

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Susanne Kalss

Laesio enormis und Aufgriffspreis im Gesellschaftsvertrag

Eveline Artmann

Zur Haftung des Abschlussprüfers, insbesondere zur Verjährung

Christoph Wiesmayr

Die „Risikogeneignetheit“ von Wertpapieren

Vedran Obradović

Anteilsübertragung bei nicht verhältnismäßiger Abspaltung

Der praktische Fall

Pflichtteilsansprüche und Anrechnung von Vorschenkungen

Aus dem Firmenbuchalltag

Festsetzung des Agios als Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften,
zum Vereins- und Privatstiftungsrecht

Unternehmensrecht aktuell

Entwicklungen in der EU

*

Versagung von Insolvenzentgelt an einen GmbH-Gesellschafter, der seinen Anteil an eine Privatstiftung übertragen hatte

§ 1 Abs 6 Z 2 IESG

Art 12 der Richtlinie 2008/94/EG

Überträgt ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil freiwillig an eine Privatstiftung, deren einziger Zweck in seiner Versorgung liegt, und behält er sich das Recht vor, Beiratsmitglieder zu bestellen und abzurufen, so verliert er dadurch den beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft nicht. Mag er sich auch im Außenverhältnis seiner Gesellschafterstellung begeben haben, so besteht im Innenverhältnis aufgrund der Versorgungsberechtigung aus dem Geschäftsanteil und dessen Erträgen eine aufrechte Bindung, die noch dadurch verstärkt wird, dass der (ehemalige) Gesellschafter – etwa durch den von ihm abhängigen Beirat – mittelbar auf die Geschäftsführung der Stiftung Einfluss nehmen kann.

OGH 29.4.2013, 8 Obs 2/13x (OLG Linz 11 Rs 106/12f; LG Steyr 9 Cgs 277/11p) (im gleichen Sinn entschieden OGH 29.4.2013, 8 Obs 3/13v)

Der Kläger war vom 16.12.2010 bis zum 5.8.2011 bei der späteren Schuldnerin, über deren Vermögen am 16.9.2011 der Konkurs eröffnet wurde, als Angestellter beschäftigt. Verfahrensgegenstand ist sein Anspruch auf Insolvenz-Entgelt für die Monate Juli und August 2011 samt anteiligen Sonderzahlungen, Zinsen und Anmeldegebühren.

Die Schuldnerin, eine GmbH, wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 30.6.1997 gegründet, Gesellschafter waren zunächst der Kläger, Ing. D. und K. G. sowie T. S., von denen jeder 25 % des Stammkapitals hielt. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist für die Beschlussfassung in zahlreichen Angelegenheiten Einstimmigkeit erforderlich, darunter für Erwerb, Veräußerung und Pachtung von Anlagevermögen im Wert von über 15.000 Euro im Einzelnen oder über 36.500 Euro pro Jahr, für die Aufnahme von Darlehen und Krediten, die Übernahme von Bürgschaften und das Eingehen sonstiger Belastungen, für den Abschluss von Rahmengeschäften, für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Prokuristen und Handelsbevollmächtigten, die Anstellung von Bediensteten mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von mehr als 3.000 Euro, sämtliche Angelegenheiten von grundsätzlicher oder über den laufenden Geschäftsbetrieb hinausgehender Bedeutung.

Alle vier damaligen Gesellschafter errichteten Privatstiftungen, an die sie im Jahre 2003 ihre GmbH-Geschäftsanteile übertrugen. Der Kläger brachte seinen Anteil in die „S. P. Privatstiftung“ ein. Die Beiräte der Stiftung setzen sich aus den Stiftern der anderen Privatstiftungen, die wiederum die weiteren Gesellschafter der GmbH sind, zusammen (ebenso 8 Obs 3/13v). Der Stiftungsvorstand aller dieser Stiftungen besteht jeweils aus denselben drei Personen und bedarf im Innenverhältnis zu nachstehenden Geschäften der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Beirats:

„a) Erwerb und Veräußerung von Unternehmen, Beteiligungen (§ 228 HGB) und Liegenschaften;

b) Gewährung von Darlehen oder Krediten;

c) Übernahme, Pachtung, Verpachtung, Stilllegung oder Liquidation von Unternehmen, Betrieben oder Teilbetrieben;

d) Verpachtung oder Pachtung von Liegenschaften;

e) Abschluss und Auflösung von Gewinn- und Verlustübernahmeverträgen;

f) Erteilung von Handlungsvollmachten, Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;

g) Ausübung der Gesellschafterrechte in Beteiligungsgesellschaften. Einschließlich der Ausübung des Weisungsrechtes gegenüber den Geschäfts-

führern der Beteiligungsgesellschaften in solchen Angelegenheiten, welche der Genehmigung durch die Gesellschafter vorbehalten sind ...“

Begünstigter auf Lebenszeit und Letztbegünstigter der Stiftung ist nach § 3 der Stiftungszusatzurkunde der Kläger; ihm obliegt auch die Wahl allfälliger weiterer Begünstigter.

Als Zweck der Privatstiftung normiert § 3 der Stiftungsurkunde „die Versorgung des Begünstigten S. P. und der gemeinsamen Nachkommen dieses Begünstigten und der Stifterin H. L. durch eine einheitliche Erhaltung, Vermehrung und Sicherung des der Stiftung gewidmeten Vermögens ... Der Stiftungszweck wird durch die Verwendung der aus der Veranlagung des Stiftungsvermögens erzielten Erträge erreicht ...“

Nach § 14 Abs 2 der Stiftungsurkunde ist zu seinen Lebzeiten ausschließlich der Stifter (Kläger) berechtigt, die Stiftungserklärung jederzeit uneingeschränkt in allen Belangen zu ändern. Er hat nach § 17 der Stiftungsurkunde auf Lebenszeit das Recht, die Beiratsmitglieder zu bestellen und abzurufen bzw Vorschläge dafür zu erstellen.

Die Mitsifterin H. L. hat in § 14 der Stiftungszusatzurkunde auf die Ausübung ihrer Stifterrechte zugunsten des Klägers, vorbehaltlich entgegenstehender zwingender gesetzlicher Bestimmungen, verzichtet.

Im Jahr 2006 wurde eine Kapitalerhöhung der späteren Schuldnerin beschlossen und ein fünfter Gesellschafter mit einem Anteil von (zuletzt) 3 % des Stammkapitals aufgenommen. Am 18.8.2006 schlossen alle Gesellschafter eine Syndikatsvereinbarung, in der sie sich in jenen Angelegenheiten, die nach dem Gesellschaftsvertrag Einstimmigkeit erfordern, zur gleichgerichteten Stimmrechtsausübung in der Generalversammlung verpflichteten, sobald eine Mehrheit von zwei Dritteln des Stammkapitals erreicht wurde.

- ▶ Das Erstgericht wies das Klagebegehren auf Gewährung von Insolvenz-Entgelt zur Gänze ab.
- ▶ Das Berufungsgericht änderte das Urteil im klagsstattgebenden Sinn ab.
- ▶ Der OGH stellte das abweisende Urteil des Erstgerichts wieder her.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

I. Der hier maßgebliche Ausschlussbestand des § 1 Abs 6 Z 2 IESG lautet wie folgt:

„Keinen Anspruch auf Insolvenz-Entgelt haben:

...

2. Gesellschafter, denen ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft zusteht, auch wenn dieser Einfluss ausschließlich oder teilweise auf der treuhändigen Verfügung von Geschäftsanteilen Dritter beruht oder durch treuhändige Weitergabe von Geschäftsanteilen ausgeübt wird;

...“

II. Nach stRspr ist der Tatbestand des beherrschenden Einflusses iS dieser Bestimmung nicht nur dann erfüllt, wenn der Gesellschafter kraft seines Beteiligungsverhältnisses als Mehrheitsgesellschafter die Beschlussfassung in der Generalversammlung im Wesentlichen allein bestimmen kann, sondern auch dann, wenn er über einen Anteil verfügt, der ihn in die Lage versetzt, eine solche Beschlussfassung in der Generalversammlung zu verhindern (RIS-Justiz RS0077381). Dass das Einstimmigkeitserfordernis in wesentlichen Angelegenheiten einen idS beherrschenden Einfluss vermittelt, hat der OGH bereits ausgesprochen (jüngst 8 Obs 1/13z; 8 Obs 6/07a).

Die im hier zu beurteilenden Gesellschaftsvertrag erfassten Angelegenheiten entsprechen, zumal für die Gewinnverteilung im vorliegenden Fall eine fixe Regelung im Gesellschaftsvertrag vorgegeben war, hinreichend den in stRspr für wesentlich erachteten Beschlusserfordernissen (8 Obs 1/13z [dieselbe Schuldnerin betreffend]).

III. Die außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossene Syndikatsvereinbarung steht der Annahme eines beherrschenden Einflusses iSd § 1 Abs 6 Z 2 IESG nicht entgegen. Der OGH hat bereits in ähnlichen Fällen Einschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Gesellschaftern, die außerhalb des Gesellschaftsvertrages liegen, als unbeachtlich erachtet. Es kommt auf die mit der Gesellschafterstellung typischerweise verbundenen Einfluss- und Informationsmöglichkeiten an, aber nicht auf allfällige Gründe für die mangelnde Ausübung dieser Möglichkeiten (vgl 8 Obs 1/13z; 8 Obs 13/05b ua).

Der gesetzliche Ausschlussbestand erfasst auch solche Arbeitnehmer, die Gesellschaftsanteile bloß treuhändig halten und daher im Innenverhältnis nicht selbständig verfügen können. Der Gesetzgeber hat beide Parteien der Treuhand von der Bezugsberechtigung ausgeschlossen (*Holzer/Reissner/Schwarz*, Das Recht der Arbeitnehmer bei Insolvenz⁴, 86; *Liebeg*, IESG³, 292). Die bloße Beschränkung nach innen hindert die Annahme des Ausschlussbestands nicht, zumal einerseits auch der intern gebundene Treuhänder nach außen eine wesentliche Rechtsposition hat und andererseits die Einschränkung der Verfügungsmacht auch nicht entsprechend dokumentiert ist und deshalb eine höhere Anfälligkeit für Missbräuche besteht (8 Obs 1/13z).

Dieses Ergebnis steht mit Art 12 der Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers im Einklang, der nicht nur generell notwendige Maßnahmen zur Vermeidung von Missbräuchen zulässt (lit a), sondern auch in seiner lit c ausdrücklich anerkennt, dass Einschränkungen der Ansprüche daraus resultieren können, dass ein Arbeitnehmer allein oder zusammen mit engen Verwandten Inhaber eines wesentlichen Teils des Unternehmens oder Betriebs des Arbeitgebers war und beträchtlichen Einfluss auf dessen Tätigkeit hatte. Der Kläger zeigt keine begründeten Bedenken auf, weshalb dafür nicht auf die öffentlich dokumentierte gesellschaftsrechtliche Stellung abzustellen wäre (8 Obs 1/13z).

IV. Wesentlich ist im vorliegenden Verfahren daher, ob ein den Anspruch auf Insolvenz-Entgelt ausschließender Einfluss iSd § 1 Abs 6 Z 2 IESG vom Arbeitnehmer auch im Wege einer Privatstiftung ausgeübt werden kann.

Die Privatstiftung ist nach ihrem Entstehen als Rechtsträger vom Stifter grundsätzlich getrennt, er wird weder „Mitglied“ der Stiftung noch bleibt er Eigentümer des Stiftungsvermögens (RIS-Justiz RS0115134). Allerdings werden der Zweck und die innere Ordnung der Privatstiftung im Wege der Privatautonomie weitgehend vom Stifter bestimmt. Das durch die Stiftung verselbständigte Vermögen ist nach seinem erklärten Willen zu verwenden (RIS-Justiz RS0052195).

Dem Argument des Klägers, eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG auf die hier zu beurteilende Konstellation sei nicht möglich, weil der Gesetzgeber ausnahmslos auf die direkte Beherrschungsmöglichkeit eines Gesellschafters abstelle, kommt keine Berechtigung zu. Richtig ist, dass § 1 Abs 5 Z 3 IESG idF BGBl 1980/580 vom Anspruch auf (damals noch:) Insolvenz-Ausfallgeld nur Gesellschafter ausschloss, die über einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft verfügen.

Der Anwendungsbereich dieses Ausschlusses wurde jedoch schon mit § 1 Abs 6 Z 3 IESG idF BGBl 1986/395 (ent-

spricht dem nunmehr geltenden § 1 Abs 6 Z 2 IESG) bedeutend erweitert und umfasst seither gerade auch solche Personen, die nicht Gesellschafter sind, weil sie ihre Gesellschaftsanteile treuhändig weitergegeben haben.

Dies entspricht auch dem Zweck des IESG, der in einer sozialversicherungsrechtlichen Sicherung von Entgeltansprüchen und sonstigen aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Ansprüchen von Arbeitnehmern im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers besteht.

Versichertes Risiko ist im Kernbereich die von den Arbeitnehmern – aber auch freien Dienstnehmern iSd § 4 Abs 4 ASVG – typischerweise nicht selbst abwendbare und absicherbare Gefahr des gänzlichen oder teilweisen Verlusts ihrer Entgeltansprüche, auf die sie typischerweise zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts sowie des Lebensunterhalts ihrer unterhaltsberechtigten Angehörigen angewiesen sind (8 Obs 12/12s; RIS-Justiz RS0076409).

Die hier zu beurteilende Stiftung dient einzig dem Zweck der Versorgung des Klägers und allenfalls seiner Nachkommen. Er ist zudem Letztbegünstigter, sodass ihm das Stiftungsvermögen im Fall der Abwicklung letztlich wieder zukommt (§ 6 PSG).

Nach den maßgeblichen Wertungen des IESG kann eine freiwillige rechtsgeschäftliche Verfügung über den Gesellschaftsanteil, auch wenn sie im Außenverhältnis wirksam zum Verlust der Verfügungsmacht führt, beim Treuhandverhältnis den Verlust der Anspruchsberechtigung nicht verhindern. Dies wird damit begründet, dass der beherrschende Einfluss auf die Gesellschaft durch eine solche Verfügung noch nicht zur Gänze verloren geht (*Holzer/Reissner/Schwarz*, aaO, 86). Ohne diese Regelung wäre einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des Insolvenz-Entgelt-Fonds durch Verfügungen gerade in der Krise des Unternehmens Tür und Tor geöffnet.

Diese Beurteilung ist aber auf den vorliegenden Fall übertragbar, in dem ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil freiwillig an eine Stiftung überträgt, deren einziger Zweck wiederum in seiner Versorgung liegt. Auch wenn er sich damit im Außenverhältnis seiner Gesellschafterstellung begeben hat, besteht im Innenverhältnis aufgrund der Versorgungsberechtigung aus dem Geschäftsanteil und dessen Erträgen eine aufrechte Bindung. Diese wird durch den Umstand noch verstärkt, dass der Kläger – etwa durch den von ihm abhängigen Beirat – mittelbar auch auf die Geschäftsführung der Stiftung Einfluss nehmen kann.

Einer Anwendung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG auf die hier zu beurteilende Situation steht daher nichts entgegen.

Auf die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob der dem Stifter eingeräumte Änderungsvorbehalt einen beherrschenden Einfluss iSd § 1 Abs 6 Z 2 IESG auf die Stiftung als solche vermitteln würde, kommt es im vorliegenden Fall nicht an.

Anmerkung:

1. Der 8. Senat hatte in den vorliegenden Entscheidungen den Anspruch des Klägers, der in einem Dienstverhältnis zu einer mittlerweile insolventen GmbH stand, auf Insolvenz-Entgelt nach IESG verneint. Aus dem prinzipiell identischen Sachverhalt beider Entscheidungen ist als wesentlich hervorzuheben, dass der Kläger zugleich Stifter einer Privatstiftung war, die zu fast 25 % an der Insolvenzschuldnerin beteiligt war. Der GmbH-Anteil war ursprünglich

im Eigentum des Klägers gestanden, wurde aber ebenso wie die Anteile der drei anderen fast zu 25 % beteiligten Gesellschafter in jeweils neu gegründete Privatstiftungen eingebracht. Die Vorstandsmitglieder der vier Privatstiftungen waren jeweils dieselben drei Personen. In jeder Stiftung wurde ferner ein Beirat installiert, der jeweils von den drei anderen (Ex-)Gesellschaftern besetzt war und dem umfassende „Vetorechte“ eingeräumt wurden. Darunter fiel auch die Ausübung des Stimmrechts in der mittlerweile insolventen „Tochter-GmbH“ hinsichtlich jener Agenden, die in der GmbH die Zustimmung aller Gesellschafter bedurften. In der GmbH-Satzung wurden nämlich sehr weitreichende Angelegenheiten der einstimmigen Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung vorbehalten. Der Stifter hatte ein Bestellungs- und Abberufungsrecht des genannten Beirats inne. Darüber hinaus verfügte er über ein uneingeschränktes Änderungsrecht. Stiftungszweck war die Versorgung des Stifters, der sich als Begünstigten auf Lebenszeit eingesetzt hatte, sowie seiner Ehegattin als Mitstifterin und ihrer gemeinsamen Nachkommen.

Neben den vier Privatstiftungen als „Kerngesellschafter“ wurde 2006 im Zuge einer Kapitalerhöhung noch ein weiterer Gesellschafter mit einer Beteiligung von 3 % aufgenommen; kurz darauf wurde eine Syndikatsvereinbarung aller Gesellschafter geschlossen, in der sich diese zur gleichgerichteten Stimmrechtsausübung verpflichteten, sobald eine Mehrheit von zwei Dritteln erreicht wurde. Somit wurde das Einstimmigkeitsprinzip quasi wieder „ausgeholt“.

2. Die entscheidende Rechtsfrage beschränkt sich im Kern darauf, ob dieser komplexe Sachverhalt unter den Ausschlussatbestand gem § 1 Abs 6 Z 2 IESG zu subsumieren ist: Demnach scheidet ein Anspruch auf Insolvenz-Entgelt jedenfalls aus, wenn der Bedienstete ein Gesellschafter mit beherrschendem Einfluss ist, „auch wenn dieser Einfluss auf der treuhändigen Verfügung von Gesellschaftsanteilen Dritter beruht oder durch treuhändige Weitergabe von Gesellschaftsanteilen ausgeübt wird“.

3. Interessant ist zunächst der europarechtliche Hintergrund dieser Norm, basiert sie doch erkennbar auf der Ausnahmeermächtigung des Art 12 lit c der Richtlinie 2008/94/EG, wonach ein Anspruch auf Insolvenz-Entgelt ausgeschlossen werden kann, wenn der Betroffene „Inhaber eines wesentlichen Teils des Unternehmens“ war und „beträchtlichen Einfluss“ hatte. Da nach österreichischem Recht keine wesentliche Beteiligung erforderlich ist, sondern jede Gesellschafterstellung unabhängig von der Beteiligungsquote ausreicht, ist § 1 Abs 6 Z 2 IESG für „Kleinstgesellschafter“ mit beherrschendem Einfluss nur insoweit europarechtskonform, als diese nach österreichischem Verständnis auch keine Arbeitnehmer und daher von vornherein vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind (vgl. *Liebeg*, Neue gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers? WBl 2003, 157 [159]). Denn der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2008/94/EG ist gem dessen Art 2 Abs 2 allein nach dem jeweiligen nationalen Recht zu bestimmen. Die Arbeitnehmereigenschaft setzt dementsprechend die persönliche Abhängigkeit des Gesellschafters voraus, die durch seine Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Dienstgebers gekennzeichnet ist (statt aller RIS-Justiz RS0021332). Jene Gesellschafter, die trotz beherrschenden Einflusses in ihrer Tätigkeit persönlich abhängig und daher ausnahmsweise Arbeitnehmer sind (für diese prinzipielle Möglichkeit OGH 27.8.2009, 8 Obs 9/09w; vgl. dagegen *Liebeg*, IESG³ [2007] Rz 572), aber keinen wesentlichen Teil des Unternehmens innehaben, müssen wohl durch richtlinienkonforme Interpretation vom Anwendungsbereich des § 1 Abs 6 Z 2 IESG ausgenommen werden (insoweit unzutreffend OGH 27.8.2009, 8 Obs 9/09w). Die konkret zu beurteilende Beteiligungshöhe von fast 25 % wird der europarechtlichen Anforderung einer wesentlichen Unternehmensbeteiligung aber mE wohl ohnedies gerecht.

4. Problematisch ist dagegen, dass im maßgeblichen Zeitraum nicht mehr der Kläger selbst Gesellschafter war, sondern eine von ihm gegründete Privatstiftung. Zu Recht ist freilich anerkannt, dass auch eine „mittelbare Gesellschafterstellung“, also eine Beteiligung an der Muttergesellschaft der Schuldnerin, zur (analogen) Anwendung von § 1 Abs 6 Z 2 IESG führen kann (RIS-Justiz RS0077389;

zB OGH 22.11.1989, 9 Obs 19/89; *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ [1999] 88). Wengleich eine Privatstiftung eigentümerlos ist, kann mE dann keine andere Beurteilung geboten sein, wenn sich der Stifter solche „eigentümerähnlichen Rechte“ zurückbehalten hat, dass eine vollständige Vermögensstrennung nicht vollzogen ist (vgl. in anderem Zusammenhang *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen [2012] 226). Darunter fällt mE insb – wie im vorliegenden Sachverhalt – ein jederzeitiges Änderungs- oder Widerrufsrecht, Letzteres allerdings nur, soweit der Stifter selbst Letztbegünstigter ist. Insoweit ist auch der Vergleich des OGH mit einem Arbeitnehmer berechtigt, der seine Beteiligung treuhänderisch abgetreten hat (zur Richtlinienkonformität des Ausschlusses des Treuhänders vom Anspruch auf Insolvenz-Entgelt OGH 30.7.2009, 8 Obs 6/09d; vgl. auch OGH 13.11.2008, 8 Obs 15/08a; kritisch *Deriu*, Insolvenz-Entgeltsicherung zwischen EU-Recht und nationalem Recht [2013] 109). Denn im Ergebnis bleibt der Stifter mit jederzeitigem Änderungsrecht ebenso wie der Treugeber „wirtschaftlicher Eigentümer“.

5. Was der 8. Senat aber nicht ausreichend berücksichtigt, ist der Umstand, dass der Treugeber als „wirtschaftlicher Eigentümer“ nur dann von § 1 Abs 6 Z 2 IESG erfasst ist, wenn er zusätzlich über beherrschenden Einfluss verfügt. Der Gesetzeswortlaut spricht sogar davon, dass der Einfluss eines Treugebers „ausgeübt wird“. Allerdings ist keine Rechtfertigung ersichtlich, warum hierfür anders als in den übrigen Fällen (OGH 8.9.2005, 8 Obs 13/05b; *Liebeg*, IESG³, Rz 571) die abstrakte Möglichkeit der Ausübung nicht ausreichen soll, sodass mE aufgrund systematisch-teleologischer Auslegung auch bei einer „mittelbaren Gesellschafterstellung“ die bloße Möglichkeit der beherrschenden Einflussnahme ausreicht. Ein solcher beherrschender Einfluss wird von der Rspr nicht nur bejaht, wenn ein Gesellschafter kraft seiner Mehrheitsbeteiligung die Beschlussfassung in der Generalversammlung im Wesentlichen allein bestimmen, sondern auch dann, wenn er die Beschlussfassung in der Generalversammlung in wesentlichen Angelegenheiten verhindern kann (RIS-Justiz RS0077381; RS0077386). Dies ist zutreffend, weil das maßgebliche *telos* mE darin zu sehen ist, dass derjenige nicht vom Insolvenz-Entgelt-Fonds profitieren soll, der einerseits eine Mitverantwortung – sei es durch Unterlassen – am Eintritt der Insolvenz trägt (vgl. OGH 16.12.1992, 9 Ob 902/92) und andererseits gewisse Weisungen verhindern kann und daher nicht das besondere Schutzbedürfnis „echter“ Arbeitnehmer aufweist (vgl. VwGH 25.1.1994, 91/11/0118; *Holzer/Reissner/Schwarz*, Rechte⁴, 88).

Da Treuhänder uneingeschränkt den Weisungen ihres Treugebers unterworfen sind (§ 384 Abs 1, § 408 Abs 1 UGB analog; *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB³, § 1009 Rz 12 uam), reicht es für treuhändige Beteiligungen dementsprechend aus, wenn der Gesellschaftsanteil die entsprechende „Sperrminorität“ vermittelt. Bei Zwischenschaltung einer GmbH muss der Gesellschafter mE demgegenüber schon über eine Mehrheitsbeteiligung an der Muttergesellschaft oder ein entsprechendes Sonderrecht verfügen, weil er mit einer bloßen Sperrminorität in der Muttergesellschaft die Beschlussfassung in der Tochtergesellschaft nicht verhindern kann. Ist der Gesellschafter aber eine Privatstiftung, ist zu beachten, dass der Stiftungsvorstand die Geschäfte weisungsfrei und ausschließlich in Erfüllung des Stiftungszwecks zu führen hat (*N. Arnold*, PSG³ [2013] § 14 Rz 29 mwN). Eine unmittelbare Einflussnahme durch den Stifter ist daher zumindest *de iure* ausgeschlossen. Dass dies mitunter nicht den faktischen Gegebenheiten entspricht, ist freilich wenig zweifelhaft. Gerade beim vorliegenden Sachverhalt ist zu bedenken, dass die vier Ex-Gesellschafter als Stiftungsbeiräte fungierten, womit ihnen wiederum ein Vetorecht in wesentlichen Angelegenheiten der Verwaltung der Beteiligung an der Insolvenzschuldnerin zukam. Auch das vom OGH relevierte Argument, dass der Kläger ein Recht zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsbeirats innehatte, lässt eine faktische Einflussnahme nicht wenig wahrscheinlich erscheinen. Für die Bejahung eines erheblichen faktischen Einflusses hätte es aber entsprechender ergänzender Feststellungen bedurft, während eine rechtliche Möglichkeit, Beschlüsse der Generalversammlung der GmbH zu verhindern, dem Stifter durch diese Gestaltung nicht eröffnet wurde. Eine solche wurde

ihm auch nicht durch sein uneingeschränktes Änderungsrecht vermittelt.

6. Ungeachtet der Einflussmöglichkeiten des Stifters auf die Privatstiftung ist sogar fraglich, ob die jeweilige Privatstiftung selbst überhaupt über eine relevante Sperrminorität verfügte. Trotz des sehr weitreichenden Einstimmigkeitserfordernisses in der Satzung haben sich alle Gesellschafter im Rahmen eines Syndikatsvertrages dazu verpflichtet, ihr „Vetorecht“ nicht auszuüben, wenn eine Mehrheit von zwei Dritteln für eine Maßnahme stimmt. Zu Recht geht der 8. Senat zwar davon aus, dass der Vergleich mit dem von § 1 Abs 6 Z 2 IESG ausdrücklich erfassten Treuhänder, der im Innenverhältnis ebenfalls gewissen Schranken unterworfen ist, zeige, dass es nach der gesetzgeberischen Wertung auf das rechtliche „Können“ und nicht „Dürfen“ ankomme. Im vorliegenden Fall ist aber zweifelhaft, ob dem konkreten Syndikatsvertrag tatsächlich nur schuldrechtliche Wirkung zukommt: Nach OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x, wirkt ein omnilateraler Stimmbindungsvertrag in einer personalistisch strukturierten GmbH nämlich absolut (ebenso BGH 20.1.1983, II ZR 243/81, NJW 1983, 1910; 27.10.1986, II ZR 240/85, NJW 1987, 1890; vgl auch bereits OGH 5.12.1995, 4 Ob 588/95; offenlassend OGH 13.10.2011, 6 Ob 202/10i, GesRZ 2012, 259 [Thiery]). Die genannten Voraussetzungen für die absolute Wirkung des Syndikatsvertrages waren im vorliegenden Fall erfüllt. Das „Veto“ eines einzelnen Gesellschafters wäre dementsprechend anfechtbar, was iVm einer positiven Beschlussfeststellungsklage dazu führt, dass die Maßnahme als beschlossen gilt (hM, zB OGH 25.1.2006, 7 Ob 300/05a; Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse [1998] 152; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ [2007] § 41 Rz 54 mwN; aA noch OGH 21.10.1924, 2 Ob 665/24, SZ 6/334).

Freilich bestehen gegen die absolute Wirkung von Syndikatsverträgen gewichtige Bedenken, insb weil dadurch die Anforderungen an eine Satzungsänderung umgangen werden (ausführlich Rüffler, GmbH-Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen, in FS Koppensteiner [2007] 97 [101 f und 111 ff]; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 39 Rz 21; Enzinger in Straube, GmbHG, § 34 Rz 31). Unter Zugrundelegung der Richtigkeit der vom 8. Senat unerwähnt gelassenen E 2 Ob 46/97x erscheint es aber verfehlt, auf die öffentlich dokumentierte gesellschaftsrechtliche Stellung abzustellen, weil sich die wahre Rechtslage davon unterscheidet. Die im Urteil anklingende Gefahr, dass unter Zugrundelegung dieser Ansicht im Nachhinein entsprechende Stimmbindungsverträge „erfunden werden“, ist zwar nicht von der Hand zu weisen; ihr kann aber bei behaupteten bloß mündlichen Vereinbarungen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 272 ZPO) begegnet werden.

7. Zusammengefasst sind die vorliegenden Entscheidungen paradigmatisch dafür, wie unvorbereitet die österreichische Rechtsordnung in vielerlei Hinsicht auf die eigentümerlose Struktur der weisungsfrei geführten Privatstiftung ist, zumal das Tatbestandsmerkmal des erheblichen Einflusses seitens des Stifters rechtlich nicht bestehen kann und faktisch kaum nachweisbar ist. Trotz der „verdächtigen“ Konstruktion vermag auch der in 8 Obs 2/13x (8 Obs 3/13v) festgestellte Sachverhalt die Begründung eines beherrschenden Einflusses des Stifters iSd § 1 Abs 6 Z 2 IESG und den damit verbundenen Ausschluss vom Insolvenz-Entgelt ohne weitere Feststellungen einer tatsächlichen Einflussnahme mE nicht zu tragen. Dies gilt umso mehr, als der OGH nicht – gegenteilig – Stellung zu der in 2 Ob 46/97x bejahten Frage bezieht, ob omnilaterale Syndikatsverträge in personalistischen Gesellschaften absolut wirken. Denn unter Zugrundelegung einer solchen absoluten Wirkung fehlt es sogar der Privatstiftung als „unmittelbarer Gesellschafterin“ an der erforderlichen Sperrminorität.

Martin Trenker

MMag. Dr. Martin Trenker ist Universitätsassistent am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

Privatstiftung

Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer Privatstiftung durch einen Einpersonenbeirat; (bloß) sachliche Abberufungsgründe

§ 14 Abs 2 bis 4, § 15 Abs 1 und § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG

1. Der Beirat kann als Organ der Privatstiftung auch aus nur einer Person bestehen.
2. Bestellte die Stifterin einen Einpersonenbeirat zur Wahrung des Stiftungszwecks und besteht dieser Stiftungszweck ausschließlich in der Wahrung ihrer Interessen als (bis zu ihrem Ableben allein) Begünstigte, so steht diesem Beirat als reinem Vollzugsorgan der Stifterin nicht das Recht zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus bloß sachlichen Gründen zu.

OGH 8.5.2013, 6 Ob 42/13j (OLG Linz 6 R 13/13v; LG Salzburg 45 Fr 8609/12x)

Die Stiftungsurkunde der seit 13.6.1998 im Firmenbuch des Erstgerichts eingetragenen P. Privatstiftung lautet in ihrer aktuellen Fassung vom 22.3.2011 auszugsweise:

„§ 2 Stiftungszweck

(1) Zweck der Stiftung ist:

a) die Unterstützung der Stifterin, insbesondere die Sicherung ihres angemessenen Lebensunterhaltes, ihrer Altersvorsorge sowie die private und wirtschaftliche Förderung der Stifterin im weitesten Sinne;

b) die Unterstützung und Förderung der Wissenschaft und Forschung
...;

c) die Unterstützung und Förderung von Tätigkeiten, die dem Gemeinwohl auf geistigem, kulturellem sittlichem oder materiellem Gebiet nützen;
d) ...

§ 6 Stiftungsvorstand

...

(7) Zu Lebzeiten der Stifterin und solange diese handlungsfähig ist, werden die Mitglieder des Stiftungsvorstandes – solange kein Beirat bestellt ist – von dieser bestellt und – sofern dies rechtlich zulässig ist – auch abberufen, falls dies zwingend geboten ist, nur aus wichtigem Grund. Für den Fall, dass ein Beirat bestellt worden ist, obliegt die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes dem Beirat.

...

§ 6a Beirat

(1) Die Stifterin ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, einen Beirat einzurichten, dessen Aufgaben die Beratung des Stiftungsvorstandes sowie die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes ist.

(2) Der Beirat besteht aus mindestens einer und höchstens vier natürlichen Personen. Die Mitglieder des Beirats werden von der Stifterin bestellt und abberufen. ...

§ 8 Begünstigte

(1) Begünstigte sind:

a) die Stifterin bis zu ihrem Ableben;

b) wissenschaftliche und sonstige Forschungseinrichtungen ...

c) Einrichtungen des öffentlichen oder privaten Rechts oder Personen, die die unter § 2 Absatz 1 lit c angeführten Voraussetzungen erfüllen;

d) ...“

Die Antragsgegner sind im Firmenbuch als Vorstandsmitglieder eingetragen.

Am 23.9.2011 errichtete die Stifterin gem § 6a der Stiftungsurkunde einen Beirat und bestellte ein einziges Beiratsmitglied mit der Funktionsdauer bis 31.12.2014. Die Stifterin behielt sich dabei ausdrücklich vor, Mitglieder des Beirats auch vor Ablauf ihrer Funktionsdauer abzu-berufen.

Am 9.10.2012 fasste das Beiratsmitglied folgenden Beschluss:

„I. Abberufung sämtlicher Mitglieder des Stiftungsvorstandes mit sofortiger Wirkung

GesRZ-QUARTALSABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD

AKTION
JETZT 20%
GÜNSTIGER!



BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Quartalsabo 2015 inkl. Onlinezugang und App

(44. Jahrgang 2015, Heft 5+6)

EUR 30,60

Jahresabo 2015 EUR 153,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____

Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____

E-Mail _____

Telefon (Fax) _____

Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356