Briem, Einlagenrückgewähr und Untreue, in *Kodek, Untreue NEU* (2017) 89 (100): „*Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten weist auf eine natürliche Person hin, die zwar nicht rechtlicher Eigentümer ist, aber wirtschaftliche Interessen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft hat.*“

²² Mayerhöfer, ZWF 2019, 186.

²³ Karollus, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, 252 (262 f); *Told*, Die Gesellschaft zwischen Gesellschafterinteresse und einem etwaig davon losgelösten Eigeninteresse, in FS Koppensteiner (2016) 339 (346 f); *Burischer*, Haftung bei Multiorganschaft (2019) 20; *Koppensteiner*, Ermessen im Unternehmensrecht, RdW 2023, 543 (545); *Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG (2020) § 70 Rz 15 ff; *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (2023) 34; *Petrovic*, Pflichtaufgaben mit Entscheidungsspielraum und die BJR, GES 2025, 332 (333); ähnlich *Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG⁶ (2019) § 70 Rz 91; *Karollus*, Die neuen gesetzlichen Regelungen zur Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), in *Kodek, Untreue NEU* (2017) 43 (69 f FN 139); *Karollus/Schmieder*, Business Judgment Rule im Wirtschaftsstrafrecht, in *Leitner/Brandl*, Finanzstrafrecht 2023 (2024) 91 (97).

²⁴ *Ch. Nowotny*, Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung, in FS Koppensteiner (2016) 193 (195); vgl auch *Koppensteiner*, RdW 2023, 544; *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand & Geschäftsführung² (2025) § 40 Rz 31; *Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 84 Rz 36; *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25 Rz 36; *Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 25 Rz 22 und 122; *F. Hörsberger in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 25 Rz 27; lobend aus vergleichender Sicht zum deutschen Aktienrecht *Koch*, *Austriaca legitime* – 60 Jahre österreichisches Aktiengesetz, NZG 2025, 1185 (1191): „*Wird ... [der Begriff des ‚Unternehmenswohls‘] ... [in Deutschland] wenig griffig als ‚Abkürzung‘ für das Zusammentreffen von Aktionärs-, Arbeitnehmer- und Gemeinwohlinteressen verstanden, fasst man darunter in Österreich schlicht die langfristige Rentabilität des betriebenen Unternehmens. Für den Rechtsanwender führt dies zu einer erfrischend klaren Marschroute ...*“

¹⁹ AB 728 BlgNR 25. GP, 5 f.

²⁰ OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x, GesRZ 2019, 193 (*Kalss*) = ZfS 2019, 8 (*Karollus*); dazu *Dejaco*, Einlagenrückgewähr bei Bestandverträgen, NZ 2019, 81; *H. Foglar-Deinhardstein*, Einlagenrückgewähr: Unechte Dritte und Umfang der Nichtigkeit? ÖJZ 2019, 938; *V. Hügel*, Verbot der Einlagenrückgewähr – Anwendung auf Rechtsgeschäfte zwischen Stiftungsbeteiligten und Beteiligungsgesellschaften einer Privatstiftung, JEV 2019, 77.

²¹ ErlRV 124 BlgNR 22. GP, 17; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, EKEG (2004) § 8 Rz 4.

All dies kommt bei der Stiftung nicht infrage. Ihre Aktivitäten haben sich nicht am Wohl der Stiftung selbst, sondern an der Erfüllung des Stiftungszwecks auszurichten,²⁸ zumal Selbstzweckstiftungen ebenso ausdrücklich verboten sind²⁹ wie gewerbsmäßig tätige Privatstiftungen und zur Erfüllung des Stiftungszwecks grundsätzlich auch der Verbrauch der Vermögenssubstanz der Stiftung zulässig ist.³⁰

Daher kann mE gesagt werden, dass die Stifter die wirtschaftlich Berechtigten der Stiftung sind, wenigstens solange ihnen noch ein Widerrufs- oder Änderungsrecht zukommt. Sobald Widerrufs- und Änderungsrechte der Stifter weggefallen sind und somit der Wassergraben zwischen Stiftung und Stiftern nicht mehr überschritten werden kann, ist der Stifterwille eingefroren und verewigt. Innerhalb des vom Stiftungszweck vorgegeben Rahmens können aber dann die Begünstigten durchaus als wirtschaftlich Berechtigte angesehen werden, weil das der Stiftung gewidmete Vermögen ihnen zu dienen hat.

Unterstützt wird diese Rechtsansicht durch die im Rahmen der Insolvenzanfechtung gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise,³¹ die mitunter eine Wissenszurechnung des Stifters an die Privatstiftung erfordert. Steht die Privatstiftung zum Zeitpunkt der anfechtungsgegenständlichen Handlung etwa aufgrund eines uneingeschränkten Widerrufs- und Änderungsrechts unter dem wirtschaftlichen Einfluss eines schlechtgläubigen Stifters, ist dessen Wissen der Privatstiftung zuzurechnen.³² Selbst wenn der Stiftungsvorstand in einem solchen Fall nur als „*ahnungsloses Werkzeug*“ fungiert und die anfechtungsgegenständliche Handlung vorgenommen hat, soll die Anfechtbarkeit nicht am Fehlen subjektiver Voraussetzungen aufseiten der Privatstiftung scheitern. Andernfalls wäre die Anfechtung nämlich weitgehend wirkungslos, weil der Stifter mithilfe der Privatstiftung sein Vermögen den Gläubigern anfechtungsfest entziehen könnte. Um dies zu verhindern, ist das Wissen bzw die Schlechtgläubigkeit eines derart wirtschaftlich einflussreichen Stifters der Privatstiftung unmittelbar zuzuordnen und bei der Beurteilung der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen aufseiten der Privatstiftung zu berücksichtigen.³³

²⁸ Der OGH bleibt in der Entscheidung vom 23.2.2026, 6 Ob 160/15w, in diesem Punkt vage und spricht alternierend vom „Besten für die Privatstiftung“, vom „Wohl der Stiftung“ und vom „Stifterwillen“ sowie den „Interessen der Begünstigten“. Karollus (Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, 62) verweist auf den am 30.6.2017 vorgelegten und kurz darauf zurückgezogenen Ministerialentwurf zu einer Novelle des PSG (323/ME 25. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00323/index.shtml), der einen geplanten § 17 Abs 1a PSG mit folgendem Wortlaut enthielt: „Ein Mitglied des Stiftungsvorstands handelt jedenfalls im Einklang mit der von ihm wahrzunehmenden Sorgfaltspflicht, 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.“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

²⁹ N. Arnold, PSG⁴, § 1 Rz 13 ff; Mayerhöfer, ZWF 2019, 182.

³⁰ Zur Zulässigkeit der Verbrauchsstiftung N. Arnold, PSG⁴, Einl Rz 10, § 4 Rz 44 und § 17 Rz 61; G. Schima, Dividendenausschüttung, 175.

³¹ König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020) Rz 2.29; Pummerer, Vermögensschutz durch Privatstiftung? – Anfechtung und Zugriffsmöglichkeiten im Insolvenzfall, ZIK 2025, 175 (178); zur GmbH OGH 22.2.2024, 17 Ob 24/23p.

³² Zm einer liechtensteinischen Stiftung OGH 26.5.2010, 3 Ob 1/10h, GesRZ 2010, 355 (Widhalm-Budak) = ZfS 2010, 116 (Hosp).

Zusammenfassend ist mE im Hinblick auf den strafrechtlichen Untreuetatbestand die Einwilligung des Stifters zu einem Vermögenstransfer tatbestandsausschließend, solange dem Stifter noch ein Widerrufs- oder Änderungsrecht zukommt.³⁴ Nach Wegfall der Widerrufs- und Änderungsrechte wäre die Einwilligung der (aktuellen) Begünstigten tatbestandsausschließend, zumindest soweit sich diese Einwilligung nicht außerhalb der Grenzen des Stiftungszwecks bewegt.³⁵

Diese These ist übrigens auch mit dem schon vorhin zitierten Rechtssatz des OGH vereinbar: „*Mangels ... fassbaren wirtschaftlich Berechtigten am Vermögen der beiden Privatstiftungen ist eine Pflichtwidrigkeit des durch ihre Vorstände erklärten Einverständnisses hier (nur) am Maßstab der Vorgaben (Stiftungserklärung, Zusatzurkunde) für die Vorstände der ... [Privatstiftungen] bei der Verwendung von Vermögen und Erträgen dieser Stiftungen für die Erreichung des Stiftungszwecks zu messen ...*“³⁶ Weiters passt sie zur Vermögensopfertheorie aus dem Exekutions- und Erbrecht, nach der ein Widerrufs- oder Änderungsvorbehalt des Stifters der Ablösung der Stiftung aus der Sphäre des Stifters entgegensteht.³⁷

IV. Zusammenfassung

1. Die für Privatstiftungen anwendbaren Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsregeln sind äußerst milde.
2. Jeder regelwidrige – und allenfalls auch nur vorübergehende – Vermögensabfluss aus einer Privatstiftung (zB durch Zuwendungen an von der Stiftungserklärung nicht begünstigte Destinäre oder durch Inanspruchnahme überhöhter Vergütungen oder Spesen) kann – bei Hinzutreten gewisser weiterer Sachverhaltelemente – den strafrechtlichen Tatbestand der Untreue gem § 153 StGB verwirklichen.
3. Die Zustimmung der wirtschaftlich Berechtigten zu einem Vermögenstransfer schließt den Tatbestand der Untreue aus.
4. ME ist im Hinblick auf den Untreuetatbestand die Einwilligung der Stifter zu einem Vermögenstransfer tatbestandsausschließend, solange den Stiftern noch ein Widerrufs- oder Änderungsrecht zukommt. Nach Wegfall der Widerrufs- und Änderungsrechte wäre die Einwilligung der (aktuellen) Begünstigten tatbestandsausschließend, zumindest soweit sich diese Einwilligung nicht außerhalb der Grenzen des Stiftungszwecks bewegt.

³³ OLG Graz 9.9.2025, 6 R 48/25p (zu einer exekutionsrechtlichen Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht gem § 439 EO, der seinem Wortlaut nach nahezu vollständig mit § 28 IO [Insolvenzanfechtung wegen Benachteiligungsabsicht] übereinstimmt).

³⁴ So auch M. Melzer in K. Müller/M. Melzer, Stiftungsmanagement² (2022) Rz 614.

³⁵ Strenger und differenzierend M. Melzer in K. Müller/M. Melzer, Stiftungsmanagement², Rz 615.

³⁶ OGH 10.7.2019, 13 Os 128/18z.

³⁷ OGH 15.10.2024, 2 Ob 66/24f, GesRZ 2025, 140 (Lauss) = EF-Z 2025/19 (A. Hofmann) = ZfS 2024, 139 (Haslwanter) = JEV 2025, 32 (Rizzi); 25.2.2026, 17 Ob 19/25f; OLG Graz 9.9.2025, 6 R 48/25p; Musger in P. Bydlinki/Perner/Spitzer, ABGB⁸ (2026) Nach § 788 Rz 7; H. Foglar-Deinhardstein/A. Gruber, Querverbindungen zwischen Stiftungs-, Zivil- und Gesellschaftsrecht, PSR 2018, 52 (53 f).