

WP – Klausurarbeit

Klausurarbeit

Rechtslehre

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

i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999

15. Jänner 2019

Angabe

Beispiel 1 - 50 Punkte

Die XY- Privatstiftung wurde mit Stiftungsurkunde vom 25. 11. 2016 errichtet.

In § 2 Abs 1 der Stiftungsurkunde wird der Zweck der Stiftung mit „a) der Anlage und Verwaltung des Vermögens der Stiftung sowie b) Zuwendungen aus dem Vermögen der Stiftung oder aus den Erträgen des Vermögens der Stiftung an die Begünstigten, und zwar durch Geld- und/oder Sachleistungen“, angeführt. Gemäß § 8 der Stiftungsurkunde besteht der Stiftungsvorstand aus drei physischen, eigenberechtigten Personen, von denen jeweils zwei Mitglieder gemeinsam zur Vertretung berechtigt sind. Ein Aufsichtsrat war und ist bei der klagenden Partei nicht bestellt.

Weiters sieht die Stiftungsurkunde die Einrichtung eines Familienbeirates vor. Diesem kommt laut Stiftungsurkunde die Kompetenz zu, Mitglieder des Stiftungsvorstand aus wichtigem Grund abzurufen und ein neues Mitglied zu bestellen. Hinsichtlich *nachfolgender Rechtshandlungen* wird dem Beirat ein „Anhörungs- und Zustimmungsrecht“ eingeräumt:

- a) Gründung, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Belastungen von Liegenschaften;
- b) Gewährung oder Aufnahme von Krediten oder Darlehen, wenn der Betrag von EUR 500.000,- überschritten wird
- c) Übernahme, Pachtung oder Verpachtung, Stilllegung oder Liquidation von Unternehmen, Betrieben oder Teilbetrieben;
- d) Übernahme von Haftungen und Belastungen des Stiftungsvermögens, wenn der Betrag von EUR 500.000,- überschritten wird.“

Die XY-PS hielt 60 % der Geschäftsanteile der Z-GmbH; je 20 % hielten die G-GmbH und die F-GmbH. Mit dem in der Form eines Notariatsakts verfassten Abtretungsvertrag vom 11. 5. 2018 übertrug die XY-PS je 30 % ihrer Geschäftsanteile an die G-GmbH und an die F-GmbH zum Abtretungskaufpreis in Höhe von Euro 150.000,--. Dabei wurde sie von den Vorstandsmitgliedern Mag. S und Ing. P vertreten. Das dritte Vorstandsmitglied, Ing. Mag. G, ist auch Alleingesellschafter und einziger Geschäftsführer der F-GmbH, die er bei dem Rechtsgeschäft vertrat. Ein Ansuchen um gerichtliche Genehmigung des Abtretungsvertrags wurde nicht gestellt.

Mittlerweile verfügt die XY-PS über einen neu besetzten Stiftungsvorstand. Der neue Vorstand ist der Meinung, der damalige Wert der Anteile an der Z-GmbH zum Zeitpunkt der Abtretung hätte Euro 400.000,-- betragen und nicht nur Euro 150.000,-- und möchte das Rechtsgeschäft daher „rückgängig“ machen.

Der neue Vorstand der XY-PS ist risikoaverser als der alte Vorstand und möchte sich in Hinblick auf das große Immobilienvermögen, das die Stiftung verwaltet, und das darin liegende Risiko bei der Verwaltung absichern. Er erwägt den Abschluss einer D&O Versicherung und holt eine Anbot bei der H-Insurance -AG ein. Das Anbot sieht die XY-PS als Versicherungsnehmerin mit einer Versicherungssumme von Euro 1.000.000,-- für Vermögensschäden und einer Jahresprämie von Euro 1.150,-- vor. Mitversichert wären neben den drei Vorständen auch die Organe der vier „Tochtergesellschaften“ der XY-PS. Die Versicherungssumme würde die XY-PS zahlen, der aber auch allfällige schadenersatzrechtliche Zahlungen aus schuldhaft rechtswidrigem Verhalten des Stiftungsvorstandes zukäme.

Fragen:

1. Wie ist die Abberufungs- und Bestellungskompetenz eines Stiftungsvorstandes geregelt? Wer kann den Stiftungsvorstand abberufen und bestellen und aus welchen Gründen? (15 Punkte)

2. Beurteilen Sie die Einrichtung des „Familienbeirats“ der Stiftung. Wann ist ein Beirat ein „Organ“ der Stiftung im Sinne des PSG? Wie beurteilen Sie die Anhörungs- und Zustimmungsrechte des Beirats? Worauf muss im vorliegenden Fall geachtet werden? **(15 Punkte)**
3. Was wäre, wenn sich die Stifterin und Begünstigte die Kompetenz zur Besetzung des Beirates vorbehalten würde und der Beirat seinerseits den Stiftungsvorstand abberufen dürfte? **(5 Punkte)**
4. Ist die Abtretung der Geschäftsanteile an der Z-GmbH rechtswirksam? **(10 Punkte)**
5. Kann der Stiftungsvorstand die D&O Versicherung abschließen? **(5 Punkte)**

Beispiel 2 – 50 Punkte:

- a) A, B, C, D und E sind Gesellschafter der Z-GmbH. A, B und C halten je 25% der Stammanteile, D und E je 12,5%.
A, B und C haben einen allgemeinen Syndikatsvertrag abgeschlossen. In der Satzung der Gesellschaft ist festgehalten, dass B „über 35% der Stimmen verfügt“, A und B hingegen nur über je 20%.
In einer ordentlichen Generalversammlung stimmt B – entgegen der Absprache mit A und C im Vorfeld der Generalversammlung – für eine Entlastung des Geschäftsführers E.

Fragen:

1. Wo ist das Stimmgewicht einer GmbH geregelt. Wie beurteilen Sie den Umstand, dass B mehr Stimmen eingeräumt wurden als sein Geschäftsanteil ausmacht? **(10 Punkte)**
 2. Nach welchen Grundsätzen wird der Gesellschaftsvertrag einer GmbH interpretiert? **(2 Punkte)**
 3. Was ist ein Syndikatsvertrag? **(5 Punkte)**
 4. Können A und C den Beschluss aufgrund des Verstoßes gegen den Syndikatsvertrag erfolgreich anfechten? Welche Folgen hat das syndikatswidrige Abstimmungsverhalten des B? Kann erfolgreich auf die Einhaltung eines Syndikatsvertrages geklagt werden? **(8 Punkte)**
- b) A und B sind Gesellschafter der X-GmbH. A ist mit einer – zur Hälfte einbezahlten - Stammeinlage in Höhe von Euro 24.500,- an der X-GmbH beteiligt, B mit einer – voll einbezahlten - Stammeinlage in Höhe von Euro 10.500,-. In der Generalversammlung am 24.4. ist einziger Tagesordnungspunkt die Einforderung der restlichen Stammeinlage in Höhe von Euro 12.250,- vom Mehrheitsgesellschafter A. Der Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer B ist der Ansicht, dass bei dieser Abstimmung A nicht stimmberechtigt ist und stimmt dann – entgegen A – für die Einforderung der Stammeinlage von A. A weigert sich, dem „Beschluss“ Folge zu leisten.

Fragen:

1. Wie können Beschlüsse einer GmbH grundsätzlich gefasst werden? Welche Voraussetzungen hinsichtlich Anwesenheit der Gesellschafter bestehen allenfalls? **(6 Punkte)**
2. Welche Konsequenzen könnten sich grundsätzlich aus der Nichteinzahlung der eingeforderten Stammeinlage für A und allenfalls andere Personen als A ergeben? **(6 Punkte)**
3. Wann ist ein Gesellschafter einer GmbH von der Beschlussfassung grundsätzlich ausgeschlossen? Liegt ein Ausschlussgrund im vorliegenden Fall vor? **(6 Punkte)**
4. Welche Konsequenzen fehlerhafter Beschlüsse kennen Sie grundsätzlich? Wie kann sich ein Gesellschafter gegen einen fehlerhaften Beschluss zur Wehr setzen? **(7 Punkte)**

Beispiel 3 – 40 Punkte:

Der berühmte Kärntner Fußballverein „FC Amigos Kärnten“, dessen vertretungsbefugter Präsident Peter Funny ist, benötigt dringend zusätzliche Liquidität, um die Lizenz für die Spielsaison 2018/19 zu erhalten. Nachdem es dem Verein aufgrund der wirtschaftlich angespannten Situation in Kärnten nicht möglich ist, regionale Sponsoren aufzutreiben, hat Peter Funny, der gleichzeitig auch 100 %-Gesellschafter der Wiener Baufirma „Parabau GmbH“ ist, einen „genialen“ Einfall. Es soll zwischen dem Fußballverein „FC Amigos Kärnten“ und der Wiener Baufirma „Parabau GmbH“ ein Sponsorvertrag abgeschlossen werden. Hierzu erteilt Peter Funny dem Geschäftsführer der „Parabau GmbH“ eine entsprechende Weisung. Der Sponsorvertrag weist folgenden Inhalt auf:

- Die Wiener Baufirma „Parabau GmbH“ verpflichtet sich zu einer Einmalzahlung in der Höhe von EUR 500.000 an den Fußballverein.
- Die Gegenleistung des Fußballvereins „FC Amigos Kärnten“ besteht darin, für die Wiener Baufirma „Parabau GmbH“ am Trikot und mittels Werbebanden Werbung zu machen.

Zusatzinformationen: Der Kärntner Fußballverein „FC Amigos Kärnten“ hat bei Pflichtspielen durchschnittlich 500 Zuschauer. Die wichtigsten Szenen der Spiele des „FC Amigos Kärnten“ werden jeden Freitag um 23:50 in der Sendung „Tore, Tore, Tore“ in ORF 2 im Rahmen einer zweiminütigen Zusammenfassung gezeigt.

Fragen:

- 1) Wie beurteilen Sie den Sponsorvertrag aus gesellschaftsrechtlicher Sicht? Welcher Tatbestand könnte erfüllt sein? Welchen Beurteilungsmaßstab legen Sie Ihrer Bewertung zugrunde? **(10 Punkte)**
- 2) Gehen Sie umfassend auf die potenziellen Rechtsfolgen des Sachverhalts ein. **(15 Punkte)**
- 3) Wie beurteilen Sie die Weisung an den Geschäftsführer? Wem gegenüber haftet der Geschäftsführer? Wie kann er sich dagegen zur Wehr setzen? **(5 Punkte)**
- 4) Wäre der Sachverhalt im Hinblick auf die Haftung des gesetzlichen Vertreters anders zu beurteilen, wenn es sich bei der Wiener Baufirma nicht um eine GmbH, sondern um eine AG handelt und der Abschluss des Sponsorvertrags auf einem Hauptversammlungsbeschluss basiert? **(10 Punkte)**

Beispiel 4 – 50 Punkte:

A ist Geschäftsführer und Minderheitsgesellschafter der XY-Bau-GmbH. Neben A, der zu 10% am Stammkapital beteiligt ist, sind X mit 30% der Anteile und Y mit 60% der Anteile am Stammkapital beteiligt. Y hält die Anteile treuhändig für seinen Freund T. Das Stammkapital beträgt Euro 35.000,--. A und Y haben ihre Stammeinlagen voll einbezahlt, X hat auf seine Einlage lediglich die Hälfte einbezahlt. In Summe wurden also Euro 29.750,-- einbezahlt, Euro 5.250,-- haften aus.

Der Bilanzverlust per 31.12.2016 beträgt Euro 20.000,--, der Jahresverlust 2017 beträgt Euro 40.000,--. Unter den Verbindlichkeiten der XY-Bau-GmbH findet sich auch ein Darlehen in Höhe von Euro 10.000,--, das T der Gesellschaft Ende Mai 2017 kurzfristig gewährt hat und das er nie zurückgefordert hat.

Der Jahresverlust 2017 resultiert aus Schadenersatzzahlungen aus einem Schadensfall, den die XY-Bau-GmbH im Jänner 2017 bei einem Kunden verursacht hat.

A nimmt infolge der schlechten wirtschaftlichen Lage der XY-Bau-GmbH am 25. März 2017 bei der Bank zum bestehenden Kredit einen zusätzlichen Kredit über 1 Mio. für die Gesellschaft auf, um die offenen Löhne Februar und die anstehenden Löhne März 2017 sowie die anstehenden Materiallieferungen bezahlen zu können. Auf Drängen der Bank, die aufgrund der laufend übermittelten Saldenlisten über die Schieflage der Gesellschaft informiert ist, wird die gesamte Forderung der Bank mit einem Grundstück der Gesellschaft besichert. A räumt daher der Bank ebenfalls am 25.3.2017 ein Pfandrecht an einer Liegenschaft der Gesellschaft ein.

Am 15. Juni 2017 wird über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet.

Als der Insolvenzverwalter das Vermögen der Masse verwerten möchte, stellt er fest, dass laut Exekutionsregister der XY Bau-GmbH am 10. Juni 2017 ein exekutives Pfandrecht an mehreren LKWs der XY-Bau GmbH zugunsten des Finanzamtes für offene Steuerschulden der XY Bau-GmbH begründet wurde.

Fragen:

1. Welche Insolvenzeröffnungsgründe kennen Sie? Wer ist verpflichtet bzw. berechtigt, den Insolvenzantrag zu stellen und was ist dabei in Hinblick auf die Kosten des Insolvenzverfahrens zu beachten? **(8 Punkte)**
2. Welche Verpflichtungen treffen A im Zusammenhang mit dem Bilanzverlust des Jahres 2016? **(4 Punkte)**
3. Welche Verpflichtungen treffen A im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Entwicklung in 2017? **(8 Punkte)**
4. Unter welchen Voraussetzungen könnte A von der Fortführung des Unternehmens ausgehen? Was wird er in Hinblick auf den Bilanzverlust prüfen? Welche Angaben sind diesbezüglich im Jahresabschluss zu machen? **(10 Punkte)**
5. Wie wird der Insolvenzverwalter in Hinblick auf die gepfändeten LKWs und die besicherten Kredite der Bank vorgehen? **(10 Punkte)**
6. Welche Haftungen können sich für den Geschäftsführer A im Zusammenhang mit der Insolvenzeröffnung ergeben? **(6 Punkte)**
7. Wie werten Sie das Darlehen des T in der Insolvenz? **(4 Punkte)**

Beispiel 5 – 50 Punkte:

A wird zum Vorstand der XY-AG bestellt. Der Vorstandsvertrages sieht vor, dass A einen Vorstandsbezug in Höhe von Euro 200.000,-- als Fixum erhält sowie eine umsatzbezogene Prämie in Höhe von 10% der in sein Ressort fallenden Geschäftsabschlüsse der XY-AG in der Sparte „Anlagenbau“. Der Vertrag sieht eine Laufzeit von fünf Jahren vor, Regelungen für den Fall des Widerrufs der Bestellung des A zum Vorstand sind keine vorgesehen.

A verhandelt für die XY-AG wegen Bankkredites. Obwohl die Konditionen der E-Bank nach Einholung mehrerer Angebote verschiedener Banken das Teuerste ist, setzt A die involvierten Mitarbeiter der XY-AG unter Druck, doch noch zum Ergebnis zu kommen, dass die E-Bank den Zuschlag erhält. Grund dafür ist, dass die E-Bank auf ein Pönale wegen vorzeitiger Rückzahlung eines von A für sich selbst aufgenommenen Kredites verzichten würde, wenn sie dafür ihre Geschäftsbeziehungen zur XY-AG ausweiten könnte. Weiters untersagt A den involvierten Mitarbeitern, Informationen über die Kreditsache an den Aufsichtsrat weiterzugeben.

Fragen:

1. Wer bestellt den Vorstand einer AG? Wie viele Vorstände muss eine AG haben? **(5 Punkte)**
2. Wie beurteilen Sie die Ressortverteilung im Vorstand? Welche Auswirkungen hat sie? **(10 Punkte)**
3. Was verstehen Sie unter der „Business Judgement Rule“ und wo finden Sie im österreichischen Gesellschaftsrecht diesbezügliche Regelungen? Wie beurteilen Sie das Handeln des A in Hinblick auf die Kreditaufnahme unter diesen Gesichtspunkten? **(10 Punkte)**
4. Wer schließt den Vorstandsvertrag mit dem Vorstandsmitglied ab, welche Rechtsnatur hat der Vertrag und wie soll die Entlohnung des Vorstandes aussehen? Wie beurteilen Sie diesbezüglich den Vorstandsvertrag des A? **(10 Punkte)**
5. Wann kann eine Bestellung eines Vorstandes widerrufen werden? Wer ist dafür zuständig? Wie kann sich ein Vorstandsmitglied gegen die Abberufung zur Wehr setzen? **(10 Punkte)**
6. Könnte A sein Vorstandsmandat auch von sich aus niederlegen? **(5 Punkte)**

WP – Klausurarbeit

Rechtslehre

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

i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999

15. Jänner 2019

Lösung

Beurteilung der Klausurarbeit
Rechtslehre
gemäß § 239 Abs. 5 WTBG 2017/137 i.d.g.F.
i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999
15. Jänner 2019

Codezahl:

Punkte	möglich:	erreicht:
Beispiel 1	50	
Beispiel 2	50	
Beispiel 3	40	
Beispiel 4	50	
Beispiel 5	50	
Gesamtpunkte	240	

Notenvorschlag:	von	bis
nicht bestanden	0	143
Bestanden	144	240

Gesamtbeurteilung:

Datum:

Unterschrift:.....

Name in Blockschrift:.....

Hinweis: Die vollständig ausformulierten Antworten samt Zitierung von Judikatur und Lehrmeinungen dienen der Information für der Prüfungskommissäre sowie der besseren Nachvollziehbarkeit der Lösungen und sind für die Erlangung der vollen Punktezahl nicht erforderlich. Die Angabe der Rechtsgrundlage und eine stichwortartige Begründung, die das Problemverständnis zeigt, sind hierzu ausreichend.

Lösung Beispiel 1– 50 Punkte:

1. *Wie ist die Abberufungs- und Bestellungskompetenz eines Stiftungsvorstandes geregelt? Wer kann den Stiftungsvorstand abberufen und bestellen und aus welchen Gründen? (15 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 9 Abs 2 Z 1 PSG, § 27 PSG, § 15 Abs 4 PSG, § 14 Abs 3 und 4 PSG

6 Ob 37/17k - Die Abberufungs- und Bestellungskompetenz des Stiftungsvorstandes kann entweder stiftungsintern (§ 9 Abs 2 Z 1 PSG) oder durch gerichtliche Abberufung (§ 27 PSG) erfolgen. Das stiftungsinterne Abberufungs- oder Bestellungsrecht muss in der Stiftungsurkunde verankert und ausgestaltet sein, es kann sowohl durch den Stifter als auch einem freiwilligen Organ – in der Regel dem „Beirat“, sofern ihm Organstellung zukommt - vorbehalten sein. Der erste Stiftungsvorstand wird gemäß § 15 Abs 4 PSG vom Stifter oder - in den Fällen des § 8 Abs 3 Z 1 PSG vom Stiftungskurator bestellt. Der Stifter kann sich die Abberufungskompetenz bei Vorliegen wichtiger, zumindest sachlicher Abberufungsgründe vorbehalten. Im Falle der Abberufungskompetenz durch ein freiwilliges Organ der Stiftung ist auf die besonderen Regelungen des § 14 Abs 3 und 4 PSG Bedacht zu nehmen: für eine Abberufungsentscheidung durch ein solches Organ ist eine Mehrheit von mindestens 3/4tel der abgegebenen Stimmen erforderlich. Hat das Organ weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich. Soll die Abberufung aus einem andern als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten wichtigen Gründen erfolgen, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im freiwilligen Organ beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen.

Das Firmenbuchgericht hat hinsichtlich der stiftungsinternen Abberufung eine materielle Prüfungskompetenz dahingehend, ob ein Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde und keine diesbezüglichen Bedenken bestehen.

Eine gerichtliche Abberufung kann auf Antrag oder von Amts wegen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG erfolgen. Antragslegitimiert sind insbesondere Stiftungsorgane und aktuelle oder ehemalige Begünstigte der Stiftung. Der gerichtliche Abberufungsbeschluss entfaltet – entgegen § 40 PSG - mit Zustellung entsprechend höchstgerichtlicher Judikatur sofortige Wirkung.

2. *Beurteilen Sie die Einrichtung des „Familienbeirats“ der Stiftung. Wann ist ein Beirat ein „Organ“ der Stiftung im Sinne des PSG? Wie beurteilen Sie die Anhörungs- und Zustimmungrechte des Beirats? Worauf muss im vorliegenden Fall geachtet werden? (15 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 14 Abs 2 PSG

§ 14 Abs 2 PSG sieht die fakultative Einrichtung eines weiteren Organs der Stiftung zur Wahrung des Stiftungszweckes vor. Weiters kann in der Stiftungsurkunde auch nur der Vorbehalt einer späteren Einrichtung weiterer Organe enthalten sein. Die Stiftungsurkunde muss jedoch zumindest Angaben über die Organisationsstruktur und die Aufgaben des freiwilligen Organs enthalten. Fehlen diese, so kommen

den Mitgliedern solcher Gremien keine Rechte etwa gegenüber den Gerichten zu. Beiräte, die die Organstellung nach § 14 Abs 2 PSG erfüllen, können auch mit Stiftern oder Begünstigten besetzt werden, da die Unvereinbarkeitsbestimmungen grundsätzlich nicht anwendbar sind. Beschränkungen ergeben sich jedoch bei aufsichtsratsähnlichen Beiräten, bei denen aufgrund der zugewiesenen Kontrollfunktionen eine Doppelmitgliedschaft im Vorstand und Beirat unzulässig ist. Weiters darf ein aufsichtsratsähnlicher Beirat auch nicht mehrheitlich aus Begünstigten und deren Angehörigen bestehen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Zustimmungsrechte, welche den Zustimmungsrechten eines Aufsichtsrates gemäß § 95 AktG vergleichbar sind, weswegen der Beirat nicht mehrheitlich mit Begünstigten oder deren Angehörigen besetzt werden darf.

Hinsichtlich reiner Anhörungsrechte bestehen keine Bedenken, da diese keinen direkten Einfluss auf die Geschäftsführung des Vorstandes haben und seine Unabhängigkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird.

3. *Was wäre, wenn sich die Stifterin und Begünstigte die Kompetenz zur Besetzung des Beirates vorbehalten würde und der Beirat seinerseits den Stiftungsvorstand abberufen dürfte? (5 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 14 Abs 4 PSG

In diesem Fall ist der Beirat nicht vom Stifter und Begünstigten unabhängig, sodass von einer Beauftragung mit der Wahrnehmung von Begünstigteninteressen im Sinne des § 14 Abs 4 PSG auszugehen ist. (siehe OGH 8.5.2013, 6 Ob 42/13i).

4. *Ist die Abtretung der Geschäftsanteile an der Z-GmbH rechtswirksam? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 17 Abs 5 PSG

Gemäß § 17 Abs 5 PSG bedürfen Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes dann, wenn kein Aufsichtsrat besteht, der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichtes. Dies gilt auch dann, wenn der betroffene Vorstand selbst nicht auf Seiten der Stiftung kontrahiert, sondern die Stiftung von den beiden anderen Vorständen vertreten wird. § 17 Abs 5 PSG geht also über die Regelung „klassischer“ Insichgeschäfte hinaus, bei denen eine solche Konstellation nicht von den Folgen eines Insichgeschäftes betroffen wären.

Im vorliegenden Fall stellt sich weiters die Frage, ob § 17 Abs 5 PSG auch auf jene Fälle anwendbar ist, bei denen der Vertragspartner der Stiftung nicht das Vorstandsmitglied persönlich, sondern eine Gesellschaft ist, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer das Vorstandsmitglied ist. Der OGH hat ausgesprochen, dass solche Konstellationen ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 17 Abs 5 PSG fallen und damit neben der Genehmigung aller übrigen Vorstandsmitglieder auch der Genehmigung des Gerichts bedürfen (siehe OGH 27.4.2017, 2 Ob 52/16k).

Ein nach § 17 Abs 5 PSG genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft ist bis zur gerichtlichen Genehmigung in Analogie zu § 865 ABGB schwebend unwirksam, der Schwebezustand kann nicht dadurch beendet werden, dass die Privatstiftung die Genehmigung nicht beantragt, selbst wenn die neuen Vorstandsmitglieder das Rechtsgeschäft als grob benachteiligend bewerten. Allein dem Gericht kommt in solchen Fällen das Prüf- und Entscheidungsrecht zu. Die Abtretung der Anteile an der Z-GmbH unterliegt daher § 17 Abs 5 PSG und ist bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichts schwebend unwirksam.

(In der Firmenbuchpraxis wird ein Antrag auf Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG häufig - mangels Zuständigkeit infolge anderweitiger Auflösung des Interessenkonflikts- abgewiesen, sofern die Zustimmung - etwa im Rahmen zustimmungspflichtiger Geschäfte - einem weiteren Organ – zu denken wäre wie hier an einen aufsichtsratsähnlichen Beirat - zugewiesen wird. Folgt man dieser Ansicht, wäre hier eben keine gerichtliche Genehmigung erforderlich.)

5. *Kann der Stiftungsvorstand die D&O Versicherung abschließen? (5 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 17 Abs 5 PSG, § 19 PSG

Bei dem Eingehen einer D & O Versicherung zugunsten des Vorstandes ist zu prüfen, ob es sich um ein durch ein Gericht zu genehmigendes Rechtsgeschäft gemäß § 17 Abs 5 PSG handelt oder ob die Prämientragung durch die Stiftung nicht vielmehr unter § 19 PSG zu subsumieren ist. Der OGH hat in seiner Entscheidung 6 Ob 35/18t ausgesprochen, dass aus dem Umstand, dass den Vorstandsmitgliedern aus der Prämienzahlung durch die Stiftung ein Vorteil erwächst, nicht per se geschlossen werden kann, dass der Versicherungsabschluss ein Insihgeschäft nach § 17 Abs 5 PSG darstellt. Vielmehr ist die Tragung der Versicherungsprämie durch die Privatstiftung unter § 19 PSG zu subsumieren, da sie im Zusammenhang mit der Vergütung des Stiftungsvorstands und als Ausgleich für die Übernahme und Ausübung der Vorstandsfunktion gesehen werden muss.

Lösung Beispiel 2a):

1. *Wo ist das Stimmgewicht einer GmbH geregelt. Wie beurteilen Sie den Umstand, dass B mehr Stimmen eingeräumt wurden als sein Geschäftsanteil ausmacht? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 78 GmbHG, § 39 GmbHG

Stimmberechtigt in der Generalversammlung sind nur jene Gesellschafter, die im Firmenbuch aufscheinen (§ 78 GmbHG). Gemäß § 39 Abs 2 GmbHG muss jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zukommen. Sieht der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vor, so kommt im Übrigen jedem Gesellschafter je Euro 10,-- übernommener Stammeinlage eine Stimme zu. Beträge unter Euro 10,-- werden nicht berücksichtigt. Die Regelung ist dispositiv. Der Gesellschaftsvertrag kann andere Bestimmungen vorsehen; jedem Gesellschafter muss aber mindestens eine Stimme zustehen (§ 39 Abs 2 Satz 2 GmbHG). Die Stimmgewichte können im Weg der Satzungsänderung mit Zustimmung der Betroffenen neu verteilt werden. Der Gesellschaftsvertrag kann daher ein Mehrstimmrecht, z.B. durch Erhöhung und/oder Reduzierung des auf die einzelnen Geschäftsanteile entfallenden Stimmgewichts, einführen.

Eine komplette Aufspaltung des Stimmrechts ist unzulässig (60 Ob 202/10i), das Stimmrecht für einen Geschäftsanteil kann daher grundsätzlich nur einheitlich ausgeübt werden.

Im vorliegenden Fall wurde die von der Höhe der übernommenen Stammanteile abweichende Regelung in der Satzung geregelt, es steht dem Gesellschafter B daher eine Stimmgewichtung von 35% zu.

2. *Nach welchen Grundsätzen wird der Gesellschaftsvertrag einer GmbH interpretiert? (2 Punkte)*

Grundsätzlich unterscheiden sich Gesellschaftsverträge von anderen, z.B. schuldrechtlichen Verträgen dadurch, dass sie nicht nur die einzelnen Leistungsverpflichtungen (Einlagen) regeln, sondern auch die Grundlage der Geschäftsorganisation bilden. Es ist daher zu überlegen, ob und inwiefern die allgemeinen Auslegungsregeln des ABGB, nach denen der hypothetische Vertragsparteiwille primär zur Auslegung herangezogen wird, anwendbar sind.

Die jüngere Rechtsprechung des OGH (vgl. u.a. OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v) unterscheidet bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen. Im materiellen Sinn zu qualifizierende korporative Regelungen des Gesellschaftsvertrags sind demnach nach deren Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv (normativ) auszulegen. Unechte, nur auf die Gründer und nicht auf künftige Gesellschafter beschränkte Satzungsbestandteile hingegen sind nach § 914 ABGB entsprechend dem wahren Parteiwillen auszulegen. Kooperative Regelungen sind solche, die nicht nur für derzeitige, sondern auch für künftige Gesellschafter und Dritte von Bedeutung sind. Dazu zählen z.B. die Bestimmungen über die Vertretung der GmbH, die Kapitalausstattung, die Übertragung von Geschäftsanteilen, Kündigung, Auflösung und Liquidation. Diese Bestimmungen werden daher allein nach dem Text der Urkunde ausgelegt und es besteht damit keine Erkundungspflicht über die wahre Absicht der vertragsschließenden Parteien.

Begründet wird dies damit, dass der Gesellschaftsvertrag Teil der öffentlichen Urkundensammlung ist und damit auch für nicht beteiligte Dritte eine objektive Auslegung erforderlich ist.

3. *Was ist ein Syndikatsvertrag? (5 Punkte)*

Ein Syndikatsvertrag ist eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Gesellschaftern, welche in der Regel eine GesBR begründet. Sie beinhaltet Regelungen über zukünftiges Abstimmungsverhalten, häufig werden auch Regelungen über Finanzierungen oder die Übertragung von Anteilen abgeschlossen. Werden sie im Gesellschaftsvertrag selbst aufgenommen, haben sie den Vorteil, dass sie aufgrund der Publizität des Gesellschaftsvertrages auch Dritten gegenüber wirken.

4. Können A und C den Beschluss aufgrund des Verstoßes gegen den Syndikatsvertrag erfolgreich anfechten? Welche Folgen hat das syndikatswidrige Abstimmungsverhalten des B? Kann erfolgreich auf die Einhaltung eines Syndikatsvertrages geklagt werden? (8 Punkte)

Stimmbindungsverträge haben schuldrechtliche Wirkung und binden nur die Beteiligten, nicht die Gesellschaft. Syndikatswidrig abgegebene Stimmen sind wirksam und berechtigen nicht zur Anfechtung des Beschlusses, es sei denn, die Stimmbindung dient nur zur Konkretisierung einer ohnedies bestehenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Da ein Syndikatsvertrag die Gesellschaft nicht bindet, ist eine syndikatswidrige Stimmabgabe bei der Generalversammlung wirksam. Auch eine Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses wegen syndikatswidriger Stimmabgabe scheidet aus.

In jenen Fällen, in denen ein Gesellschafterbeschluss gegen einen zwischen allen abgeschlossenen („omnilateralen“) Stimmbindungsvertrag verstößt und eine stark ausgeprägte personalistische Struktur der Gesellschaft vorliegt, lässt der OGH ausnahmsweise einen Durchgriff aufgrund eines solchen Syndikatsvertrages zu. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Der Stimmbindungsvertrag ist mit Leistungsklage durchsetzbar, ein rechtskräftiges Urteil hat die Wirkung der Stimmabgabe. Eine konkret drohende Verletzung einer Stimmrechtsbindung könnte mittels Unterlassungsklage und einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden. A und C könnten daher aus dem Syndikatsvertrag gegen B klagen.

Lösung Beispiel 2 b):

1. Wie können Beschlüsse einer GmbH grundsätzlich gefasst werden? Welche Voraussetzungen hinsichtlich Anwesenheit der Gesellschafter bestehen allenfalls? (6 Punkte)

Rechtsgrundlagen: § 38 Abs 6 und 7 GmbHG, § 34 GmbHG

Sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist, ist zur Beschlussfassung eine Anwesenheit oder Vertretung (Präsenzquorum) von mindestens 10% des Stammkapitals erforderlich (§ 38 Abs 6 GmbHG). Ist diese nicht erreicht und liegt daher Beschlussunfähigkeit vor, so ist unter Hinweis auf die Beschlussunfähigkeit eine zweite Versammlung einzuberufen, die auf die Behandlung der Gegenstände der ersten Versammlung beschränkt ist. In diesem Fall besteht kein Mindestanforderung in Hinblick auf das Präsenzquorum (§ 38 Abs 7 GmbHG).

Weiters können Beschlüsse im Weg des sog. Umlaufverfahrens auf schriftlichem Weg erfolgen, sofern sich sämtliche Gesellschafter im einzelnen Fall schriftlich mit der zu treffenden Bestimmung oder zumindest mit einer solchen Abstimmung einverstanden erklären (§ 34 Abs 1 GmbHG). In diesem Fall erfolgt die für eine Beschlussfassung erforderliche Berechnung der Stimmenmehrheit nicht nach der Zahl der abgegebenen, sondern nach der Gesamtzahl der allen Gesellschaftern zustehenden Stimmen (§ 34 Abs 2 GmbHG).

2. Welche Konsequenzen könnten sich grundsätzlich aus der Nichteinzahlung der eingeforderten Stammeinlage für A und allenfalls andere Personen als A ergeben? (6 Punkte)

Rechtsgrundlagen: §§ 65, 66 GmbHG

A könnte dem Risiko einer Kaduzierung seines Stammanteils unter den Prämissen des § 65 und § 66 GmbHG unterliegen. Gemäß § 67 GmbHG haften der Gesellschaft auch die Vormänner des A, die innerhalb der letzten fünf Jahre vor Zahlungsaufforderung Gesellschafter waren, für die ausstehende Einlage samt Verzugszinsen, soweit die Einlage von A nicht zu erlangen ist. In diesem Fall erwirbt der Rechtsvorgänger des A gegen Einzahlung des aushaftenden Betrages den kaduzierten Anteil.

3. *Wann ist ein Gesellschafter einer GmbH von der Beschlussfassung grundsätzlich ausgeschlossen? Liegt ein Ausschlussgrund im vorliegenden Fall vor? (6 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 39 Abs 4 und 5 GmbHG

§ 39 Abs 4 GmbHG regelt, wann ein Stimmrechtsverbot vorliegt. Nicht stimmberechtigt ist, wer durch die Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit oder wem ein Vorteil zugewendet werden soll. Weiters unterliegen Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter – unabhängig von der Vor- oder Nachteiligkeit des Geschäftes - oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft dem Stimmrechtsverbot. Unter die Regelung fallen z.B. die Entlastungsbeschlüsse des Gesellschaftergeschäftsführers, die Beschlussfassung über eine Sonderprüfung zur Klärung allfälliger Ersatzansprüche gegen einen Gesellschaftergeschäftsführer. Bei Interessenkollisionen umfasst das Stimmrechtsverbot auch Gesellschafter, auf deren Stimmverhalten der Betroffene Einfluss nehmen kann.

Bei der Beschlussfassung über die eigene Bestellung oder Abberufung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer, Aufsichtsrat oder Liquidator besteht keine Beschränkung (§ 39 Abs 5 GmbHG).

Ebenso besteht kein Stimmrechtsverbot bei Beschlüssen über die Einforderung von Stammeinlagen, auch dann, wenn nur noch bei einem Gesellschafter ein Betrag aussteht. Der OGH argumentiert das daraus, dass es sich um einen verbandsrechtlichen Beschluss handelt, der dem § 39 Abs 4 GmbHG nicht unterliegt.

A ist daher im vorliegenden Fall auch nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen und bei der Abstimmung über die Einforderung seiner restlichen Stammeinlage stimmberechtigt und kann von B nicht überstimmt werden.

4. *Welche Konsequenzen fehlerhafter Beschlüsse kennen Sie grundsätzlich? Wie kann sich ein Gesellschafter gegen einen fehlerhaften Beschluss zur Wehr setzen? (7 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 41 GmbHG

Fehlerhafte Beschlüsse, die gemäß § 41 GmbHG gegen das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verstoßen, können mittels Klage auf Nichtigklärung (Rechtsgestaltungsklage) bekämpft werden. Die Beschlüsse sind zunächst wirksam, es besteht grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Eine erfolgreiche Anfechtung führt ex tunc zur Nichtigkeit des Beschlusses.

Anfechtbar sind Beschlüsse, die z.B. gegen das Gleichbehandlungsgebot oder die Treuepflicht verstoßen, weiters Beschlüsse, die unter Verletzung des Teilnahmerechts eines Gesellschafters zustande gekommen sind. Weiters Beschlussfassungen ohne ordnungsgemäße Ankündigung in der Tagesordnung oder Beschlüsse unter Mitstimmen eines vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafters.

Klageberechtigt sind alle Gesellschafter, die in der Generalversammlung anwesend waren und Widerspruch zu Protokoll gegeben haben, weiters Gesellschafter, die unberechtigter Weise nicht zur Generalversammlung zugelassen waren, solche, die aufgrund von Einberufungsmängeln an der Teilnahme gehindert wurden sowie bei schriftlicher Beschlussfassung jene Gesellschafter, die sich gegen die schriftliche Beschlussfassung ausgesprochen haben oder übergangen wurden (§ 41 Abs 2 GmbHG). Weiters sind auch die Geschäftsführer und der Aufsichtsrat bzw. unter der Prämisse des § 41 Abs 3 GmbHG auch jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrates und jeder einzelne Geschäftsführer klageberechtigt. Die Klage muss binnen einem Monat ab Zusendung der Kopie des Gesellschaftsbeschlusses erhoben werden und ist gegen die Gesellschaft zu richten.

Obwohl das Gesetz die absolute Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen nicht regelt, herrscht Einigkeit darüber, dass Beschlüsse, die gegen ein Strafgesetz, gegen die guten Sitten oder gegen zwingende Bestimmungen des Gläubigerschutzes, insbesondere ist hier der Verstoß gegen das Verbot

der Einlagenrückgewähr von Bedeutung, verstoßen, absolut nichtig sein sollen. Eine absolute Nichtigkeit müsste mittels Feststellungsklage durch Urteil festgestellt werden.

Lösung Beispiel 3 – 40 Punkte:

- 1) *Wie beurteilen Sie den Sponsorvertrag aus gesellschaftsrechtlicher Sicht? Welcher Tatbestand könnte erfüllt sein? Welchen Beurteilungsmaßstab legen Sie Ihrer Bewertung zugrunde? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 83 GmbHG

Mit dem Sponsorvertrag wird der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr erfüllt. Beurteilungsmaßstab ist der Fremdvergleich. Die Werbewirkung dürfte aufgrund der Umstände wohl nur sehr gering sein. Mit einem fremden Dritten wäre so ein Vertrag nicht abgeschlossen worden.

2. *Gehen Sie umfassend auf die potenziellen Rechtsfolgen des Sachverhalts ein. (15 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 83 GmbHG, § 25 Abs 3 GmbHG

Rechtsfolgen einer verbotenen Einlagenrückgewähr:

- Nichtigkeit/Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts
- Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gemäß § 83 Abs 1 GmbHG, außer bei Bezug im guten Glauben, Haftung der Gesellschafter nach Maßgabe des § 83 Abs 2 GmbHG
- Haftung des GF (§ 25 Abs 3 Z 1 GmbHG)
- Kein Rückzahlungsanspruch der Gläubiger (diese können Anspruch der Gesellschaft aber pfänden)

Verjährung in 5 Jahren gemäß § 83 Abs 5 GmbHG (bei Kenntnis des Gesellschafters von der Widerrechtlichkeit in 30 Jahren). Nach Ansicht des OGH (6 Ob 110/12p) konkurriert allerdings der Rückforderungsanspruch nach § 83 GmbHG mit der Rückforderung von verbotswidrigen Leistungen nach allgemeinem Bereicherungsrecht, welche einer 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegen.

3. *Wie beurteilen Sie die Weisung an den Geschäftsführer? Wem gegenüber haftet der Geschäftsführer? (5 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: §§ 20, 25 GmbHG, § 41 GmbHG

Der Geschäftsführer haftet nur gegenüber der Gesellschaft. Gesellschafter können dem Geschäftsführer gemäß § 20 GmbHG Weisungen erteilen. Weisungen wirken grundsätzlich haftungsbefreiend. Rechtswidrige Weisungen darf der Geschäftsführer aber nicht umsetzen. Keine haftungsbefreiende Wirkung von rechtswidrigen Weisungen (§ 25 GmbHG). Der Geschäftsführer muss eine solche rechtswidrige Weisung nach § 41 GmbHG anfechten.

4. *Wäre der Sachverhalt im Hinblick auf die Haftung des gesetzlichen Vertreters anders zu beurteilen, wenn es sich bei der Wiener Baufirma nicht um eine GmbH, sondern um eine AG handelt und der Abschluss des Sponsorvertrags auf einem Hauptversammlungsbeschluss basiert? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 84 Abs 4 und 5 AktG

Die Haftung nach § 84 AktG besteht in den Fällen von verbotener Einlagenrückgewähr bei einer AG nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber Dritten (§ 84 Abs 5 AktG). Beim Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr gemäß § 84 Abs 3 AktG ist keine grobe Sorgfaltswidrigkeit erforderlich, bereits leichte Fahrlässigkeit genügt für eine Haftungsbegründung. Ein Hauptversammlungsbeschluss wirkt grundsätzlich nur haftungsbefreiend gegenüber der Gesellschaft. Voraussetzung ist jedoch, dass die Aktionäre umfassend, vor allem in Hinblick auf die mit dem Sachverhalt verbundenen Risiken umfassend aufgeklärt wurden.

Lösung Beispiel 4 – Insolvenzrecht:

1. *Welche Insolvenzeröffnungsgründe kennen Sie? Wer ist verpflichtet bzw. berechtigt, den Insolvenzantrag zu stellen und was ist dabei in Hinblick auf die Kosten des Insolvenzverfahrens zu beachten? (8 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: §§ 66 – 72d IO

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt entweder eine Zahlungsunfähigkeit gemäß § 66 IO oder – alternativ nur bei kapitalistischen Personengesellschaften oder juristischen Personen – die Überschuldung gemäß § 67 IO voraus.

Nach § 69 Abs 3 IO trifft die Antragspflicht den Schuldner bzw. bei juristischen Personen deren organschaftliche Vertreter.

Weiters können gemäß § 70 IO auch die Gläubiger eines Schuldners einen Insolvenzantrag stellen.

Außerdem muss für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ein kostendeckendes Vermögen vorhanden sein, ist dies nicht der Fall, so kann das Verfahren dennoch eröffnet werden, wenn der Antragsteller auf Anordnung des Gerichtes einen Kostenvorschuss leistet (§ 71a IO).

Organschaftliche Vertreter einer juristischen Person, die nicht über ausreichendes Vermögen verfügt, sind gemäß § 72 a IO zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Anlaufkosten bis zu einem Betrag von Euro 4.000,-- zur ungeteilten Hand verpflichtet.

Gemäß § 72d IO ist auch ein Gesellschafter, dessen Anteil an der Gesellschaft mehr als 50% beträgt, zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet.

Hier konkret hat die Antragsverpflichtung der GF A und die Kostenerlagspflicht trifft A als GF und Y als eingetragenen 60%igen Gesellschafter.

2. *Welche Verpflichtungen treffen A im Zusammenhang mit dem Bilanzverlust des Jahres 2016? (4 Punkte)*

Rechtsgrundlage: § 36 Abs. 2 GmbHG

Gemäß § 36 Abs 2 2. Satz GmbHG muss der Geschäftsführer einer GmbH unverzüglich eine Generalversammlung einberufen, wenn sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder die Prämissen gemäß §§ 23 und 24 URG nicht erfüllt sind. Die Hälfte des Stammkapitals ist verloren, wenn bei Berücksichtigung von offenen Rücklagen und stillen Reserven (umstritten) das Eigenkapital unter die Hälfte des Stammkapitals absinkt. Eine Verletzung der Einberufungspflicht begründet eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.

A müsste daher eine Generalversammlung einberufen, die die wegen drohender Insolvenz zu treffenden Maßnahmen beschließen kann (1Ob 571/86). Solche Maßnahmen könnten u.a. die Vereinbarung einer Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen sein, das Zuführen von neuem Eigenkapital oder harte Patronatserklärungen eines wirtschaftlich potenten Gesellschafters oder Dritten. Die Gesellschafter sind jedoch nicht verpflichtet, Sanierungsmaßnahmen zu beschließen.

3. *Welche Verpflichtungen treffen A im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Entwicklung in 2017? (8 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: §§ 66 und 67 IO, § 69 Abs 2 IO

Im Jahr 2017 stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wann die Gesellschaft nicht nur buchmäßig, sondern auch insolvenzrechtlich überschuldet war. An die insolvenzrechtliche Überschuldung knüpft die Insolvenzantragspflicht gemäß § 69 Abs 2 IO an. Liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vor (§ 66 IO oder § 67 IO), so hat der Schuldner ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch binnen 60 Tagen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung den Insolvenzeröffnungsantrag zu stellen (§ 69 Abs 2 IO). Im vorliegenden Fall ist daher der Insolvenzgrund der Überschuldung nach § 67 IO im Jänner 2017 zu prüfen. Zumindest Ende Februar 2017 kann von einer Zahlungsunfähigkeit der XY Bau-GmbH ausgegangen werden. A hat daher unverzüglich, spätestens jedoch Ende März bzw. Ende April 2017 den Insolvenzantrag zu stellen.

4. *Unter welchen Voraussetzungen könnte A von der Fortführung des Unternehmens ausgehen? Was wird er in Hinblick auf den Bilanzverlust prüfen? Welche Angaben sind diesbezüglich im Jahresabschluss zu machen? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: §§ 66 und 67 IO, § 225 Abs 1 UGB

Ist die XY Bau-GmbH nur bilanziell, nicht jedoch insolvenzrechtlich überschuldet und besteht keine Zahlungsunfähigkeit, so liegt kein Insolvenzgrund vor.

Es muss zur Feststellung der insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung eine zweistufige Überschuldungsprüfung vorgenommen werden (OGH 3.12.1986, 1 Ob 655/86). Zuerst wird eine Überschuldungsbilanz zu Liquidationswerten erstellt. Stille Reserven werden aufgedeckt und stille Lasten bewertet. Dabei sind auch latente Steuern auf etwaige stille Reserven nach Abzug von etwaigen Verlusten bzw. Verlustvorträgen zu berücksichtigen. Liegt auch zu Liquidationswerten eine Überschuldung vor, ist in weiterer Folge eine Fortbestehensprognose zu erstellen. Diese enthält eine Primär- und eine Sekundärprognose. In der Primärprognose wird anhand eines Zahlungsplanes überprüft, ob die Gesellschaft für die nächsten 12 Monate zahlungsfähig ist. In der Sekundärprognose wird nachgewiesen, dass die Gesellschaft unter Einbeziehung von Sanierungsmaßnahmen in den nächsten 2-3 Jahren den Turn-around mit überwiegender Wahrscheinlichkeit schafft, d.h. dass sie ihre Zahlungsfähigkeit erhält und ihre Ertragskraft wiederherstellt.

Bei Vorliegen eines negativen Eigenkapitals hat die Gesellschaft im Anhang zu erläutern, ob auch eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechtes vorliegt.

5. *Wie wird der Insolvenzverwalter in Hinblick auf die gepfändeten LKWs und die besicherten Kredite der Bank vorgehen? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen:

Pfandrecht: §§ 447ff ABGB

Absonderungsrechte: §§ 10, 48 IO

Anfechtung: §§ 28-31 IO

Ist ein Pfand anfechtungsfest bestellt worden, sei es exekutiv oder vertraglich, so hat der Pfandgläubiger grundsätzlich ein Absonderungsrecht (§§ 10, 48 IO). Das heißt, dass der Gläubiger ein bevorzugtes Befriedigungsrecht am Pfand – entgegen der sonst bestimmenden Gläubigergleichbehandlung – hat. Das Pfand bildet eine Sondermasse, wird es vom Insolvenzverwalter verwertet, so wird der besicherte Gläubiger vorrangig befriedigt. Ist der Verwertungserlös höher als seine besicherte Forderung, fällt der Überschuss = Hyperocha in die allgemeine Insolvenzmasse. Liegt der Verwertungserlös unter der Höhe der besicherten Forderung, nimmt der Gläubiger mit jener Restforderung, die nicht befriedigt werden konnte, am allgemeinen Insolvenzverfahren teil und hat insoweit eine Insolvenzforderung.

Die Frage ist jedoch, ob es Umstände gibt, die dieses Prinzip durchbrechen können. Zu denken ist dabei insbesondere an Absonderungsrechte, die in den letzten 60 Tagen vor Insolvenzeröffnung durch Exekution neu erworben wurden (§ 12 IO) oder an die allgemeine Exekutionssperre gemäß § 10 IO, welche die Begründung eines richterlichen Pfandrechtes nach Insolvenzeröffnung untersagt.

Bei Pfandbestellungen außerhalb der 60-Tages Frist stellt sich die Frage nach einer allfälligen Anfechtbarkeit der Pfandbegründung nach den Normen des Anfechtungsrechtes im Sinne der §§ 28 ff IO. Praktisch bedeutsam ist insbesondere die Anfechtung wegen Begünstigung gemäß § 30 IO und die Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 31 IO.

Das exekutive Pfandrecht an den LKWs wurde innerhalb der 60-Tages-Frist vorgenommen, es handelt sich jedoch um die Besicherung zugunsten öffentlicher Abgaben, sodass das Pfandrecht nicht gemäß § 12 IO durch die Insolvenzeröffnung automatisch erlischt. Der Masseverwalter wird jedoch prüfen, ob das Pfandrecht unter den Voraussetzungen der §§ 28ff IO, insbesondere wegen §§ 30, 31 IO anfechtbar ist.

Hinsichtlich des vertraglich eingeräumten Pfandrechtes an der Liegenschaft zugunsten der Bank ist ebenfalls eine Anfechtung gemäß §§ 30, 31 IO zu prüfen. Das Pfandrecht wurde am 25. März 2017 eingeräumt. Laut Sachverhalt kann man von eingetretener Zahlungsunfähigkeit der XY Bau GmbH ab zumindest Ende Februar 2017 ausgehen, die Bestellung erfolgte daher nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Das Pfandrecht dient zur Besicherung eines bis dato unbesicherten Altkredits, es handelt sich um eine sog. „inkongruente Deckung“, welche unter den weiteren Voraussetzungen des § 30 Abs 1 Z 1 IO eine Anfechtung ermöglicht. Weiters wird der Insolvenzverwalter eine Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 31 Abs 1 Z 2 1.Fall IO prüfen. Hinsichtlich des neuen Kredites (Zug-um-Zug-Geschäft) ist eine Anfechtung gemäß § 31 Abs 1 Z 2 2.Fall und Z 3 IO wegen „Nachteiligkeit des Rechtsgeschäftes“ zu prüfen.

6. Welche Haftungen können sich für den Geschäftsführer A im Zusammenhang mit einer Insolvenzeröffnung ergeben? (6 Punkte)

Rechtsgrundlagen:

§ 25 GmbHG

§ 22 URG

§ 1295ff ABGB Schadenersatz

§§ 9 iVm 80 BAO GF-Ausfallhaftung Abgaben

§§ 67 Abs 10 iVm § 58 Abs 5 ASVG GF-Ausfallhaftung Beiträge

Innenhaftung: Dabei handelt es sich um die Haftung gegenüber der Gesellschaft selbst. Gemäß § 25 Abs 3 Z 2 haftet der Geschäftsführer einer GmbH insbesondere dann, wenn er nach Eintritt der Insolvenz Zahlungen leistet, die das Gesellschaftsvermögen verringern. Das Zahlungsverbot beginnt grundsätzlich mit dem Eintritt der materiellen Insolvenz und - nicht unter Umständen - erst 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.

Gemäß § 22 URG haften die Geschäftsführer einer prüfpflichtigen Gesellschaft dieser gegenüber zur ungeteilten Hand mit bis zu Euro 100.000,-- pro Person, wenn sie es entgegen den Bestimmungen des URG unterlassen haben, ein Reorganisationsverfahren einzuleiten oder den Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt haben.

Außenhaftung: Dabei handelt es sich um die Haftung wegen Insolvenzverschleppung gegenüber geschädigten Gläubigern entgegen dem sonst geltenden Trennungsprinzip. Zu unterscheiden ist eine Haftung gegenüber den Altgläubigern, bei der es zu einem Quotenschaden kommt von der Haftung gegenüber Neugläubigern für den Kontrahierungsschaden. Weiters bestehen Haftungen in den Fällen der §§ 9, 80 BAO sowie §§ 58, 67 ASVG.

7. Wie werten Sie das Darlehen des T in der Insolvenz? (4 Punkte)

Rechtsgrundlagen: §§ 5, 7, 14 EKEG, § 57a IO

Beim Darlehen des T handelt es sich um einen Kredit in der Krise der Gesellschaft. Zu prüfen ist, ob der Kredit eigenkapitalersetzend im Sinne des EKEG ist und zum einen der Rückzahlungssperre gemäß § 14 EKEG unterliegt und zum anderen eine nachrangige Insolvenzforderung gemäß § 57a IO darstellen. § 7 EKEG normiert, dass in diesem Fall der Treugeber T als erfasster Gesellschafter im Sinne des § 5 EKEG gilt und sein Darlehen damit als Eigenkapital ersetzend zu werten ist.

Lösung Beispiel 5 – 50 Punkte

1. Wer bestellt den Vorstand einer AG? Wie viele Vorstände muss eine AG haben? (5 Punkte)

Rechtsgrundlagen: § 17 Abs 5 AktG, § 75 Abs 1 AktG

Der Aufsichtsrat einer AG wird mittels Aufsichtsratsbeschluss auf höchstens fünf Jahre bestellt (§ 75 Abs 1 AktG). Gemäß § 17 Z 5 AktG muss die Anzahl der Vorstandsmitglieder in der Satzung geregelt werden.

2. Wie beurteilen Sie die Ressortverteilung im Vorstand? Welche Auswirkungen hat sie? (10 Punkte)

Rechtsgrundlagen: § 84 Abs 2 AktG

Der Aufsichtsrat kann eine Ressortverteilung innerhalb des Vorstandes vorsehen oder die Einteilung dem Vorstand selbst überlassen. Der Kernbereich der Geschäftsführung obliegt jedoch immer dem Gesamtvorstand, das betrifft insbesondere die Aufstellung des Jahresabschlusses, die Einrichtung eines adäquaten IKS, Anträge und Berichte an den Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Grundsätzlich haften alle schuldhaft handelnden Vorstandsmitglieder solidarisch (§ 84 Abs 2 AktG). Sofern eine Geschäftsverteilung besteht, trifft die primäre Verantwortung das zuständige Vorstandsmitglied, die übrigen Vorstandsmitglieder haben jedoch eine angemessene Kontrollpflicht.

3. Was verstehen Sie unter der „Business Judgement Rule“ und wo finden Sie im österreichischen Gesellschaftsrecht diesbezügliche Regelungen? Wie beurteilen Sie das Handeln des A in Hinblick auf die Kreditaufnahme unter diesen Gesichtspunkten? (10 Punkte)

Rechtsgrundlagen: § 84 Abs 1a AktG, § 25 Abs 1a GmbHG

Es handelt sich dabei um die Konkretisierung des Ermessens, in dessen Rahmen der Vorstand einer AG bzw. der Geschäftsführer einer GmbH seine unternehmerischen Entscheidungen zu treffen hat (§ 84 Abs 1 a AktG bzw. § 25 Abs 1a GmbHG).

Eine Haftung des Vorstandes kann demnach – auch bei Ausbleiben eines unternehmerischen Erfolgs - nur dann entstehen, wenn sich der Vorstand bei einer unternehmerischen Entscheidung von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Informationen nicht annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Hat er z.B. die Grenzen vernünftigen unternehmerischen Handelns deutlich überschritten oder die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt oder ist das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig zu qualifizieren, so bewegt er sich außerhalb dieser Grenzen. A kann demnach bei der Kreditvergabe haftungspflichtig werden, da er nicht unter diesen Prämissen handelt.

4. Wer schließt den Vorstandsvertrag mit dem Vorstandsmitglied ab, welche Rechtsnatur hat der Vertrag und wie soll die Entlohnung des Vorstandes aussehen? Wie beurteilen Sie diesbezüglich den Vorstandsvertrag des A? (10 Punkte)

Rechtsgrundlagen: § 75 Abs 1 AktG, § 78 AktG

Der Aufsichtsrat schließt auch den schuldrechtlichen Anstellungsvertrag mit dem Vorstand ab. § 75 Abs 1 AktG gilt nicht nur für die Bestellung, sondern auch für den Anstellungsvertrag. Der Aufsichtsrat kann für diese Agenden einen (Vergütungs-)Ausschuss einrichten. Der Anstellungsvertrag ist nach der Judikatur des OGH ein freier Dienstvertrag.

Enthält der Anstellungsvertrag keine sog. Kopplungsklausel, endet er nicht automatisch mit Beendigung der Vorstandsmitgliedschaft.

Hinsichtlich der Vorstandsvergütung hat der Aufsichtsrat gemäß § 78 AktG dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Dies gilt sinngemäß für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art.

Den Vorstandsmitgliedern kann für ihre Tätigkeit eine Beteiligung am Gewinn gewährt werden, die in einem Anteil am Jahresüberschuss zu bestehen hat. Eine reine Umsatzbeteiligung des A wird daher diese Kriterien nicht erfüllen.

5. *Wann kann eine Bestellung eines Vorstandes widerrufen werden? Wer ist dafür zuständig? Wie kann sich ein Vorstandsmitglied gegen die Abberufung zur Wehr setzen? (10 Punkte)*

Rechtsgrundlagen: § 75 Abs 4 AktG

Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstand gemäß § 75 Abs 4 AktG aus wichtigem Grund widerrufen, das Gesetz zählt demonstrativ die grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder ein Misstrauensvotum durch die Hauptversammlung auf.

Gegen die Abberufung kann sich der Vorstand mittels Rechtsgestaltungsklage zur Wehr setzen, eine erfolgreiche Klagsführung führt zur rückwirkenden Unwirksamkeit eines Abberufungsbeschlusses.

6. *Könnte A sein Vorstandsmandat auch von sich aus niederlegen? (5 Punkte)*

Eine Amtsniederlegung durch den Vorstand ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ist jedoch zumindest aus wichtigem Grund zulässig.