



WP – Klausurarbeit

Rechtslehre

gemäß § 239 Abs. 5 WTBG 2017/137 i.d.g.F.

i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999

24. November 2017

Angabe

KLAUSUR RECHTSLEHRE ALT (240 Punkte)

AUFGABE 1 (90 P)

Im Rahmen einer Umstrukturierung innerhalb eines Konzerns wurden Beteiligungen, die sich im Gesellschaftsvermögen einer GmbH & Co KG befanden, im Wege der Einbringung nach Art III UmgrStG in die Konzernmutter eingebracht, wobei die KG keine Gegenleistung in Höhe des Verkehrswertes der Beteiligungen erhielt. Die Konzernmutter war Kommanditistin der KG und 100%-Gesellschafterin der Komplementär-GmbH.

Einige Zeit später wurde die GmbH & Co KG und auch die Konzernmutter insolvent. Der bei der GmbH & Co KG bestellte Insolvenzverwalter sah im abgeschlossenen Einbringungsvertrag einen Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot und klagte den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auf Schadenersatz. Der Beklagte wendete ein, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften auf eine KG nicht zur Anwendung kommen, er habe auch nicht schuldhaft gehandelt. Zum Zeitpunkt der Einbringung der Klage sei der Schadenersatzanspruch gegen ihn wegen Ablauf der 3-Jahresfrist außerdem verjährt. Überdies sei die Umstrukturierung zur Straffung der Leitungsfunktion betrieblich gerechtfertigt und im Interesse des Konzerns gewesen.

Außerdem habe der Geschäftsführer die Umstrukturierung auf Weisung der Konzernmutter vorgenommen, sodass eine Haftung schon aus diesem Grund entfällt. Im Übrigen sei er Geschäftsführer des Komplementärs und nicht der KG, sodass eine Geschäftsführerhaftung gegenüber der KG nicht in Betracht komme. Zudem wendet der Geschäftsführer ein, dass er vor Durchführung der Einbringung eine Stellungnahme des Steuerberaters der GmbH & Co KG eingeholt hat, wonach die Einbringung der Beteiligungen in die Konzernmutter nicht gegen das Gesellschaftsrecht verstößt.

Fragen:

- a) Was versteht man unter dem Kapitalerhaltungsgebot (Kapitalerhaltungsgrundsatz), welchen Zweck verfolgt dieses Gebot und wo ist es gesetzlich verankert? (5 P)
- b) Kommen die Kapitalerhaltungsvorschriften auch auf eine GmbH & Co KG zur Anwendung? Macht es einen Unterschied, wenn im obigen Fall eine AG Komplementärin wäre? (5 P)
- c) Liegt Ihrer Meinung nach ein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot vor? Wie ist zu prüfen, ob ein Verstoß vorliegt (10 P)
- d) Wie beurteilen Sie den Einwand, die Umstrukturierung sei betrieblich gerechtfertigt und im Interesse des Konzerns? (6 P)
- e) Welche Rechtsfolgen hat ein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze auf das zugrundeliegende Rechtsgeschäft? (8 P)
- f) Welche Ansprüche hat der Insolvenzverwalter der KG gegen die insolvente Konzernmutter? (8 P)
- g) Kann der Insolvenzverwalter sowohl die Muttergesellschaft als auch den Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft klagen? (8 P)
- h) Würde es einen Unterschied machen, wenn die Beteiligung an eine Schwestergesellschaft und nicht an die Mutter übertragen worden wäre? Wer ist Adressat der Kapitalerhaltungsvorschriften? (8 P)
- i) Wann verjähren Ansprüche wegen unzulässiger Einlagenrückgewähr? (10 P)
- j) Wie beurteilen Sie die angebliche Weisung der Konzernmutter im Hinblick auf die Haftung des Geschäftsführers? (6 P)

- k) Haftet der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch gegenüber der KG? (8 P)
- l) Wie beurteilen Sie den Einwand des Geschäftsführers, dass er nicht haftet, weil ihm der Steuerberater der GmbH & Co KG in einer Stellungnahme bestätigt hat, dass die Einbringung der Beteiligungen in die Konzernmutter nicht gegen das Gesellschaftsrecht verstößt? (8 P)

AUFGABE 2 (70 P)

Eine GmbH hat zwei Geschäftsführer, die die Gesellschaft nur gemeinsam vertreten können. Zwischen beiden bestehen Meinungsverschiedenheiten über die wirtschaftliche Lage der GmbH.

Einer der beiden Geschäftsführer beantragte Anfang Oktober 2017 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft wegen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit. Er verwies unter anderem auf das im Jahresabschluss 2015 ausgewiesene negative Eigenkapital. Zur Deckung der Anlaufkosten erlegte der Antragsteller einen Kostenvorschuss.

Der zweite Geschäftsführer bestritt das Vorliegen eines Insolvenztatbestandes. Die beiden Geschäftsführer legten je ein Vermögensverzeichnis vor, in dem sie den Bestand und die Fälligkeit diverser Verbindlichkeiten der GmbH völlig unterschiedlich bewerteten.

Aufgrund der Unstimmigkeiten wurde auch der Jahresabschluss 2016 nicht erstellt und daher auch nicht offengelegt. Aus diesem Grund hat das Firmenbuchgericht eine Zwangsstrafe nach § 283 UGB verhängt. Beide Geschäftsführer sind der Ansicht, dass die Zwangsstrafe nicht verhängt werden darf.

Fragen:

- a) Wer ist im Anlassfall zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet? Welche Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Vertretungsbefugnis der beiden Geschäftsführer und eine allfällige Ressortverteilung? (6 P)
- b) Wann ist eine GmbH zahlungsunfähig? (8 P)
- c) Wann liegt eine Überschuldung vor? Erläutern Sie, wie das Vorliegen der Überschuldung festgestellt werden kann! Welche Bedeutung hat in diesem Zusammenhang ein negatives Eigenkapital? (12 P)
- d) Wie ist vorzugehen, wenn sich die beiden Geschäftsführer über das Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes nicht einig sind? (6 P)
- e) Wann und von wem ist ein Kostenvorschuss zu erlegen? (6 P)
- f) Erläutern Sie, welche Haftungsrisiken ein Geschäftsführer zu tragen hat, wenn er nicht rechtzeitig den Insolvenzantrag stellt! Wem gegenüber haftet er? (16 P)
- g) Wird ein Geschäftsführer seines Amtes enthoben, wenn ein Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt wird? (6 P)
- h) Wie beurteilen Sie die Zwangsstrafe? Was hätten Sie als Wirtschaftsprüfer den Geschäftsführern geraten? (10 P)

AUFGABE 3 (40 P)

Der Vorstand einer Privatstiftung besteht aus den Personen X, Y und Z. Z ist gleichzeitig auch der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Z-GmbH.

Diese Privatstiftung hielt 60% an Anteile an der G-GmbH; je 20% der Geschäftsanteile waren in Händen der A-GmbH und der Z-GmbH. Mit Notariatsakt übertrug die Privatstiftung ihren Geschäftsanteil im Jahr 2011 je zur Hälfte an die A-GmbH und die Z-GmbH. Beim Verkauf dieser Geschäftsanteile wurde die Privatstiftung von X und Y vertreten. Die Z-GmbH wurde von Z vertreten.

Mittlerweile verfügt die Privatstiftung über einen neu besetzten Stiftungsvorstand. 2014 brachte die Privatstiftung gegen die A-GmbH und Z-GmbH eine Klage ein und begehrte die gerichtliche Feststellung, dass der Abtretungsvertrag rechtsunwirksam sei und aufgehoben werde. Die Privatstiftung vertrat die Ansicht, dass die Abtretungsverträge wegen § 17 Abs 5 PSG einer gerichtlichen Genehmigung bedurft hätten, weil ein In-sich-Geschäft vorliegt.

Fragen:

- a) Was versteht man unter einem In-sich-Geschäft? (6 P)
- b) Sind In-sich-Geschäfte zulässig? (10 P)
- c) Erfasst der Wortlaut des § 17 Abs 5 PSG das gegenständliche Rechtsgeschäft? (4 P)
- d) Wie beurteilen Sie das vorliegende Rechtsgeschäft zwischen der Privatstiftung und der Z-GmbH unter dem Aspekt des § 17 Abs 5 PSG? (10 P)
- e) Was wäre die Rechtsfolge, wenn das Rechtsgeschäft einer gerichtlichen Genehmigung bedarf, diese aber nicht vorliegt? (10 P)

AUFGABE 4 (40 P)

Die Mitglieder des Stiftungsvorstands der H-Privatstiftung beantragten im Jahr 2014 die Eintragung der Beendigung der Abwicklung der Privatstiftung und Verteilung des gesamten Vermögens sowie die Löschung der Privatstiftung im Firmenbuch. Das Firmenbuchgericht erteilte einen Verbesserungsauftrag, die fehlende steuerliche UB nachzureichen. Dem sind die Antragsteller nicht nachgekommen, weshalb das Eintragungsbegehren abgewiesen wurde.

In weiterer Folge bestellte das Gericht für die Geschäftsjahre 2015/2016 bis 2019/2020 einen Stiftungsprüfer. Gegen diesen Beschluss erhob die Privatstiftung einen Rekurs; die Privatstiftung sei vermögenslos und beendet; sie benötige daher keinen Stiftungsprüfer; auch eine AG müsse ab Auflösung keinen Abschlussprüfer haben. Außerdem hätte der Stiftungsvorstand ein Vorschlagsrecht, das nicht beachtet wurde.

Fragen:

- a) Wer bestellt bei einer Privatstiftung den Stiftungsprüfer? (4 P)
- b) Kann dem Stiftungsvorstand oder den Stiftern ein (verbindliches) Vorschlagsrecht bezüglich des Stiftungsprüfers eingeräumt werden? (8 P)
- c) Welche Aufgaben hat der Stiftungsprüfer bei einer Privatstiftung? Welche Rolle hat ihm der Gesetzgeber zugewiesen? Sind seine Aufgaben ident mit jenen des Abschlussprüfers? (12 P)
- d) Wann verliert eine Privatstiftung ihre Rechtspersönlichkeit? (4 P)
- e) Hat das Firmenbuchgericht zu Recht einen Stiftungsprüfer bestellt? Wie beurteilen Sie die Argumente der Privatstiftung? (12 P)

LÖSUNG KLAUSUR RECHTSLEHRE ALT

AUFGABE 1: (90 P)

Basis: OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h und OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p

- a) Das Kapitalerhaltungsgebot ist in § 82 GmbHG bzw § 52 AktG festgelegt. Demnach haben Gesellschafter nur Anspruch auf den Bilanzgewinn. Jede sonstige Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter ohne entsprechende Gegenleistung in offener oder verdeckter Form ist unzulässig. Das Kapitalerhaltungsgebot dient dem Gläubigerschutz. **(5)**
- b) Nach Ansicht des OGH (insbesondere 2 Ob 225/07p) sind die für Kapitalgesellschaften geltenden Kapitalerhaltungsvorschriften analog auch auf die verdeckte Kapitalgesellschaft anzuwenden. Ohne Bedeutung ist, ob der Komplementär eine GmbH oder AG ist. Maßgeblich ist nur, dass keine natürliche Person für die Verbindlichkeiten der Personengesellschaft haftet und damit haftungsrechtlich eine Situation wie bei einer Kapitalgesellschaft vorliegt. **(5)**
- c) Die Prüfung hat anhand eines Fremdvergleichs zu erfolgen. Maßgeblich ist zunächst, ob die Gesellschaft ein solches Rechtsgeschäft mit einem Dritten geschlossen hätte. In weiterer Folge ist zu prüfen, ob die Gesellschaft ein solches Rechtsgeschäft auch unter diesen Konditionen abgeschlossen hätte. Im Anlassfall liegt ein eine unzulässige Einlagenrückgewähr vor; die Gesellschaft überträgt einen Vermögenswert an ihre Gesellschafterin, ohne dass sie eine entsprechende gleichwertige Gegenleistung erhält. Die Einbringung hält mangels objektiver Wertäquivalenz einem Fremdvergleich nicht stand. **(10)**
- d) Grundsätzlich wird bei einem Fremdvergleich Leistung und Gegenleistung einander entsprechen (objektive Wertäquivalenz). Liegt ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vor, liegt eine unzulässige Einlagenrückgewähr dann nicht vor, wenn besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen (siehe zB OGH 6 Ob 271/05d). Maßgeblich ist das Interesse der Gesellschaft und nicht – wie hier – das Interesse des Konzerns. Entscheidend ist, ob die Gesellschaft ein solches Rechtsgeschäft mit einem objektiven Missverhältnis auch mit einem Dritten abgeschlossen hätte. **(6)**
- e) Grundsätzlich sind Rechtsgeschäfte, die gegen § 82 GmbHG verstoßen, absolut nichtig (Gesamtnichtigkeit). Der OGH nimmt jedoch bloße Teilnichtigkeit an, wenn dies dem (hypothetischen) Willen beider Parteien entspricht (6 Ob 132/10w; 6 Ob110/12p). Liegt Gesamtnichtigkeit vor, so sind die Leistungen rückabzuwickeln. In diesem Zusammenhang hätte die Gesellschaft einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegenüber der Gesellschafterin für die von der Gesellschaft erbrachten Leistungen. **(8)**
- f) Nach § 83 Abs 1 GmbHG sind Gesellschafter zum Rückersatz der verbotenen Leistungen verpflichtet. Aufgrund der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wären die Beteiligungen an die KG rückzuerstatten (Naturalrestitution). In der Insolvenz des Gesellschafters bestünde ein Aussonderungsanspruch nach § 44 IO. Ist eine Naturalrestitution nicht möglich, weil die Beteiligungen zB von der Muttergesellschaft schon veräußert wurden, bleibt ein Geldersatzanspruch. Wurde die Beteiligung nach der Insolvenzeröffnung veräußert, so kann die

Gesellschaft nach § 44 Abs 2 IO die Aussonderung des Entgelts aus der Masse verlangen. **(8)**

- g) Nach § 83 Abs 2 GmbHG haften die Geschäftsführer solidarisch mit dem Empfänger für die Rückerstattung. Der Insolvenzverwalter kann daher auch den Geschäftsführer belangen, wenn ihm ein Verschulden an der verbotenen Ausschüttung zur Last gelegt werden kann. Der Gesellschafter hat dagegen eine verschuldensunabhängige Rückerstattungspflicht. **(8)**
- h) Erfasst werden nicht nur Leistungen an den Gesellschafter, sondern auch Leistungen an Dritte, die nicht Gesellschafter sind. Die Leistung an den Nichtgesellschafter muss vom Gesellschafter veranlasst sein. Hätte also die Konzernmutter die Übertragung der Beteiligung an eine Schwestergesellschaft verlangt, wäre diese Leistung dennoch dem Gesellschafter zuzurechnen. Es würde also keinen Unterschied machen. **(8)**
- i) Der Erstattungsanspruch verjährt nach § 83 Abs 5 GmbHG grundsätzlich in 5 Jahren. Nach Ansicht des OGH (6 Ob110/12p) konkurriert allerdings der Rückforderungsanspruch nach § 83 GmbHG mit der Rückforderung von verbotswidrigen Leistungen nach allgemeinem Bereicherungsrecht. Es kommt daher die lange Verjährungsfrist zum Tragen. **(10)**
- j) Die Kapitalerhaltungsvorschriften sind zwingendes Recht. Weisungen des Gesellschafters, die zu einer unzulässigen Einlagenrückgewähr führen, sind daher rechtswidrig. Solche Weisungen darf der Geschäftsführer nicht befolgen. Befolgt er sie dennoch, so haftet er. **(6)**
- k) Beschränkt sich die Tätigkeit der GmbH ausschließlich auf die Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben für die KG, wird der GmbH-Geschäftsführer in diesem Fall organschaftlich mittelbar beziehungsweise faktisch für die Kommanditgesellschaft tätig; seine wesentliche Tätigkeit wirkt sich direkt bei der Kommanditgesellschaft aus. Er haftet daher auch gegenüber der KG (OGH 6 Ob 171/15p). **(8)**
- l) Bei größeren Umstrukturierungen müssen nicht einschlägig ausgebildete Vorstände, Aufsichtsräte und Geschäftsführer nach Ansicht des OGH regelmäßig spezialisierte Berater beiziehen, um eine (auch) gesetzeskonforme Abwicklung zu gewährleisten und die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu erfüllen. Der Steuerberater ist nicht als ein derartiger spezialisierter Berater anzusehen und würde hier auch seine berufsspezifischen Befugnisse überschreiten. **(8)**

AUFGABE 2: (70 P)

Basis: OGH 25.11.2015, 8 Ob 118/15h und OGH 14.1.2016, 6 Ob 214/15m

- a) Nach § 69 Abs 3 IO trifft die Antragspflicht die organschaftlichen Vertreter einer jurP, hier: beide Geschäftsführer der GmbH. Vertretungsbefugnis ist ohne Bedeutung; jedes Mitglied ist unabhängig von der Vertretungsbefugnis zur Antragstellung verpflichtet. Ebenso ohne Bedeutung ist eine Ressortverteilung; Insolvenzantragspflicht fällt in den

Bereich der zwingenden Gesamtverantwortung aller organschaftlichen Vertreter; eine Ressortverteilung entbindet nicht von der Antragspflicht. (6)

- b) Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO liegt bei einem nicht bloß vorübergehenden Mangel an bereiten Zahlungsmitteln vor, sodass der Schuldner fällige Schulden generell nicht mehr bezahlen und sich die erforderlichen Mittel auch nicht alsbald beschaffen kann. Abgrenzung zur Zahlungsstockung: bloß vorübergehender Liquiditätsmangel; höchstmögliche Frist: 3 Monate (OGH 3 Ob 99/10w). Schuldner muss nicht alle fälligen Verbindlichkeiten begleichen können. Wenn der Schuldner aber mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht begleichen kann, ist nach Ansicht des OGH von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. (8)
- c) Zweistufiger Überschuldungsbegriff: Überschuldung liegt vor, wenn eine rechnerische Überschuldung besteht und eine Fortbestehensprognose negativ ausfällt.
Rechnerische Überschuldung: Erstellung einer Überschuldungsbilanz; Gegenüberstellung von (verwertbarem) Vermögen und Schulden zu Liquidationswerten. Bei Überwiegen der Schulden liegt rechnerische Überschuldung vor.
Fortbestehensprognose bestehend aus Primärprognose und Sekundärprognose. Primärprognose: Anhand eines Finanzplans ist die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit für die nächsten 12 Monate nachzuweisen.
Sekundärprognose: Nachweis, dass der Schuldner unter Einbeziehung von Sanierungsmaßnahmen in den nächsten 2 bis 3 Jahren den „Turn-around“ mit überwiegender Wahrscheinlichkeit schafft, dh nachhaltige Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit durch Wiederherstellung der Ertragskraft.
Grundlage: Leitfaden Fortbestehensprognose 2.0
Negatives EK = Bilanzielle Überschuldung; Erläuterungspflicht im Anhang, ob Überschuldung iSd Insolvenzrechts vorliegt. Neg. EK: Spätester Zeitpunkt, zu dem eine Fortbestehensprognose zu erstellen ist. (12)
- d) § 69 Abs 4 IO: geht der Antrag nicht von allen Geschäftsführern aus, so hat es Insolvenzgericht die nicht antragstellenden Geschäftsführer über den Antrag zu vernehmen. Wenn dennoch kein Einverständnis über den Antrag zu erzielen ist, so hat es Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren nur dann zu eröffnen, wenn die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung vom Antragsteller glaubhaft gemacht wird. (6)
- e) Fehlt es an einem kostendeckenden Vermögen, ist das Insolvenzverfahren zu eröffnen, wenn der Antragsteller einen Kostenvorschuss erlegt (§ 71 a IO). Organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person sind zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Anlaufkosten bis zu einem Höchstbetrag von €4000 zur ungeteilten Hand verpflichtet (§ 72a IO). Neben organschaftlichen Vertretern ist auch ein Gesellschafter, dessen Anteil an der Gesellschaft mehr als 50 % beträgt, zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet (§ 72d IO). (6)
- f) **Innenhaftung:** Nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bei Leistungen von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenz, die zu einer Schmälerung des Gesellschaftsvermögens führen (siehe OGH 6 Ob 164/16k). Haftung nach § 22 URG bei prüfpflichtigen Gesellschaften; Haftung beschränkt mit €100.000.
Außenhaftung:
Haftung wegen Insolvenzverschleppung (Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO): Haftung gegenüber Altgläubiger für den Quotenschaden, Haftung gegenüber Neugläubigern für den Kontrahierungsschaden

Haftung nach §§ 9, 80 BAO für Abgabenverbindlichkeiten bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots. Geschäftsführer darf Abgabenschulden nicht schlechter behandeln als sonstige Schulden

Haftung nach § 67 ASVG iVm § 58 ASVG: Haftung für Sozialversicherungsbeiträge; gleiche Grundsätze wie bei Haftung nach der BAO (16)

- g) Der Geschäftsführer bleibt im Amt. Er verliert nur die Verfügungsbefugnis über das insolvenzverfangene Vermögen. Über dieses Vermögen verfügt ausschließlich der Insolvenzverwalter (§ 2 IO). (6)
- h) Die Zwangsstrafe wurde zu Recht verhängt. Allein eine Berufung auf Unstimmigkeiten unter den Gesellschaftern oder Geschäftsführern, somit auf gesellschaftsinterne Umstände entbindet die Geschäftsführer nicht von ihren Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Jahresabschlusses. Den Geschäftsführern wäre zu empfehlen, einen vorläufigen, nur von einem unterschriebenen Jahresabschluss mit dem Bemerken einzureichen, dass der andere Geschäftsführer die Unterfertigung verweigert (6 Ob 214/15m). (10)

AUFGABE 3: (40 P)

Basis: OGH 27.4.2017, 2 Ob 52/16k

- a) Unter dem Begriff „In-sich-Geschäft“ wird das Selbstkontrahieren (Vertreter eines anderen schließt ein Geschäft mit sich selbst ab) und die Doppelvertretung (ein Vertreter schließt für zwei Vertretene ein Geschäft ab, vertritt also beide Seiten) verstanden. (6)
- b) In-sich-Geschäfte sind grundsätzlich unzulässig; sie sind nur wirksam, wenn die beteiligten Machthaber damit einverstanden sind oder wenn das Selbstkontrahieren dem Vertretenen ausschließlich rechtliche Vorteile bringt. Außerdem ist das Selbstkontrahieren gestattet, wenn keine Gefahr oder Schädigung des Vertretenen besteht, weil zB die Leistung einen Markt- oder Börsenpreis hat. (10)
- c) Der Wortlaut erfasst nicht das gegenständliche Rechtsgeschäft. Die Z-GmbH ist nicht Mitglied des Stiftungsvorstands. (4)
- d) Hier handelt ein Vorstandsmitglied der PS als Vertreter einer GmbH, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer er ist. Der Zweck des § 17 Abs 5 PSG (Gefahr der Schmälerung von Stiftungsvermögen durch kollusiv handelnde Vorstandsmitglieder) verlangt nach Ansicht des OGH eine analoge Ausdehnung auf jene Kollisionsfälle, bei denen das Vorstandsmitglied Eigeninteressen verfolgt. (10)
- e) Das Gesetz verlangt zwingend die Zustimmung des Gerichts; die Zulässigkeit des Rechtsgeschäfts ist durch das Gericht zu klären. Dem Gericht kommt endgültige Prüf- und Entscheidungsbefugnis zu. Die Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands reicht nicht aus. Haben alle übrigen Vorstandsmitglieder den Vertrag unterfertigt, ist eine zusätzliche Genehmigung nicht mehr erforderlich. Fehlt die gerichtliche Genehmigung, ist das Geschäft grundsätzlich schwebend unwirksam. Die Parteien sind bis zu einer erforderlichen gerichtlichen Genehmigung oder Nichtgenehmigung gebunden. (10)

AUFGABE 4: (40 P)

Basis: OGH 30.1.2017, 6 Ob 224/16h

- a) Bestellung erfolgt nach § 20 PSG durch das Firmenbuchgericht bzw durch den Aufsichtsrat **(4)**
- b) Ein unverbindliches Vorschlagsrecht von Organen der Privatstiftung oder anderen Personen (etwa eines oder mehrerer Stifter) wird als unbedenklich erachtet. Eine Einschränkung der Auswahlbefugnis des Aufsichtsrats oder des Gerichtes durch einen verbindlichen Vorschlag wäre allerdings unzulässig. Die Bestellung erfolgt im freien Ermessen des Firmenbuchgerichts **(8)**
- c) Der Stiftungsprüfer ist zwingendes Organ der PS; hat auch Kontrollfunktion bezüglich des Stiftungsvorstandes und Erfüllung des Stiftungszwecks. Er kann die Abberufung des Stiftungsvorstandes (§ 27 Abs 2 PSG) und eine Sonderprüfung beantragen (§ 31 PSG). Die Befugnisse und Kompetenzen des Stiftungsprüfers gehen daher über jene des Abschlussprüfers hinaus. Der Stiftungsprüfer muss darauf drängen, dass der Stiftungsvorstand seiner Rechnungslegungspflicht bis zur Löschung im Firmenbuch überhaupt nachkommt. Er prüft in weiterer Folge den JA einschließlich Buchführung und Lagebericht, der auch auf die Erfüllung des Stiftungszwecks einzugehen hat. **(12)**
- d) Die Stiftung wird durch einen in § 35 PSG aufgezählten Auflösungsgrund aufgelöst und in weiterer Folge abgewickelt. Nach Beendigung der Abwicklung ist sie im Firmenbuch zu löschen (§ 37 PSG). Bei Vermögenslosigkeit und Löschung verliert sie ihre Rechtspersönlichkeit. **(4)**
- e) Da der Stiftungsprüfer auch ein Kontrollorgan ist, muss die Privatstiftung bis zu ihrer Löschung einen Stiftungsprüfer haben. Wesentlicher Unterschied zur AG! Bei der AG kann nach § 211 Abs 3 AktG das Gericht auf Antrag einer Minderheit von 5% aus wichtigem Grund die Prüfung des JA anordnen. Eine analoge Anwendung des § 211 AktG kommt nach Meinung des OGH für die Privatstiftung nicht in Betracht. Da eine Privatstiftung keine Gesellschafter hat, würde § 211 Abs 3 AktG bei der Privatstiftung nicht greifen. Das Argument der Privatstiftung ist daher nicht zutreffend. **(12)**