



Newsletter Corporate/M&A Issue 2|2021

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Aufsichtsrat und Compliance](#)
2. [Kann eine GmbH ein Feststellungsinteresse bezüglich der Gesellschaftereigenschaft ihres Gesellschafters haben?](#)
3. [Arglist beim Unternehmenskauf](#)
4. [Managerhaftung: Die Krux mit dem Schaden](#)

1. Aufsichtsrat und Compliance

Der Begriff „Compliance“ ist in den letzten Jahren in der Unternehmenswelt gefühlt allgegenwärtig geworden. Zuletzt ist auch vermehrt die Frage aufgetaucht, inwiefern bei der AG hier der Aufsichtsrat in der Verantwortung ist. Dass er ganz allgemein betrachtet Überwachungs-, und nicht selbst Geschäftsführungsorgan ist, gilt natürlich auch im Bereich Compliance. Primär ist also der Vorstand in der Verantwortung, der Aufsichtsrat hat diesen dabei zu überwachen. Insbesondere, ob die vom Vorstand getroffenen Vorkehrungen unter Berücksichtigung der Geschäftstätigkeit, Größe, Struktur und Komplexität des Unternehmens angemessen und hinreichend effizient sind. Zu prüfen ist dabei das Compliance-System insgesamt, nicht aber auch konkrete Einzelmaßnahmen.

Inwieweit der Aufsichtsrat bei (vermuteten) Compliance-Verstößen selbst handeln darf oder muss, ist im Detail durchaus strittig. Unumstritten ist wohl, dass der Aufsichtsrat bei Verstößen unterhalb des Vorstands in der Regeln nicht selbst einschreiten darf. Er hat jedoch zu überwachen, ob der Vorstand den Sachverhalt pflichtgemäß ermittelt, etwaige Verstöße sanktioniert, Ansprüche der Gesellschaft prüft und erforderlichenfalls die Compliance-Organisation nachbessert. Auch für die Aufklärung von Compliance-Verstößen durch einzelne Mitglieder des Vorstands soll primär der Vorstand selbst zuständig sein, wobei hier den Aufsichtsrat wohl eine gesteigerte Überwachungspflicht trifft. Den Aufsichtsrat soll aber jedenfalls dann, wenn von einer unzureichenden Aufklärung durch den Vorstand selbst auszugehen ist (etwa weil mehrere Vorstandsmitglieder in einen Verstoß involviert sind), auch eine eigene Untersuchungspflicht treffen.

Auch darüber hinaus ist der Aufsichtsrat in bestimmten Angelegenheiten, die man wohl auch unter dem Schlagwort „Compliance“ einordnen kann, selbst in der Verantwortung. Dazu gehört zunächst einmal die Pflicht, sich selbst als Organ eine entsprechende interne Organisation zu geben, mit welcher die einzelnen Mitglieder dann auch „compliant“ zu sein haben. Generell hat jedes Aufsichtsratsmitglied auf eine funktionsgerechte und rechtmäßige Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats hinzuwirken. Als „verstoßanfällige“ Bereiche wurden in der Literatur zuletzt der Ab-



works

schluss von Beraterverträgen, sonstige Interessenkonflikte (etwa aus anderen haupt- oder nebenberuflichen Tätigkeiten) und der Themenbereich „Directors' Dealings/Handelsverbote“ genannt. Die aus letztgenanntem Bereich resultierenden Pflichten wurden vor einigen Jahren massiv ausgeweitet und können nun jedes Aufsichtsratsmitglied betreffen, dessen Gesellschaft bloß irgendein Finanzinstrument (etwa Aktien, Genussscheine oder Anleihen) an einem Handelsplatz (wie dem Amtlichen Handel oder das Vienna MTF der Wiener Börse) gelistet hat. Besondere Vorsicht ist hier auch wegen der drohenden, sehr hohen Verwaltungsstrafen geboten. Dass Verstöße gegen Börserecht durch Organmitglieder auch Reputationsthemen mit sich bringen, soll hier als Randnotiz nicht unerwähnt bleiben.

Ein in unserer Beratungspraxis besonders wichtiges Themenfeld, in welchem der Aufsichtsrat mit Handlungspflichten aus der Kapitalmarkt-Compliance konfrontiert sein kann, ist das Insiderrecht. Relevant ist dieses (wie die Directors' Dealings) für Aufsichtsräte solcher Unternehmen, die ein Finanzinstrument an einem Handelsplatz gelistet haben, wobei die größte praktische Bedeutung für Aktienemittenten besteht. Emittenten haben bekanntlich sie unmittelbar betreffende Insiderinformationen unverzüglich bekannt zu geben, sofern nicht im Einzelfall eine besondere Rechtfertigung für einen Aufschub besteht. Nun hat zwar darüber, ob veröffentlichungspflichtige Umstände vorliegen und, wenn ja, ob aufgeschoben werden soll, grundsätzlich der Vorstand als geschäftsführungsbefugtes Organ zu entscheiden. Es gibt aber auch Insiderinformationen, die lediglich dem Aufsichtsrat bekannt sind. Im Detail ist hier Vieles umstritten. Für den Klassiker „Besetzung des Vorstands“ (ein Thema, das in die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats fällt) wird aber vermehrt vertreten, dass hier auch der Aufsichtsrat die Entscheidung über den Aufschub und die Aufschubperiode zu treffen habe. Die (nachgelagerte) Veröffentlichung der Insiderinformation soll aber auch in solchen Fällen beim Vorstand bleiben. In diesem Zusammenhang erlaube ich mir, für Details zur Diskussion auf eine sehr lesenswerte Fachpublikation aus Deutschland hinzuweisen, die mich auch zu diesem Newsletter-Beitrag inspiriert hat: *Schockenhoff/Hofmann*, Die Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats – ein Wachstumsmodell, ZGR 2021, 201-230.

Gernot Wilfling

2. Kann eine GmbH ein Feststellungsinteresse bezüglich der Gesellschaftereigenschaft ihres Gesellschafters haben?

Kürzlich hatte sich der OGH mit der Frage nach dem Feststellungsinteresse einer Gesellschaft betreffend die Gesellschaftereigenschaft ihres Gesellschafters zu beschäftigen (OGH 25.11.2020, 6 Ob 206/20t). Der OGH sieht ein solches nicht als grundsätzlich gegeben an. Es gäbe ja schließlich § 78 Abs 1 GmbHG, der besagt, dass im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter



works

gilt, der im Firmenbuch als solcher aufscheint. Und bei der Firmenbuchanmeldung spielen die Geschäftsführer als für die Gesellschaft handelnde Personen eine zentrale Rolle. Sind diese etwa wie im gegenständlichen Fall überzeugt, dass der Notariatsakt, mit dem ein Geschäftsanteil übertragen wurde, unwirksam ist, dann haben die Geschäftsführer schlicht die Anmeldung des Gesellschafterwechsels zum Firmenbuch nicht vorzunehmen. Will der betroffene „Gesellschafter“ dies nicht akzeptieren (etwa weil er von der Gültigkeit des Notariatsakts überzeugt ist), dann kann er gegen die Gesellschaft mit Leistungsklage vorgehen.

In Ausnahmefällen kann der Gesellschaft laut OGH dennoch ein entsprechendes rechtliches Interesse zukommen. Und im konkret zu entscheidenden Fall sah er ein solches auch tatsächlich als gegeben an. Aus welchen Gründen? Der Streit um die Gesellschafterstellung hatte bereits zu einer Lähmung der internen Willensbildung der Gesellschaft geführt, weshalb auch ein Notgeschäftsführer bestellt wurde. Und dieser wurde von der einen Seite (einem Gläubiger) bedrängt, die Anmeldung des Gesellschafterwechsels zum Firmenbuch vorzunehmen. Dagegen wurde ihm von anderer Seite für den Fall, dass er ebendies beabsichtige, mit einer Unterlassungsklage samt einstweiliger Verfügung gedroht. Dies war für den OGH ausreichend, der Gesellschaft hier die Feststellungsklage zuzugestehen.

Gernot Wilfling / Ekaterina Shapatkovskaya

3. Arglist beim Unternehmenskauf

Der OGH entschied unlängst über eine arglistige Irreführung bei einem Unternehmenskauf (OGH 30.09.2020, 5 Ob 144/20t). Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Verkäuferin war Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin einer GmbH. Ihre Tochter als Käuferin arbeitete als nicht kaufmännisch ausgebildete Kraft im Unternehmen ihrer Mutter. Nachdem die Tochter mehr Mitspracherecht im Unternehmen einforderte, trat die Mutter ihren Anteil an der GmbH an die Beklagte zunächst mit einem Recht auf Rückübertragung um EUR 1 ab, blieb aber weiterhin Geschäftsführerin. Im Zuge einer Auseinandersetzung mit ihrer Tochter ließ die Mutter das Unternehmen von der Wirtschaftskammer schätzen, woraus sich ein Wert von EUR 92.448,10 ergab. Die Mutter als Verkäuferin verzichtete in der Folge auf ihr Recht auf Rückabtretung des zuvor bereits um EUR 1 abgetretenen Geschäftsanteils; dies gegen ein monatliches Entgelt von EUR 1.000 (was der OGH als Unternehmensverkauf gegen Leibrente qualifizierte). Die Mutter als Verkäuferin hatte die Tochter als Käuferin im Zuge dieser Vereinbarung glauben gemacht, dass der Unternehmenswert in Wahrheit sogar deutlich höher sei als von der WKO angenommen (EUR 138.000) und die Zahlung der EUR 1.000 monatlich leicht möglich sei. Ganz im Gegenteil



works

stellte sich nachträglich jedoch heraus, dass die Bewertung zu hoch war, weil Umsatzerlöse zu hoch angesetzt und die Personalkosten zu niedrig angenommen wurden.

Der OGH sah in diesem Vorgehen der Mutter arglistige Irreführung. Das bewusste Verschweigen von Tatsachen begründet gemäß Höchstgericht dann List, wenn der Schweigende gegen eine ihm obliegende Aufklärungspflicht verstößt. Eine solche besteht, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Beim Kauf eines Unternehmens genüge zwar zur Erfüllung der Offenlegungspflicht im Allgemeinen die Überlassung der Unterlagen, aus denen sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ergibt. Grundsätzlich hat sich also der Käufer gemäß OGH selbst über das Unternehmen zu informieren. Besondere Umstände, die zur Aufklärung verpflichten, lägen aber dann vor, wenn dem Verkäufer ein Umstand bekannt ist, der wesentlich für die Entscheidungsfindung des Käufers ist und dem Verkäufer das aktuelle Nichtwissen des Käufers über diesen Umstand bekannt ist. In einem solchen Fall darf der Wissende den anderen nach OGH nicht in Unkenntnis lassen.

Nachdem der OGH eine solche listige Irreführung als gegeben ansah musste er sich lediglich noch damit auseinandersetzen, ob die listige Handlung auch kausal für den Vertragsabschluss war; ein Umstand, der vom Getäuschten behauptet und bewiesen werden muss. Der von der Mutter hervorgerufene Irrtum der Tochter über den Wert des Unternehmens hatte im konkreten Fall laut OGH maßgeblichen Einfluss auf deren Entscheidung, der Mutter die monatliche Leibrente zuzusagen.

Valentina Treichl

4. Managerhaftung: Die Krux mit dem Schaden

Sowohl das GmbH-Gesetz, als auch das Aktiengesetz sehen mit der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ für Geschäftsführer bzw Vorstände einen recht strengen Haftungsmaßstab vor. Und Manager sind im Regelfall auch nur dann haftungsfrei, wenn sie sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten haben lassen und auf der Grundlage angemessener Information annehmen durften, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln (sogenannte Business Judgement Rule). Für betroffene Gesellschaften, die einen Anspruch gegenüber (häufig: ehemaligen) Managern geltend machen wollen, stellt sich aber schon vorgelagert eine in der Praxis häufig besondere Herausforderung: Sie müssen einen durch das Management verursachten Schaden belegen und quantifizieren können!

In einer Klage wegen Geschäftsführer- bzw Vorstandshaftung muss nicht nur ein präzises Klagebegehren formuliert werden (zB Zahlung von EUR 500.000 wegen Schadenersatz), sondern es sind auch die rechtserzeugenden Tatsachen vollständig anzuführen. Beides kann etwa dann besonders herausfordernd sein, wenn Manager in ihrem Ressort generell schlampig gearbeitet haben und



works

dadurch mit Sicherheit einen (allenfalls auch: hohen) Schaden verursacht haben, die einzelnen Handlungen samt konkretem Schaden aber schwer greifbar sind. Ein Beispiel: Ein Vorstand ist für Marketing zuständig, gibt für zahlreiche nicht fachgerecht erstellte Werbemaßnahmen unvertretbar hohe Beträge aus und verursacht der Gesellschaft damit einen Schaden. Oder etwas anders gelagert: Er gibt für Online-Marketing insgesamt unvertretbar viel Geld aus, die einzelnen Kampagnen sind aber sorgfältig erstellt und mitunter vielleicht sogar erfolgreich. In letzterer Konstellation ist zu bedenken, dass es in kleineren Unternehmen und jungen Wachstumsunternehmen häufig keine formalisierten Budgets oder sonstige genaue Vorgaben (etwa im Gesellschaftsvertrag oder einer Geschäftsordnung) gibt.

In einem von uns geführten Verfahren gegen den ehemaligen Geschäftsführer eines Mandanten wegen exzessiver Facebook-Werbung haben wir bei der Schadensberechnung einen kreativen Ansatz gewählt: Wir haben argumentiert, dass Ausgaben für Facebook-Werbung über einem bestimmten Prozentsatz des Vormonatsumsatzes bei der konkreten Gesellschaft keinesfalls sorgfältig waren und daher jeder über diese Grenze hinaus ausgegebene Euro bei der Gesellschaft einen zu ersetzenden Schaden verursacht hat. Rein rechtlich betrachtet hätte es hier durchaus spannende Fragen der Schadensberechnung zu klären gegeben, die letztlich leider nicht gerichtlich geklärt wurden. Der Fall endete mit einem Vergleich.

Hat man die Schadensberechnung einmal bewerkstelligt, ist auch noch zu bedenken, dass der Manager einen Vorteilsausgleich einwenden kann, wobei er dann auch beweisen muss, dass der Gesellschaft aus den schädigenden Handlungen ein entsprechender Vorteil entstanden ist (auch zu dieser Thematik hätte der vorstehend schon kurz angerissene Fall durchaus spannend sein können).

Abschließend möchte ich noch von einem jüngeren OGH-Urteil berichten, bei dem die Frage nach dem Schaden durchaus auch relevant war. Fraglich war die Haftung eines Vorstands einer AG mit Doppelfunktion. Der beklagte Manager war Vorstand sowohl der Holding AG (H) als auch einer operativen Beteiligungsgesellschaft (B). Die Geschäftsordnung von H sah vor, dass der Vorstand von H für die Abgabe von Patronatserklärungen auch durch verbundene Unternehmen (darunter fällt B) eine Zustimmung des Aufsichtsrats von H einholen muss. Der Beklagte und sein Vorstandskollege in der B gaben eine Patronatserklärung der B ab, ohne den Aufsichtsrat der H um Zustimmung zu fragen. In weiterer Folge wurde B aufgrund von massiven Problemen bei jenem Projekt, in dessen Rahmen die Patronatserklärung abgegeben wurde, insolvent. H forderte daraufhin von ihrem beklagten (Ex-)Vorstand die Wiedergutmachung des Schadens, der ihr durch den „Verlust“ ihrer Beteiligung an B entstand. Ist das nicht ein bloßer (nicht ersatzfähiger) Reflexschaden, der sich bei H als Gesellschafterin von B aufgrund von Verfehlungen bei B durch deren Management ergibt? Ja, sagten die Vorinstanzen, nicht unbedingt, meint der OGH. H stützte ihren Schaden nämlich (auch)



works

auf eine Pflichtverletzung des Managers als ihr Vorstand, weil er gegen die Geschäftsordnung der H verstoßen habe. Er hätte die Zustimmung von deren Aufsichtsrat aber nicht bekommen und in weiterer Folge auf B dahingehend einwirken müssen, dass sie die Abgabe der Patronatserklärung unterlässt (was ihm aufgrund seiner Doppelfunktion als Vorstand auch der B wohl auch leicht geglückt wäre). Es sind nun in weiterer Folge zwar noch Fragen der Kausalität des Verhaltens für den eingetretenen Schaden zu klären, die Entscheidung zeigt aber einmal mehr, wie wichtig das minutiöse Einhalten der internen Zustimmungsvorbehalte durch die Geschäftsführung ist. Der OGH sagt hierzu wörtlich: *„Holt der Vorstand die Genehmigung des Aufsichtsrats zu einem genehmigungspflichtigen Geschäft aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht ein und führt dieses Geschäft in der Folge zu einem Verlust (also einem „Schaden“ im Sinne des Schadenersatzrechts), dann reicht es, wenn die Gesellschaft die Missachtung des Genehmigungsvorbehalts und den Schaden nachweist, weil sie damit ein objektiv-sorgfaltswidriges, das heißt rechtswidriges, Verhalten des Vorstandsmitglieds und zusätzlich die Existenz eines Schadens belegt hat, der mit dem pflichtwidrigen Verhalten in einem Zurechnungszusammenhang steht.“*.

Gernot Wilfling



Information

Mag. Gernot Wilfling
T +43 1 535 8008, E g.wilfling@mplaw.at

Dr. Martin Melzer, LL.M.
T +43 1 535 8008, E m.melzer@mplaw.at

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH
Rockgasse 6, 1010 Wien
www.mplaw.at