

Zustimmungspflichtige Geschäfte

§ 95 Abs 1 Z 12 AktG ist auf eine Privatstiftung nicht analog anzuwenden.

§ 25 PSG, § 95 Abs 1 Z 12 AktG

OLG Wien 07.07.
2011, 28 R 98/11d

Spruch:

Die Rekursbeantwortung der Antragstellerin wird **zurückgewiesen**.

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

Begründung:

Am 20.7.2009 brachte Rechtsanwalt Mag. Peter M*****, der sich auf die erteilte Vollmacht berief, namens der Antragstellerin einen Antrag auf Abberufung der Antragsgegnerin als Vorsitzende und Mitglied des bei der Antragstellerin eingerichteten Beirats ein. Zum beiderseitigen Parteivorbringen wird auf den Aufhebungsbeschluss des Rekursgerichts vom 6.9.2010, 28 R 129/10m, verwiesen. Während des zweiten Rechtsgangs trat die Antragsgegnerin von ihrer Funktion als Vorsitzende des Stiftungsbeirats zurück. Aufrecht blieb das Begehren, sie aus wichtigen Gründen als Beiratsmitglied abzuberufen (ON 31).

In der Tagsatzung vom 3.3.2011 wendete die Antragsgegnerin die Unwirksamkeit der von der Antragstellerin an Rechtsanwalt Mag. M***** erteilten Vollmacht ein. Letzterer sei selbst Beiratsmitglied, sodass seine Bevollmächtigung gemäß § 95 Abs 5 Z 12 AktG der Zustimmung des Beirats bedürft hätte, welche aber nicht vorliege. Es werde beantragt, die Wirksamkeit des Vollmachtsverhältnisses als „Vorfrage“ zu klären (ON 39). Die Antragsgegnerin bestritt die Einrede. Das Erstgericht trug den Parteien auf, ihren Standpunkt in Schriftsätzen darzulegen.

Im Schriftsatz vom 10.3.2011 führte die Antragsgegnerin ergänzend aus, die Zustimmung des Stiftungsbeirats sei außerdem nach § 8 Abs 2 lit h der Stiftungsurkunde erforderlich, weil die Bevollmächtigung ein außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Stiftung liegendes Rechtsgeschäft darstelle. Es sei Mag. M***** als Rechtsanwalt verwehrt, sich auf eine Vollmacht zu berufen, deren

Ungültigkeit er bei gehöriger Sorgfalt kennen habe müssen (ON 41).

Der Antragstellervertreter replizierte darauf in den Schriftsätzen vom 17.3.2011 und 21.3.2011 (ON 42 und ON 43). Er brachte ua vor, er sei gegen Ende der Vorstandssitzung vom 20.7.2009 zum Mitglied des Stiftungsbeirats bestellt worden, nachdem ihm davor der Auftrag zur Einleitung des gerichtlichen Abberufungsverfahrens erteilt worden sei.

Mit dem **angefochtenen Beschluss** wies das Erstgericht den Einwand der Antragsgegnerin, dass die vom Vorstand der Antragstellerin an Mag. Peter M***** erteilte Vollmacht mangels eines Zustimmungsbeschlusses des Beirats unwirksam sei, ab. In seiner Begründung bejahte es die Vertretungsbefugnis des Antragstellervertreters. Das Erfordernis der Zustimmung des Stiftungsbeirats zu seiner Bevollmächtigung sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs** der Antragsgegnerin mit dem Antrag, ihn ersatzlos aufzuheben. Hilfsweise wird beantragt, der Verfahrenseinde stattzugeben bzw die von Rechtsanwalt Mag. Peter M***** im zweiten Rechtsgang erstatteten Schriftsätze zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, den Rekurs als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Zur Zulässigkeit des Rekurses und der Rekursbeantwortung:

§ 45 AußStrG lautet:

Beschlüsse des Gerichtes erster Instanz können mit Rekurs an das Gericht zweiter Instanz (Rekursgericht) angefochten werden. Verfahrensleitende Beschlüsse sind, soweit nicht ihre selbständige Anfechtung angeordnet ist, nur mit dem Rekurs gegen die Entscheidung über die Sache anfechtbar.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Beschlüssen

- **in der Sache** (meritorische Entscheidung über den Verfahrensgegenstand, also Abweisung oder Stattgebung),

- **über die Sache** (Entscheidung über den Verfahrensgegenstand, sowohl meritorisch als auch zurückweisend, sowie über solche Beschlüsse ergehende Entscheidungen, zB auch Aufhebungsbeschlüsse,

- **verfahrensleitende** Beschlüsse (diese dienen der zweckmäßigen Gestaltung des Verfahrens und haben kein vom Verfahren losgelöstes Eigenleben; das Gericht ist jederzeit in der Lage, sie abzuändern und einer geänderten Situation anzupassen; sie erwachsen nicht in materielle Rechtskraft; sie sind der Stoffsammlung dienende Aufträge und Verfügungen zB Aktenbeschaffung, aber auch sonstige den Verfahrensablauf betreffende Verfügungen, wie die Anberaumung oder Erstreckung einer Tagsatzung) und

- **sonstige** Beschlüsse (alles was weder in der Sache, noch über die Sache, noch verfahrensleitend ist, wie zB Entscheidungen, mit denen das Vorliegen von Verfahrensvoraussetzungen bejaht wird; *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 45 Rz 1; *Rechberger*, AußStrG § 45 Rz 3).

Die Vertretungsmacht des Einschreiters ist eine Verfahrensvoraussetzung. Wenn sie fehlt und die Verfahrenshandlungen auch nicht nachträglich genehmigt werden, ist das Verfahren für nichtig zu erklären. Die Entscheidung über den wirksamen Bestand eines Vollmachtsverhältnisses ist der materiellen Rechtskraft fähig (*Zib* in *Fasching/Konecny*² § 37 ZPO Rz 1 und 8; *SZ* 51/3).

Die angefochtene Entscheidung ist somit nicht bloß verfahrensleitender Natur und der Rekurs daher zulässig.

§ 48 Abs 1 AußStrG zählt die Fälle auf, in denen das Rekursverfahren mehrseitig ist. Danach ist eine Rekursbeantwortung vorgesehen, wenn sich der Rekurs gegen eine Entscheidung richtet, mit der **über die Sache** oder **über die Kosten des Verfahrens** entschieden worden ist. Angefochten ist hier weder eine Entscheidung über Verfahrenskosten, noch – wie

sich bereits aus den obigen Ausführungen ergibt – eine Entscheidung „über die Sache“. Anzumerken ist, dass die Berechtigung der Verfahrenseinrede ein Verbesserungsverfahren zur Folge hätte und nicht unmittelbar zur Zurückweisung des Sachantrages führen könnte. Da auch der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs hier keine Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens erfordert (vgl. *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 52 Rz 3), war die Rekursbeantwortung zurückzuweisen.

Zum Rekurs:

Die Rekurswerberin meint, das Erstgericht hätte über ihre Einrede keinen gesonderten (abweisenden) Beschluss fassen dürfen. Bei Bejahung eines gültigen Vollmächtsverhältnisses hätte es vielmehr in der Sache verhandeln und über die Verfahrenseinrede in der das Verfahren erledigenden Entscheidung abzusprechen gehabt. Dem ist entgegen zu halten, dass das Gesetz dem Außerstreitrichter keine starre Regel vorgibt, wie es bei der Erledigung der Verfahrenseinrede vorzugehen hat. Durch eine rechtskräftige Bejahung des wirksamen Bestandes eines Vollmächtsverhältnisses wird eine ständige Erneuerung der einmal abgeschlossenen Prüfung unterbunden (*Zib* in *Fasching/Konecny*² § 37 ZPO Rz 8; SZ 51/3).

§ 25 Abs 1 PSG lautet:

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung und die Gebarung der Privatstiftung zu überwachen. Für das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aufsichtsrats gilt § 95 Abs 2 und Abs 3, für die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Privatstiftung § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4 bis 6 Aktiengesetz 1965, sinngemäß.

§ 95 Abs 5 AktG lautet auszugsweise:

Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Folgende Geschäfte sollen jedoch nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden:

[...]

12. der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen (§ 228 Abs 3 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten. Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichts-

ratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat.

[...]

Die zustimmungspflichtigen Geschäfte sollen nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden. Dies bedeutet aber lediglich eine Bindung im Innenverhältnis. Im Außenverhältnis ist die (zustimmungslose) Vertretungshandlung des Vorstands wirksam. Der Abschluss eines zustimmungspflichtigen Geschäftes ohne Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrats stellt regelmäßig eine Pflichtverletzung dar (*Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ §§ 95-97 Rzz 40 f; *Arnold*, PSG² § 25 Rz 29).

Durch das GesRÄG 2005 (BGBl I 2005/59) wurde dem § 95 Abs 5 AktG die zitierte Z 12 angefügt. Eine idente Regelung wurde auch in § 30j Abs 5 GmbHG eingefügt. § 25 Abs 1 Satz 2 PSG blieb jedoch unverändert; ein Verweis auf § 95 Abs 5 Z 12 AktG wurde darin nicht aufgenommen. Da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er zwar gleichermaßen das AktG und das GmbHG geändert, das PSG aber insoweit „übersehen“ hat, scheidet eine analoge Anwendung (oder Erweiterung des Verweises des § 25 Abs 1 Satz 2 PSG) aus (vgl. näher: *Arnold*, PSG² § 25 Rz 30).

Auch wenn man also davon ausgeht, dass der bei der Antragstellerin eingerichtete Beirat im Hinblick auf seinen Aufgabenkreis rechtlich einem Aufsichtsrat gleichzuhalten ist, kann somit aus § 95 Abs 1 Z 12 AktG die der Rekurswerberin vorschwebende Zustimmungspflicht nicht abgeleitet werden. Auf die Auswirkungen des Fehlens einer solchen Zustimmung auf das Außenverhältnis und darauf, dass die Vollmacht zu einem Zeitpunkt erteilt wurde, als der Antragstellervertreter noch nicht Beiratsmitglied war, muss vor diesem Hintergrund nicht mehr eingegangen werden.

Ebensowenig lässt sich aus § 8 Abs 2 lit h der Stiftungsurkunde etwas für den Standpunkt der Rekurswerberin gewinnen. Danach bedarf der Stiftungsvorstand zum „Abschluss von Rechtsgeschäften, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Stiftung liegen, oder für die Stiftung von grundsätzlicher Bedeutung sind“, der vorherigen Zustimmung des Stiftungsbeirats bzw gegebenenfalls des Aufsichtsrats. Entgegen der

Auffassung der Rekurswerberin liegt die Erteilung einer Verfahrensvollmacht für das Abberufungsverfahren keineswegs außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes (zum insoweit vergleichbaren Umfangs der Prokura vgl. *Schinko* in *Straube*, UGB⁴ § 49 Rz 4; *Strasser/Jabornegg* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 49 Rz 19 f). Dass sich das Abberufungsverfahren (notwendigerweise) gegen ein Organmitglied richtet, ändert daran nichts.

Dem Rekurs war daher nicht Folge zu geben.

Ein Bewertungsausspruch iSd § 59 Abs 2 AußStrG hatte zu entfallen, weil beim Abberufungsverfahren nach § 27 Abs 2 PSG die Kontroll- und Überwachungsfunktion im Vordergrund steht und der Entscheidungsgegenstand somit nicht rein vermögensrechtlicher Natur ist (vgl. OLG Wien 28 R 172/10k, 28 R 158/10a).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 AußStrG.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses gründet sich auf die §§ 40 PSG, 59 Abs 1 Z 2, 62 Abs 1 AußStrG. Eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn der letztgenannten Bestimmung war nicht zu lösen.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Abt. 28, am 7. Juli 2011