

Klausurarbeit

Rechtslehre

gemäß § 22 Abs. 4 WTBG 2017

31.8.2018

Angabe

KLAUSUR RECHTSLEHRE NEU 31.8.2018 (180 P)

AUFGABE 1 (40 P)

A und B sind die Komplementäre, C und D die Kommanditistinnen der A-KG. Die Gesellschafter sind Geschwister, die das ursprüngliche Einzelunternehmen ihres Vaters in Form der Kommanditgesellschaft fortführen. Unter den Gesellschaftern ist es in den letzten Monaten immer wieder zu Streitigkeiten gekommen, die sich auch auf die Entwicklung des Unternehmens negativ ausgewirkt haben. Die Gesellschafter A und B sind der Ansicht, dass die Gesellschafterin D durch ihr Verhalten diese Streitigkeiten ausgelöst hat; C ist dagegen der Meinung, dass auch A und B an dieser Entwicklung „nicht ganz unschuldig“ sind. Der Auslöser für die Streitigkeiten war, dass D in alle Geschäftsunterlagen Einsicht nehmen wollte, weil sie vermutete, dass A und B „Schwarzgeschäfte“ tätigen und dabei saftige Gewinne einstreichen. Das Einsichtsrecht wurde ihr verweigert, worauf sie bei Gericht eine Klage einbrachte. Das Verfahren ist noch anhängig und nicht entschieden. Seit dieser Klage kam es unter den Gesellschaftern zu wechselseitigen Vorwürfen.

Die Brüder A und B überlegen nun, die Schwester D aus der Gesellschaft zu „eliminieren“. Da sie die Streitigkeiten verschuldet habe, werde sie beim Ausscheiden auch „kein Geld sehen“; dies sei auch deshalb nur gerecht, weil sie ja dann auch für Schulden der KG nicht mehr haften müsse. Schwester C soll in weiterer Folge überredet werden, ihren Anteil an der KG an A und B zu übertragen.

Sie werden um die Beantwortung nachfolgender Fragen gebeten:

- a) Kann man die Kommanditistin D auch gegen ihren Willen aus der Gesellschaft „eliminieren“? Wenn ja: unter welchen Voraussetzungen? Muss die Kommanditistin C dabei in irgendeiner Weise mitwirken? (6 P)
- b) Wie beurteilen Sie die Aussage, dass einem Gesellschafter kein Geld zusteht, wenn ihm ein Verschulden am Ausscheiden trifft? (5 P)
- c) Stimmt die Behauptung, dass die Kommanditistin D nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft für Schulden der KG überhaupt nicht haftet? Beraten Sie D möglichst umfassend darüber, wie es mit ihrer Haftung aussieht und worauf sie beim Ausscheiden unbedingt achten soll! (15 P)
- d) Kann C, die nach dem Ausscheiden von D die einzige Kommanditistin wäre, ihren Kommanditanteil überhaupt an die Mitgesellschafter übertragen? Unter welchen Voraussetzungen ist bei Personengesellschaften überhaupt die Übertragung von Anteilen möglich? (6 P)
- e) Hat ein Kommanditist ein Einsichtsrecht in alle Geschäftsunterlagen? Darf zur Einsichtnahme auch ein Steuerberater beigezogen werden? (8 P)

AUFGABE 2 (40 Punkte)

X ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der X-GmbH. Da er kinderlos ist, überlegt er schon längere Zeit, wie er seine Nachfolge in der Gesellschaft regeln könnte. Er möchte seinen langjährigen Mitarbeiter Y in mehreren Schritten die Anteile an der GmbH übertragen und sich aus der Geschäftsführung zurückziehen. Nach längeren Gesprächen wird zwischen X und Y folgende schriftliche Vereinbarung getroffen:

1. X legt die Geschäftsführung zurück und bestellt Y zum neuen alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer. Y ist verpflichtet, bei allen Rechtsgeschäften, die den Betrag von € 10.000 überschreiten, die schriftliche Zustimmung von X einzuholen und jegliche Weisung des X zu befolgen. Gleichzeitig überträgt X 10 % seines Geschäftsanteils an Y.
2. Um den Lebensunterhalt zu finanzieren, soll X einen Gewinnvorab in Höhe von € 48.000 excl. KESt erhalten, aufgeteilt auf 12 Monatsraten a € 4.000,--. Dieser Gewinnvorab soll eine garantierte Mindestzahlung an X sein. Sollte der tatsächliche Gewinn höher sein, wird der Rest im Verhältnis der Beteiligung auf X und Y verteilt.
3. Alternativ zu b) wurde ursprünglich überlegt, dass X „pro forma“ Geschäftsführer bleiben und ein monatliches Geschäftsführergalt von € 6.000 brutto erhalten soll.
4. X verpflichtet sich in dieser schriftlichen Vereinbarung weiters, dass er Y in den nächsten Jahren jährlich weitere 10% des Anteils gegen einen Kaufpreis von jeweils € 30.000 übertragen wird
5. Vereinbart wird weiters, dass Y den Kaufpreis für diese Anteile durch einen Kredit bei der Hausbank der X-GmbH finanzieren soll; dies Kredit soll die X-GmbH durch ein Pfandrecht an einer ihr gehörenden Liegenschaft besichert.

Beantworten Sie bitte folgende Fragen:

- a) Welche Formalismen hat ein Geschäftsführer generell zu beachten, damit er wirksam seine Geschäftsführung zurücklegt? (4P)
- b) Welche rechtlichen Konsequenzen bestünden, falls Y ein Rechtsgeschäft über € 10.000 abschließen würde, ohne die Zustimmung von X einzuholen? (2 P)
- c) Wer ist generell berechtigt, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen? Muss er Weisungen befolgen? (4 P)
- d) Wie beurteilen Sie die „Gewinnvorab-Vereinbarung“? (6 P)
- e) Welche Probleme hätte X, würde die ursprünglich angedachte Alternativvariante (bleibt pro forma Geschäftsführer) umgesetzt werden? Welche Rechtsfolgen hätte die Umsetzung? (10 P)
- f) Wie beurteilen Sie die Verpflichtung des X, in den nächsten Jahren weitere Teile des Geschäftsanteils abzutreten? (6 P) Ist es überhaupt zulässig, dass Teile eines Geschäftsanteils abgetreten werden? (2 P)
- g) Wie ist die Finanzierung des Abtretungspreises zu beurteilen? (6 P)

AUFGABE 3 (50 Punkte)

Ein Unternehmer macht sich wegen einer kürzlich diagnostizierten ernsthaften Erkrankung Gedanken über die Zukunft und vor allem das Schicksal seines Unternehmens. Er bespricht mit seiner Steuerberaterin/seinem Steuerberater allfällige Konsequenzen, sollte seine Krankheit nicht geheilt werden können. Seine familiären Verhältnisse stellen sich wie folgt dar:

Er ist seit 2010 geschieden; aus erster Ehe stammt ein mittlerweile volljähriger Sohn, zu dem er jedoch seit Jahren keinen Kontakt hat. Seit 5 Jahren besteht eine aufrechte Lebensgemeinschaft. Seine Eltern und Großeltern sind bereits verstorben; eine Schwester lebt noch. Sein protokolliertes Einzelunternehmen betreibt er bereits seit 30 Jahren. Einen Nachfolger gibt es nicht; allenfalls könnte ein langjähriger Mitarbeiter, dem er auch Prokura erteilt hat, das Unternehmen übernehmen. Er ersucht um die Beantwortung folgender Fragen:

- a) Was „passiert mit dem Unternehmen“ im Fall des Todes? Wer führt das Unternehmen unmittelbar nach dem Tod weiter oder wird es etwa „automatisch geschlossen“? (7 P)
- b) Wer haftet für die „Schulden des Unternehmens“ wie etwa Betriebsmittelkredite, ausstehende Zahlungen bei Lieferanten usw? (7 P)
- c) Welche Auswirkungen hätte sein Tod auf die erteilte Prokura und den Dienstvertrag seines Mitarbeiters? (2 P)
- d) Während aufrechter Ehe hat er ein Testament errichtet, in dem er seine Ex-Gattin als Alleinerbin eingesetzt hat. Dieses Testament hat er seinerzeit der Ex-Gattin übergeben. Wie kann er dieses Testament „vernichten“? Hat seine Ex-Gattin im Fall seines Todes irgendwelche Ansprüche? (4 P)
- e) Würde seine Schwester im Todesfall „etwas erben“? (2 P)
- f) Sein Sohn soll „nach Möglichkeit nichts erhalten, vor allem nicht das Unternehmen“. Mit ihm habe es „nur Probleme gegeben“ und dies, obwohl er ihm gegenüber sehr großzügig gewesen und ihm etwa zu Studienbeginn ein neues Auto geschenkt habe. Sein Studium hat er abgebrochen; während der Studienzeit sei „er in das Drogenmilieu abgerutscht“. Auf diese Probleme habe er ihn seinerzeit angesprochen. Die Aussprache endete mit „Handgreiflichkeiten“; an sein „leicht blaues Auge“ könne er sich noch gut erinnern. Seit diesem Vorfall hat er jeglichen Kontakt zu seinem Sohn abgebrochen und sei rückblickend betrachtet sogar „froh darüber“. Sein Sohn habe sich in all den Jahren auch nie um einen Kontakt bemüht; es herrsche seit den Handgreiflichkeiten „einfach Funkstille“. Dieses massiv gestörte Verhältnis zu seinem Sohn war auch der Hauptgrund dafür, dass er damals ein Testament errichtet hat und seine Ex-Gattin als Alleinerbin bestimmt hat. Was würde sein Sohn „bekommen, wenn ich morgen nicht mehr aufwache“? Besteht Handlungsbedarf? Was werden Sie dem Klienten raten? (18 P)
- g) Kann auch die nunmehrige Lebensgefährtin Erbin sein? (4 P)
- h) Eine weitere Alternative, die vom Unternehmer angedacht wird, ist die Gründung einer Privatstiftung. In diese Privatstiftung soll das Unternehmen und das gesamte Liegenschaftsvermögen eingebracht werden. Begünstigte soll die Lebensgefährtin sein, die außerdem – sofern möglich – im Testament als Alleinerbin eingesetzt werden soll. Können durch diese Maßnahme allfällige erbrechtliche Ansprüche des Sohnes eingeschränkt werden? (10 P)

AUFGABE 4 (50 P)

Die G-GmbH weist im Jahresabschluss 2017 ein negatives Eigenkapital in Höhe von knapp € 200.000 auf. Bekanntlich ist im Anhang zu erörtern, ob eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vorliegt.

- a) Wann liegt eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vor? Erklären Sie insbesondere, wie ermittelt wird, ob eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt! (10 P)

Beurteilen Sie, ob nachfolgende Anhangserörterungen geeignet sind, eine entsprechende Erklärung zu liefern und begründen Sie auch Ihre Meinung:

- b) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, weil der Gesellschafter G der Gesellschaft einen Kredit in Höhe von € 200.000 gewährt hat, dieser Kredit aber Eigenkapital ersetzend sei. (10 P)
- c) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, weil sich der Gesellschafter G für einen Kredit der Gesellschaft bei der Bank in Höhe von € 500.000 verbürgt hat. (10 P)

- d) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, weil der Gesellschafter G eine Patronatserklärung abgegeben hat. (10 P)
- e) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, da die Gesellschaft stets in der Lage war und ist, ihre Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. (10 P)

Klausurarbeit

Rechtslehre

gemäß § 22 Abs. 4 WTBG 2017

31. August 2018

Lösung

Beurteilung der Klausurarbeit
Rechtslehre
gemäß § 22 Abs. 4 WTBG 2017
31. August 2018

Codezahl:

Punkte	möglich:	erreicht:
Beispiel 1	40	
Beispiel 2	40	
Beispiel 3	50	
Beispiel 4	50	
Gesamtpunkte	180	

Notenvorschlag:	von	bis
nicht bestanden	0	107
Bestanden	108	180

Gesamtbeurteilung:

Datum:

Unterschrift:.....

Name in Blockschrift:

LÖSUNGEN KLAUSUR NEU:

AUFGABE 1:

- a) Gesellschafter einer KG können bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 140 UGB aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Mangels Regelung im Gesellschaftsvertrag bedarf es dazu einer Klage aller übrigen Gesellschafter. Weigert sich die Schwester C bei dieser Klage mitzuwirken, muss sie auf Mitwirkung geklagt werden. Der Ausschluss ist nur möglich, wenn es kein gelinderes Mittel gibt, den Missstand zu beseitigen. Zu prüfen ist insbesondere, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Die Tatsache, dass die Kommanditistin ihr außerordentliches Kontrollrecht gemäß § 166 Abs 3 UGB eingeklagt hat, wird nicht als wichtiger Grund zu werten sein, da sie nur von einem Recht Gebrauch gemacht hat, das ihr gesetzlich zusteht.
- b) Dem Gesellschafter steht grundsätzlich beim Ausscheiden aus der Gesellschaft gemäß § 137 Abs 2 UGB ein Abfindungsanspruch zu und zwar unabhängig davon, ob ihn an seinem Ausscheiden ein Verschulden trifft oder nicht. Dem Gesellschafter ist das in Geld auszuzahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhielte, würde die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst werden. Das Gesetz geht also vom Liquidationswert aus. Vorrangig wäre allerdings zu prüfen, ob im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, wie der Abfindungsbetrag zu berechnen ist. Ein Ausscheiden ohne Abfindung wäre nach Ansicht des OGH nur bei einer gemeinnützigen Gesellschaft möglich.
- c) Hat die Kommanditistin D eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet, so haftet sie den Gesellschaftsgläubigern überhaupt nicht mehr (§ 171 Abs 1 UGB). Die Haftung lebt allerdings bei einer Einlagenrückgewähr wieder auf (§ 172 Abs 3 UGB). Als Einlagenrückgewähr gilt auch die Abfindung der ausscheidenden Kommanditistin aus dem Gesellschaftsvermögen. D müsste also zunächst darauf achten, dass der Abfindungsbetrag nicht aus dem Gesellschaftsvermögen, sondern aus dem Privatvermögen der Mitgesellschafter geleistet wird. Überdies würde D haften, wenn sie in der Vergangenheit Gewinne entnommen hätte, ohne Verluste der Vorjahre auszugleichen (§ 172 Abs 3 UGB) oder sonst Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen getätigt hätte, die nicht als Gewinnausschüttung zu qualifizieren sind. Dies würde ebenfalls zu einem Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten für Schulden der KG führen. In diesen Fällen der Haftung ist für die Kommanditistin auch § 160 UGB von Bedeutung. Demnach haftet der ausscheidende Gesellschafter für alle bis zum Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten, soweit sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden. Ansprüche daraus verjähren in drei Jahren. Die Fünfjahresfrist beginnt erst mit der Eintragung des Ausscheidens im Firmenbuch zu laufen. Die Kommanditistin D müsste also auch noch darauf achten, dass sie möglichst rasch im Firmenbuch gelöscht wird. Da die Anmeldung von allen Gesellschaftern vorzunehmen ist (§ 107 UGB), müsste die Kommanditistin ihre Mitgesellschafter notfalls auf Mitwirkung an der Firmenbucheintragung klagen. Ansonsten würde die Kommanditistin aufgrund der negativen Publizität des § 15 Abs 1 UGB selbst für Verbindlichkeiten haften, die erst nach ihrem Ausscheiden begründet wurden. Gläubiger der Gesellschaft der KG, die ihre Leistung schon zu einem Zeitpunkt erbracht haben, zu dem D noch Kommanditistin war, sind vom Ausscheiden zu verständigen und haben aus wichtigem Grund ein Recht auf Sicherstellung (§ 160 Abs 3 UGB).
- d) Bei Personengesellschaften ist eine freie Übertragung der Gesellschaftsanteile nicht möglich, es sei denn, dass alle Gesellschafter zustimmen oder die Übertragung im Gesellschaftsvertrag gestattet wurde. Im Anlassfall könnte auch die einzige Kommanditistin ih-

ren Kommanditanteil an die beiden Komplementäre übertragen. Die KG würde sich in eine OG wandeln. Die Gesellschaft würde lediglich ihr Rechtskleid ändern, ohne dass es in diesem Zusammenhang zu einer Vermögensübertragung an eine andere Gesellschaft kommen würde.

- e) Im Gegensatz zum Komplementär hat ein Kommanditist kein jederzeitiges Kontroll- und Informationsrecht. Er kann lediglich einmal im Jahr Zusammenhang mit der Feststellung des Jahresabschlusses in alle Unterlagen Einsicht nehmen. Nach § 166 Abs 3 UGB hat er allerdings ein außerordentliches Kontrollrecht. Wenn wichtige Gründe vorliegen, kann das Gericht unter anderem auch die Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen anordnen. Im Anlassfall vermutet Kommanditistin D Schwarzgeschäfte der beiden Komplementäre. Dies wäre ein wichtiger Grund zur Ausübung des außerordentlichen Kontrollrechts. Dem Gesellschafter steht es frei, auch Rechtsberater und somit auch einen Steuerberater beizuziehen. Für die Kosten der Rechtsberatung muss der Gesellschafter selbst aufkommen.

AUFGABE 2:

(Angelehnt an OGH 6 Ob 84/17x)

- a) Nach § 16a Abs 2 GmbHG ist der Rücktritt generell gegenüber der Generalversammlung oder gegenüber allen Gesellschaftern zu erklären. Bei einer Einmann-GmbH wie im Anlassfall ist diese Bestimmung jedoch ohne Bedeutung. Nach hL wäre allerdings eine Urkunde gem. § 18 Abs 5 GmbHG zu errichten. Nach § 16a Abs 1 GmbHG ist der Rücktritt ohne wichtigen Grund erst nach Ablauf von 14 Tagen wirksam. Da hier kein wichtiger Grund vorliegt, wird der Rücktritt von X erst nach dieser Frist wirksam. Der Rücktritt ist zum Firmenbuch anzumelden.
- b) Das Rechtsgeschäft wäre wirksam, weil die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers nach außen unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Im Innenverhältnis hätte Y gegen eine Pflicht verstoßen und wäre allenfalls der Gesellschaft schadenersatzpflichtig.
- c) Weisungen kann nur die Generalversammlung erteilen. Der Aufsichtsrat kann ebenfalls verbindliche Anordnungen erteilen, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder durch Beschluss der Gesellschafter eine derartige Weisungsbefugnis eingeräumt wurde (§ 20 Abs 1 GmbHG in Verbindung mit § 30I Abs 4 GmbHG). Weisungen haben die Geschäftsführer grundsätzlich zu befolgen, es sei denn dass die Weisung rechtswidrig ist. An nichtige Weisungsbeschlüsse (etwa wegen Verstoß gegen § 82 GmbHG oder Weise ein strafbares Verhalten darstellen) sind die Geschäftsführer nicht gebunden. Mangelfreie Weisungsbeschlüsse sind dagegen zu beachten und sind grundsätzlich haftungsbefreiend.
- d) Der Gewinnvorab ist unzulässig und ein Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz (Einlagenrückgewähr). Der Gesellschafter hat nur Anspruch auf den Bilanzgewinn auf Basis eines festgestellten Jahresabschlusses und eines Gewinnverteilungsbeschlusses. Eine garantierte Mindestzahlung ist wie ein fixe Verzinsung der Einlage und daher ein Verstoß gegen § 82 GmbHG.
- e) Auch diese Variante wäre unzulässig. Eine bloß de facto-Geschäftsführerstellung mit einem Entgeltsanspruch aus einem Anstellungsverhältnis ohne faktische Tätigkeit ist ein Scheingeschäft. Der Gesellschafter X erhält eine Leistung ohne entsprechende Gegenleistung; es liegt daher auch in diesem Fall eine unzulässige Einlagenrückgewähr vor. Dieses

Scheingeschäft würde einem Drittvergleich nicht standhalten. Das Rechtsgeschäft wäre nichtig im Sinne des § acht 79 ABGB; die Gesellschaft hätte einen Erstattungsanspruch, der in 30 Jahren verjährt. Problematisch ist auch die Profi-Formelgeschäftsführerstellung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht. Ein Geschäftsführer, der bestellt und zum Firmenbuch angemeldet wurde, hat die ihm kraft Gesetz zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. X würde also als pro forma Geschäftsführer etwa auch für die termingerechte Erstellung des Jahresabschlusses und der Einreichung zum Firmenbuch verantwortlich sein wie etwa auch für die rechtzeitige Insolvenzantragstellung. X könnte sich nicht darauf berufen, dass er bloß pro forma zum Geschäftsführer bestellt wurde.

- f) Nach § 79 Abs 1 GmbHG ist die Teilung eines Geschäftsanteiles nur dann zulässig, wenn es im Gesellschaftsvertrag gestattet ist. Eine Ausnahme besteht lediglich für den Fall der Vererbung eines Geschäftsanteiles. Die Verpflichtung des X, zukünftig Teile seines Geschäftsanteiles an Y zu übertragen, bedarf gemäß § 76 Abs 2 GmbHG der Form eines Notariatsaktes. Da X und Y lediglich eine schriftliche Vereinbarung ohne Notariatsaktes Form abgeschlossen haben, ist diese Verpflichtung unwirksam. X könnte also nicht gezwungen werden, Teile seines Geschäftsanteiles an Y abzutreten.
- g) Besichert die Gesellschaft einen Kredit für den Gesellschafter, so muss auch diese Besicherung einem Drittvergleich standhalten. Zu prüfen wäre daher, ob und unter welchen Konditionen die Gesellschaft bereit wäre, für den Kredit eines Gesellschaftsfremden eine Sicherheit zu leisten. Hier erfolgt die Besicherung offensichtlich ohne jedwede Gegenleistung seitens des Gesellschafters. Es liegt daher eine unzulässige Einlagenrückgewähr mit Nichtigkeitsfolge vor.

AUFGABE 3:

- a) Das Unternehmen wird Teil der Verlassenschaft (§ 531 ABGB). Mit dem Tod setzt die Verlassenschaft als juristische Person die Rechtsposition des Verstorbenen fort (§ 546 ABGB). Das Unternehmen wird nicht automatisch geschlossen, sondern weitergeführt. Der Erbe, der sein Erbrecht nachweisen kann, hat das Recht, das Verlassenschaftsvermögen zu benutzen, zu verwalten und die Verlassenschaft zu vertreten (§ 810 Abs 1 ABGB). Maßnahmen, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, bedürfen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts (§ 810 Abs 2 ABGB). Nach Abgabe der Erbantrittserklärung wird der Erbe mit der Einantwortung Gesamtrechtsnachfolger (§ 547 ABGB), sodass auch das Unternehmen auf ihn übergeht.
- b) Nach § 40 UGB haftet der Erbe für alle unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten ungeachtet seiner Erbantrittserklärung unbeschränkt, wenn der Erbe ein zu einer Verlassenschaft gehörendes Unternehmen fortführt. Keine Haftung bei Einstellung des Unternehmens spätestens 3 Monate nach Einantwortung oder Ausschluss der Haftung in sinngemäßer Anwendung des § 38 Abs 4 UGB.
- c) Nach § 52 Abs 3 UGB erlischt die Prokura nicht durch den Tod des Unternehmers. Auch das Anstellungsverhältnis (Dienstvertrag) bleibt durch den Tod unberührt.
- d) Mit Auflösung der Ehe werden nach § 725 Abs 1 ABGB letztwillige Verfügungen (zB Testament), soweit sie den früheren Ehegatten betreffen, aufgehoben, es sei denn, dass der Verstorbene ausdrücklich das Gegenteil anordnet. Nach § 746 ABGB führt die Auflösung der Ehe auch zum Verlust des gesetzlichen Erbrechts sowie des gesetzlichen Vorausver-

mächtnisses. Außerdem wird ein früheres Testament durch ein späteres aufgehoben (§ 713 ABGB).

- e) Die Schwester gehört der zweiten Linie an (§ 735 ABGB). Sie wäre nur dann gesetzliche Erbin, wenn keine Kinder vorhanden sind. Im Anlassfall hat der Verstorbene ein Kind; daher würde die Schwester nichts erben.
- f) Ohne letztwillige Verfügung (siehe d) wäre sein Sohn der alleinige gesetzliche Erbe; ihm würde die gesamte Verlassenschaft inklusive Unternehmen zufallen (§ 732 ABGB). Diese Rechtsfolge könnte lediglich durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§§ 552 ff ABGB) ausgeschlossen werden. Sein Sohn ist aber pflichtteilsberechtigt (§ 757 ABGB) und würde auch bei Vorliegen einer letztwilligen Verfügung die Hälfte dessen erhalten, was ihm als gesetzlicher Erbe zustünde (§ 759 ABGB). Das Unternehmen würde er auch als Pflichtteilberechtigter nicht erhalten, weil der Pflichtteilsanspruch in Geld zu leisten ist (§ 761 ABGB). Der Pflichtteilsanspruch steht unter anderem dann nicht zu, wenn der Pflichtteilsberechtigte enterbt wurde. Die Enterbungsgründe sind im § 770 ABGB angeführt. Zu prüfen ist, ob die Handgreiflichkeiten den Enterbungsgrund des § 770 Z 1 ABGB erfüllen. Ein „blaues Auge“ wird nur als (leichte) Körperverletzung (iSd § 83 StGB) zu werten sein und ist daher keine strafbare Handlung, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Auch § 770 Z 5 ABGB wird nicht erfüllt sein, weil dem Sohn aufgrund der Sachverhaltsschilderung nicht vorgeworfen werden kann, dass er seine familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Erblasser gröblich vernachlässigt hat. Es liegt daher kein Enterbungsgrund vor. Allerdings könnte im Rahmen eines Testaments etwa verfügt werden, dass gemäß § 776 ABGB der Pflichtteil auf die Hälfte gemindert wird, weil Vater und Sohn über einen längeren Zeitraum nicht in einem Naheverhältnis standen, wie es zwischen solchen Familienangehörigen gewöhnlich besteht. Da der Sohn nie Kontakt aufgenommen hat, wird man dem Vater auch nicht vorwerfen können, er habe den Kontakt grundlos gemieden (§ 776 Abs 2 ABGB). Durch eine entsprechende letztwillige Verfügung könnte also der Pflichtteilsanspruch des Sohnes auf ein Viertel des Wertes des Nachlasses reduziert werden. Das geschenkte Auto wäre gemäß § 781 ABGB als Schenkung unter Lebenden auf den Geldpflichtteil des Sohns anzurechnen. Es besteht dringender Handlungsbedarf, weil ohne letztwillige Verfügung der Sohn Alleinerbe wäre, was aber dem Willen des Klienten widerspricht.
- g) Ohne Testament hat die Lebensgefährtin nur ein subsidiäres Erbrecht und würde im Anlassfall nichts erhalten. Nach § 748 ABGB fällt die Erbschaft dem Lebensgefährten zu, sofern kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist. Die Lebensgefährtin kann aber im Testament als Erbin eingesetzt werden.
- h) Die Lebensgefährtin ist keine pflichtteilsberechtigte Person. Daher kommt § 781 ABGB nicht zur Anwendung; eine wertmäßige Hinzurechnung der Begünstigtenstellung gemäß § 781 Abs 2 Z 5 ABGB scheidet daher aus. Beachtlich ist lediglich die Hinzurechnung der Schenkung an die Privatstiftung, die ebenfalls keine pflichtteilsberechtigte Person ist. Sollte der Unternehmer innerhalb von zwei Jahren nach der Zuwendung an die Privatstiftung sterben, könnte auf Verlangen des pflichtteilsberechtigten Sohnes diese Schenkung an die Privatstiftung gemäß § 782 ABGB bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruches hinzugerechnet werden.

AUFGABE 4

- a) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vor, wenn die Gesellschaft rechnerisch überschuldet ist und keine positive Fortbestehensprognose gegeben ist. Die rechnerische Überschuldung ist anhand einer Überschuldungsbilanz zu ermitteln; unter Zugrundelegung von Liquidationswerten wird geprüft, ob das vorhandene Vermögen zur Deckung der Schulden ausreicht. Nach dem Leitfaden Fortbestehensprognose 2.0 sind eine Primärprognose und eine Sekundärprognose zu erstellen. Im Rahmen der Primärprognose ist die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit für die nächsten zwölf Monate anhand eines Finanzplans glaubhaft nachzuweisen. Im Rahmen der Sekundärprognose muss dargelegt werden können, dass durch die geplanten Maßnahmen ein Turnaround erwartet werden kann. Der Zeitraum beträgt grundsätzlich 2-3 Jahre.
- b) Ist ein Kredit Eigenkapital ersetzend, so besteht außerhalb der Insolvenz nur eine Rückzahlungssperre. In der Insolvenz begründet der Kredit eine nachrangige Forderung nach § 57a IO. Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, müsste der Kredit in der Überschuldungsbilanz trotzdem als Verbindlichkeit angesetzt werden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Gesellschafter eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung im Sinne des § 67 Abs 3 IO abgibt. Eine rechnerische Überschuldung kann daher durch einen eigenkapitalersetzenden Kredit nicht beseitigt werden. Aufgrund der Rückzahlungssperre hätte der Kredit allenfalls positive Auswirkungen auf die Primärprognose, weil keine Rückzahlungsverpflichtung besteht.
- c) Auch diese Erklärung ist nicht geeignet zu begründen, warum keine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung vorliegt. Wird nämlich der besichernde Gesellschafter von der Bank in Anspruch genommen, so geht die Forderung der Bank gegenüber der Gesellschaft im Wege der Legalzession nach § 1358 ABGB auf den Bürgen über. Aus Sicht der Gesellschaft käme es nur zu einem Gläubigerwechsel. Daher wäre der Kredit sowohl im Rahmen der Prüfung der rechnerischen Überschuldung als auch als Zahlungsverpflichtung im Rahmen der Erstellung der Primärprognose entsprechend zu berücksichtigen.
- d) Auch eine Patronatserklärung kann isoliert betrachtet nicht begründen, weshalb keine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt. Es müsste einerseits überprüft werden, ob der Gesellschafter als Patron wirtschaftlich überhaupt in der Lage wäre, seine Verpflichtungen aus der Patronatserklärung zu erfüllen. Andererseits müsste die Patronatserklärung inhaltlich dahingehend geprüft werden, ob es sich um eine weiche oder harte Patronatserklärung handelt. Nur bei einer harten Patronatserklärung entstünde für den Gesellschafter auch eine Leistungspflicht.
- e) Die Tatsache, dass die Gesellschaft in der Vergangenheit und in der Zukunft in der Lage sein wird, ihre Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen bedeutet nur, dass sie zahlungsfähig ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet aber nicht, dass die Gesellschaft auch ein entsprechendes Schuldendeckungspotenzial hat. Die Zahlungsfähigkeit hat zwar Bedeutung im Rahmen der Primärprognose; die Zahlungsfähigkeit kann aber isoliert betrachtet nicht begründen, ob aus Sicht der Gesellschaft eine positive Fortbestehensprognose besteht.