



Newsletter Corporate/M&A Issue 5|2023

Die Themen dieses Newsletters:

1. Wofür die neue FlexCo alles taugt
2. Bedingungen im Unternehmenskaufvertrag - Wann sie als eingetreten gelten
3. Achtung Whistleblowing: seit 17.12.2023 Pflichten gemäß HinweisgeberInnenschutzgesetz auch für kleinere Unternehmen!
4. Verbotene Einlagenrückgewähr: Darf eine Gesellschaft die Maklerprovision für ihre Veräußerung zahlen?
5. Keine Verstoß gegen das Verbot der Eigenlagenrückgewähr bei Kreditdeckung zugunsten eines Dritten
6. Ressortverteilung und ihre Wichtigkeit aus Haftungsgründen
7. Zur Außenhaftung von Vorständen und Geschäftsführer:innen
8. Veranstaltungstipp – Ausgewählte Aspekte des Unternehmens(ver)kaufs Teil II

1. WOFÜR DIE NEUE FLEXCO ALLES TAUGT

Diskutiert als neue Rechtsform für Start-ups, wird die neue Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG bzw FlexCo) in der Praxis ein deutlich weiteres Anwendungsfeld haben. Es beginnt schon einmal bei einer ganz allgemeinen Fragen: Ist die FlexCo nicht die bessere GmbH und sollte man künftig allen Mandant:innen, die eine haftungsbeschränkte, „private“ Gesellschaft gründen wollen zur FlexCo raten? Ich meine ja! Die FlexCo ist ja im Prinzip eine GmbH, nur bietet sie halt, nomen est omen, mehr Flexibilität, die man nutzen kann, aber nicht muss. Und sie ist wegen ihrer reduzierten Formvorschriften bei Beschlussfassungen und Anteilsübertragungen jedenfalls weniger bürokratisch. Das einzige für die etablierte GmbH vorzubringende (eher „softe“) Argument ist die fehlende internationale (und wohl auch nationale) Bekanntheit. Das wird sich aber mit der Zeit ändern und ist mE auch kein ausreichender Grund, um nicht zur FlexCo zu greifen.

Dass die FlexCo mit ihren Unternehmenswert-Anteilen für Mitarbeiter:innenbeteiligung gut geeignet ist, wird medial auf und ab diskutiert und soll hier eine Randnotiz bleiben. Diese Unternehmenswert-Anteile bringen bekanntlich vermögensrechtlich die Stellung eines/einer Gesellschafter:in, ohne jedoch nennenswerte Mitspracherechte zu gewähren. Das erinnert natürlich an das in der Praxis doch recht häufig verwendete Modell der eigenkapitalähnlichen Genussrechte. Werden die Unternehmenswert-Anteile also künftig statt Genussrechten als Finanzierungsinstrument eingesetzt werden. Ich denke schon, dass das vorkommen wird, kenne es meiner Beratungspraxis auch die eine oder andere Überlegung in diese Richtung.



works

Dafür spricht, dass ich ein klares gesetzliches Regelungsregime habe und die Beteiligung somit nicht auf rein vertraglicher Grundlage erfolgt. Genussrechtsbedingungen sind nach Judikatur als allgemeine Geschäftsbedingungen einzustufen und damit permanent in Gefahr, von anleger:innenfreundlichen Gerichten als gröblich benachteiligend oder intransparent eingestuft zu werden. Genau hier liegt aber der auch der Nachteil: Rein vertraglich vereinbarte Beteiligungsmodelle gewähren mehr Gestaltungsspielraum. Ich kann also etwa eine Kündigung oder eine befristete Laufzeit mit Genussrechtsinhaber:innen vereinbaren, nicht aber mit Unternehmenswert-Anteilsinhabern. Hier müsste man allenfalls mit Rückkaufsoptionen (der Gesellschaft oder der Altgesellschafter) arbeiten. Zudem besteht für Unternehmenswert-Anteile mit der Schriftlichkeit zwar im Vergleich zu GmbH-Anteilen (Notariatsakt) ein reduziertes Formerfordernis. Schriftlichkeit bedeutet aber etwas vereinfacht gesagt Unterschriftlichkeit (physisch oder per qualifizierter elektronischer Signatur), was etwa im Crowdfunding zu Themen führt. Genussrechtszeichnungen sind dagegen gänzlich formfrei.

Stichwort Crowdfunding: Unternehmenswert-Anteil sind wie generell Geschäftsanteile von FlexCos keine übertragbaren Wertpapiere und unterliegen damit nicht der ECSP. Crowdfunding-Modelle mit Unternehmenswert-Anteilen müssen daher auf Basis der nationalen kapitalmarktrechtlichen Informationsregime (AltFG, (vereinfachter) Prospekt nach KMG) durchgeführt werden und profitieren nicht vom neuen unionsrechtlich einheitlichen Crowdfunding-Regime für übertragbare Wertpapiere.

In Sonderkonstellationen werden sich Unternehmenswert-Anteile auch für die Beteiligung von (strategischen) Partner:innen und Joint Ventures eignen. Dies natürlich immer dann, wenn der/die Partner:in von einem Projekt, das über eine FlexCo verwirklicht wird, „nur“ finanziell profitieren soll, der/die Projektbetreiber:in dagegen allein „das Sagen haben“ soll. In den Branchen Energie und Immobilien sehen wir hier derzeit etwa Anwendungsmöglichkeiten.

Man sieht also, es gibt durchaus vielseitige Einsatzmöglichkeiten bei ganz allgemeiner einfacherer und günstigerer Handhabung der neuen Rechtsform. Da stellt sich natürlich für die fast 200.000 bestehenden GmbHs bzw deren Eigentümer die Frage: Soll ich jetzt umwandeln? Dass eine Umwandlung recht leicht möglich ist habe ich bereits im Beitrag *** beschrieben. Sinnvoll ist sie wohl (nur) dann, wenn häufigere Gesellschafter:innenwechsel zu erwarten, man eine Mitarbeiter:innenbeteiligung machen möchte oder eine der hier beschriebenen Finanzierungsvarianten andenkt.

Gernot Wilfling



2. BEDINGUNGEN IM UNTERNEHMENSKAUFVERTRAG - WANN SIE ALS EINGETRETEN GELTEN

Anlässlich einer aktuellen OGH-Entscheidung (9Ob49/23f) zu Bedingungen in Unternehmenskaufverträgen möchten wir wieder einmal die Grundsätze in Erinnerung rufen, welche der OGH rund um Bedingungen in Rechtsgeschäften aufgestellt hat. Bekanntlich stehen ja die allermeisten Kaufverträge, mit welchen Unternehmen oder Gesellschaftsanteile (Geschäftsanteile, Aktien etc) erworben wären, unter zahlreichen aufschiebenden Bedingungen. Klassiker sind etwa behördliche Genehmigungen, der Strauß ist aber bunt und hängt von den konkreten Umständen des Falls ab. Je nach Inhalt der Bedingung können Käufer:in oder Verkäufer:in für die Erfüllung der Bedingung zuständig sein. Man regelt dies und die Rechtsfolgen einer Nichterfüllung oder gar bewussten Vereitelung durch die verpflichtete Partei zwar häufig. Aber was gilt hier eigentlich nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung?

Grundsätze des OGH zu Bedingungen

Der OGH judiziert zu aufschiebenden Bedingungen in Verträgen in ständiger Rechtsprechung wie folgt:

1. Ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Vertrag bindet bereits die Vertragspartner insoweit, als der bedingt Verpflichtete alles tun und vorkehren muss, was notwendig ist, um den Eintritt der Bedingung erfüllen zu können und alles unterlassen muss, was die Erfüllung verhindern würde.
2. Bei einem bedingten Vertrag ist jede Beeinflussung des Ablaufs der Ereignisse wider Treu und Glauben unzulässig. Eine Partei darf demnach auf die Bedingung nicht in einer Art und Weise einwirken, die die andere nach dem Sinn und Zweck des Vertrags redlicherweise nicht erwarten konnte..
3. Ob eine treuwidrige Bedingungsverweigerung vorliegt, richtet sich folglich nach dem (hypothetischen) Willen redlicher und vernünftiger Vertragsparteien, nach dessen Maßgabe zu beurteilen ist, wie weit der betreffenden Partei nach dem Vertragszweck eine Einflussnahme auf den Eintritt der Bedingung geboten, untersagt oder freigestellt war.
4. Wird der Eintritt einer Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

Natürlich kommt es bei der Beurteilung letztlich auf den Einzelfall an. Schauen wir uns den aktuellen OGH-Fall kurz an, auch wenn die Entscheidung hier letztlich wohl nicht besonders überraschend kam.



OGH zu Besserungsklausel

Gegenständlich ging es nicht um eine klassische aufschiebende Bedingung, sondern um eine Besserungsklausel: Wenn die Käuferin eines Unternehmens aus der Unternehmensgruppe der Verkäuferin bis zu einem bestimmten Stichtag insgesamt 20 Mitarbeiter:innen für das gekaufte Unternehmen übernimmt (was sie wohl durfte und auch sollte), ist ein weiterer Kaufpreisteil von EUR 100.000 fällig. Tatsächlich übernahm die Käuferin nur 16 Mitarbeiter. Dies aber nach dem festgestellten Sachverhalt, weil die Übernahme von mehr Mitarbeiter:innen wirtschaftlich für die Käuferin nicht vertretbar gewesen sei. Für die Beschäftigung einer höheren Anzahl an Mitarbeitern lagen keine ausreichenden Aufträge vor.

Vor diesem Hintergrund waren alle drei Instanzen im gegenständlichen Fall der Ansicht, die Käuferin habe den Bedingungseintritt nicht treuwidrig vereitelt, weil ihre – durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelte – Mitwirkungspflicht bei Herbeiführung der Bedingung mit ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen an der Führung des Unternehmens begrenzt sei. Redlicherweise durfte sich der Kläger auch nicht erwarten, dass die Beklagte trotz der festgestellten negativen wirtschaftlichen Entwicklung ihres Unternehmens weitere Mitarbeiter einstellt.

Gernot Wilfling

3. ACHTUNG WHISTLEBLOWING: SEIT 17.12.2023 PFLICHTEN GEMÄß HINWEISGEBERINNENSCHUTZGESETZ AUCH FÜR KLEINERE UNTERNEHMEN!

Wie bereits in einigen Newsletter-Beiträgen berichtet, hat man es nunmehr geschafft die sog Whistleblower-Richtlinie (RL (EU) 2019/1937) durch das HinweisgeberInnenschutzgesetz (HSchG) umzusetzen. Wir stellen Ihnen die wesentlichen Inhalte des HSchG vor und zeigen auf, dass kleinere Unternehmen mit mehr als 50 und weniger als 250 Mitarbeitern seit 17.12.2023 neue Compliance-Pflichten treffen.

I. Grundlagen und Geltungsbereich

Das am 25.2.2023 in Kraft getretene HSchG regelt u.a., wer als Hinweisgeber gilt und wie er geschützt ist, welche Unternehmen interne Meldekanäle einzurichten und zu betreiben haben, wie interne und externe Meldekanäle ausgestaltet zu sein haben und wie mit Hinweisen umzugehen ist. Außerdem enthält das HSchG etwa Schutzbestimmungen für Hinweisgeber:innen und Regelungen zur Verhinderung ungerechtfertigter Verdächtigungen (sog „Vernadern“). Wer im Rahmen einer



beruflichen Tätigkeit von einer Rechtsverletzung Kenntnis erlangt und diese durch einen Hinweis aufdeckt, gehört zum Kreis der geschützten Hinweisgeber. Das sind neben Arbeitnehmern auch z.B. Praktikanten, Mitglieder von Leitungs- und Aufsichtsorganen, Arbeitnehmer von Auftragnehmern und (Sub-)Lieferanten. Unbeteiligte Dritte unterliegen daher nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des HSchG. Das HSchG ist für Arbeitgeber mit zumindest 50 Arbeitnehmern beachtlich, wenn die Möglichkeit besteht, dass sie von Hinweisen in den vom HSchG genannten Bereichen betroffen sein können. Das HSchG gilt für die Hinweisgebung hinsichtlich (des Verdachts) der Verletzung von Vorschriften in den Bereichen

- Öffentliches Auftragswesen;
- Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanzmärkte;
- Produktsicherheit- und konformität;
- Verkehrssicherheit;
- Umweltschutz;
- Strahlenschutz und nukleare Sicherheit;
- Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit und Tierschutz;
- öffentliche Gesundheit;
- Verbraucherschutz;
- Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten sowie Sicherheit von Netz- und Informationssystemen;
- Korruptionsstrafrecht (§§ 302 bis 309 StGB).

Dabei ist es irrelevant, ob der Rechtsverletzung österreichisches Recht oder Unionsrecht zugrunde liegt. Auch umfasst sind Rechtsverletzungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union, wie der Missbrauch von EU-Fördergeldern, Bieterabsprachen und grenzüberschreitender Umsatzsteuerbetrug, die Verletzung von Binnenmarktvorschriften sowie Handlungen zur Umgehung der Körperschaftsteuer. Unternehmen können über diesen sachlichen Anwendungsbereich hinaus freiwillig weitere Rechtsvorschriften (etwa Untreue gemäß § 153 StGB) miteinbeziehen.

II. Schutz von Hinweisgeber:innen

Hinweisgeber sind zur Inanspruchnahme der Verfahren und des Schutzes für die Hinweisgebung ab der Abgabe des Hinweises berechtigt, wenn sie zum Zeitpunkt des Hinweises auf der Grundlage der tatsächlichen Umstände und der ihnen verfügbaren Informationen hinreichende Gründe dafür annehmen können, dass die von ihnen gegebenen Hinweise wahr sind und in den Geltungsbereich



des HSchG fallen. Durch das HSchG werden daher nur „gutgläubige“ Hinweisgeber:innen geschützt. Die Hinweisgebung kann als interne Meldung an die interne Meldestelle oder als externe Meldung an das Bundesamt für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK) erfolgen. Die Identität von Hinweisgebern ist durch diese internen und externen Stellen zu schützen. Dies gilt auch für alle anderen Informationen, aus denen die Identität von Hinweisgebern direkt oder indirekt abgeleitet werden kann. Eine Veröffentlichung durch Hinweisgeber:innen ist nur in ganz bestimmten, eng begrenzten Fällen als „ultima ratio“ zulässig. Hinweisgeber, interne und externe Stellen sowie Behörden dürfen Geschäftsgeheimnisse, die ihnen aufgrund eines Hinweises bekannt werden, nur für die Zwecke des HSchG und nur im dafür erforderlichen Ausmaß benutzen oder offenlegen. Das HSchG enthält umfangreiche Datenschutzbestimmungen.

Sowohl Meldungen unter Angabe der Identität der Hinweisgeber:innen als auch anonyme Meldungen können Schutz nach dem HSchG begründen.

III. Interne und externe Hinweisgebung sowie Veröffentlichung

Arbeitgeber (inkl. öffentlicher Stellen), mit mindestens 50 Arbeitnehmer (hM sämtliche, nicht nur FTE), sind verpflichtet, ein internes Meldesystem nach den Vorgaben des HSchG einzurichten und zu betreiben. Wer dieses nicht einrichtet, kann zwar nicht bestraft werden. Es ist allerdings davon auszugehen, dass bestehende interne Einrichtungen eher genützt werden als externe Meldesysteme gegenüber Behörden oder sogar eine Veröffentlichung. Durch ein internes Verfahren für die Hinweisgebung könnten daher Risiken, wie zB Rufschädigung oder der Verlust der Möglichkeit in einem Kartellverfahren Kronzeuge zu sein, vermieden werden. Laut HSchG ist die interne Meldestelle mit angemessenen personellen und finanziellen Ressourcen auszustatten, es ist eine unparteiliche und unvoreingenommene Vorgehensweise sicherzustellen, es muss ein Zugang zum Meldesystem für die eigenen Beschäftigten bestehen, die Hinweise sind zu dokumentieren und es bedarf einer Rückmeldung binnen dreier Monate und des Setzens von Folgemaßnahmen. Der Arbeitgeber kann selbst entscheiden, ob das interne System nur schriftliche, nur mündliche, oder Hinweise in beiden Formen zulässt. Unternehmen können die Aufgaben einer internen Stelle auf eine gemeinsame Stelle (z.B. Konzernmutter) oder Externe (z.B. Rechtsanwälte) übertragen. Beispiele für Meldekanäle zur internen Hinweisgebung sind etwa Beschwerde-Briefkasten, Online-Plattform, Intranet, E-Mail-Adresse, Telefon-Hotline, Ombudsstelle.

Nach dem HSchG sind externe Meldestellen einzurichten, an die sich ein Hinweisgeber auch direkt wenden darf (obwohl die Anregung besteht, dass er zunächst den Hinweis intern abgibt). BAK ist



works

eine allgemeine externe Stelle. Für bestimmte Bereiche gibt es ausschließlich zuständige externe Stellen.

Ein Hinweisgeber ist berechtigt, unter bestimmten Umständen Hinweise durch deren öffentliches Zugänglichmachen (etwa auf „sozialen“ Plattformen) zu veröffentlichen; dies jedoch nur unter strikten Voraussetzungen, so etwa dann, wenn er einen hinreichenden Grund zur Annahme hat, dass die Rechtsverletzung eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann. Das BAK berät und setzt Folgemaßnahmen.

IV. Schutz der/des Hinweisgebers:in

Die Identität der Hinweisgeber:innen darf grundsätzlich ohne deren Zustimmung nicht offengelegt werden. Maßnahmen, die in Vergeltung eines berechtigten Hinweises erfolgen, etwa Suspendierung, Kündigung, Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags, Herabstufung oder Versagung einer Beförderung, sind rechtsunwirksam. Der Arbeitgeber ist zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands, zum Ersatz des Vermögensschadens sowie zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Schutzwürdige Hinweisgeber haften nicht für tatsächliche oder rechtliche Folgen eines berechtigten Hinweises. Geschützt ist jedoch nicht, wer sich diese Informationen durch eine eigenständige Straftat beschafft und in weiterer Folge mit diesen einen Hinweis erstattet. Straftat ist, wer eine Person im Zusammenhang mit einer Hinweisgebung behindert oder zu behindern sucht oder durch mutwillige gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Verfahren unter Druck setzt, wer eine Vergeltungsmaßnahme setzt, wer die Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit verletzt oder wissentlich einen falschen Hinweis gibt. Dies stellt eine Verwaltungsübertretung dar und ist mit Geldstrafe bis zu 20.000 EUR (im Wiederholungsfall EUR 40.000).

V. Timeline

Für Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten aber mehr als 50 Beschäftigten sind interne Stellen seit 17.12.2023 verpflichtend einzurichten. Unternehmen mit der höheren Beschäftigtenzahl von mindestens 250 Beschäftigten sind dagegen bereits seit 25.8.2023 verpflichtet, einen Meldekanal für vertrauliche Hinweise auf bestimmte gesetzlich definierte Rechtsverletzungen bereitzustellen.

Sebastian Sieder



4. VERBOTENE EINLAGENRÜCKGEWÄHR: DARF EINE GESELLSCHAFT DIE MAKLERPROVISION FÜR IHRE VERÄUßERUNG ZAHLEN?

Unter dem Schlagwort „Einlagenrückgewähr“ sind bekanntlich jegliche Vermögensverschiebungen zwischen einer AG, einer GmbH oder einer GmbH & Co KG (im engeren Sinn) an ihre Gesellschafter verboten, wenn es sich dabei nicht um Gewinnausschüttungen, Gegenleistungen in drittvergleichsfähigen Vorgängen oder betrieblich gerechtfertigte Konstellationen handelt. Wenn nun eine Gesellschaft eine Immobilie, das einzige nennenswerte Vermögen dieser Gesellschaft, nicht „direkt“ als Asset Deal an einen Erwerber veräußert wird, sondern deren Anteile von den Eigentümern der GmbH & Co KG an einen Dritten veräußert werden (Share Deal): Darf dann die Gesellschaft selbst, die mit diesem Vorgang eigentlich nichts zu tun hat, die Maklerprovision für die Vermittlung des Erwerbers zahlen?

Grundsätzlich nein, sagt der OGH, eben wegen Einlagenrückgewähr, weil sich dadurch die Gesellschafter einen Aufwand zulasten der Gesellschaft ersparen, den sie eigentlich tätigen hätten müssen (6Ob24/23g). Gleichzeitig anerkennt das Höchstgericht wohl, dass so ein Vorgang unter Umständen auch betrieblich gerechtfertigt sein kann. Und genau das half dem seine Provision einklagenden Makler im gegenständlichen Fall.

Einlagenrückgewähr ist nämlich primär ein Thema zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, allenfalls auch diesen nahe stehenden Personen. „Echte Dritte“, wie im gegenständlichen Fall der Makler, müssen sich Einlagenrückgewähr-Sachverhalte nur dann entgegenhalten lassen, wenn sich in einer Konstellation der Verdacht einer Einlagenrückgewähr schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt (mittlerweile ständige Rechtsprechung, RS0105537). Nur dann besteht eine allgemein Erkundigungs- und Prüfpflicht für den Dritten. In Fällen, in denen das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung schon dem ersten Anschein nach plausibel erscheint und in denen keine Verdachtsmomente gegeben sind, die am Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung zweifeln lassen müssten, besteht kein weiterer Überprüfungsbedarf in diese Richtung; nur von vornherein hochverdächtige Fälle lösen die Erkundigungspflicht aus. Und genau dafür, nämlich für das Vorliegen eines „hochverdächtigen Falls“, sah der OGH hier keinen Anhaltspunkt.

Gernot Wilfling



5. KEIN VERSTOß GEGEN DAS VERBOT DER EINLAGENRÜCKGEWÄHR BEI KREDITDECKUNG ZUGUNSTEN EINES DRITTEN

Der OGH hat sich jüngst in einer spannenden Entscheidung ein weiteres Mal mit dem überaus bedeutsamen Thema der Einlagenrückgewähr und der Reichweite des Verbots beschäftigt, in casu, ob die Kreditdeckung zugunsten eines Dritten gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt.

Der Sachverhalt in der jüngsten Entscheidung des OGH in dieser Thematik ist grundsätzlich relativ einfach dargelegt. Ein Minderheitsgesellschafter, mit GA von 13,5%, und Aufsichtsratsmitglied (der „**Beklagte**“) einer GmbH (die „**Gesellschaft**“) empfahl der Hausbank der Gesellschaft, die diese mit mehreren hundert Millionen Euro Kreditvolumen finanzierte, die Kreditvergabe an einen potentiellen Geschäftskunden der Gesellschaft. Der Beklagte preiste der Hausbank diesen besagten Unternehmer als „vertrauenswürdigen Geschäftsmann“ an, übernahm sonst aber, wie die Gesellschaft selbst, keinerlei Haftung für den später entstandenen Kredit zwischen dem Unternehmer und der Hausbank.

Der Unternehmer bediente den Kredit nicht. In Folge, als der Kredit notleidend wurde, wollte die Hausbank, dass die Gesellschaft und/oder der Beklagte die Haftung für diesen Kredit übernehmen. Der Beklagte hingegen lehnte jegliche Haftungsübernahme ab. Aufgrund entsprechender Willensbildung in der Konzernleitung deckte die Gesellschaft den Kredit des Unternehmers trotz ihrer fehlenden Haftung durch Zahlung an die Hausbank aber letztlich dennoch ab, weil sie weiterhin von der Hausbank finanziert werden bzw eine Verschlechterung der Kreditkonditionen bei den bevorstehenden Neuverhandlungen ihrer Finanzierungsverträge mit der Hausbank verhindern wollte. Der Beklagte war faktisch nicht in der Lage, auf die Gesellschaft einzuwirken hinsichtlich der von der Konzerngesellschaft getroffenen Entscheidung bzw der Gesellschaft überhaupt Anweisungen zu erteilen. Die Zahlung hatte somit nicht den Zweck, den Beklagten aus einer „ungünstigen Lage“ zu befreien.

Zur Erinnerung: Das Verbot der Einlagenrückgewähr bildet einen Ausgleich für die mangelnde persönliche Haftung der Gesellschafter von Kapitalgesellschaften. Normadressaten des in § 82 GmbHG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die GmbH und die Gesellschafter. Die Bestimmung normiert, dass die Gesellschafter einer GmbH ihre Einlage nicht zurückfordern können, sondern (mit wenigen Ausnahmen) lediglich einen Anspruch auf den ordnungsgemäß ermittelten Bilanzgewinn haben (sofern dieser nicht durch Gesellschaftsvertrag, Beschluss der Gesellschafter oder gesetzlich ausgeschlossen wurde).

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung stellte der OGH im oben genannten Fall klar, dass diese Zahlung keine Missachtung des Verbots der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG darstelle. Der bloße Umstand, dass der Beklagte von der „Last“ befreit worden sei, eine unberechtigte Forderung



der Hausbank „abzuwehren“, genüge nicht, um eine Art der Einlagenrückgewähr zu begründen, nach Ansicht des OGH.

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH können Leistungen an einen Dritten einem Gesellschafter, abhängig von der Bewertung im Einzelfall, dann zugerechnet werden, wenn damit versucht wird, das gesetzliche Ausschüttungsverbot zu umgehen. Dies aber nur dann, wenn die Leistung an den Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt oder der Dritte eine solche Stellung einnimmt, die jener eines Gesellschafters gleichkommt. Einem Gesellschafter die Abwehr einer unberechtigten Forderung zu ersparen, obwohl es sich in Wahrheit um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, auf die der mittelbare Gesellschafter keinen Einfluss nehmen konnte, ist hingegen kein so gearteter Fall.

Kompakt formuliert lässt sich also folgendes festhalten: Die Zahlung einer Schuld eines Dritten durch die Gesellschaft begründet keine Einlagenrückgewähr, wenn der Gesellschafter keinen Vorteil aus dieser zieht. Die Ersparnis der Abwehr einer unberechtigten Forderung ist kein im Sinne der Einlagenrückgewähr relevanter Vorteil (6Ob234/21m).

Melike Okulmus

6. RESSORTVERTEILUNG UND IHRE WICHTIGKEIT AUS HAFTUNGSGRÜNDEN

Bei größeren Kapitalgesellschaften mit mehreren Geschäftsführer:innen bzw. Vorständ:innen sprechen gute Gründe für die Einführung einer Ressortverteilung. Ressortverteilungen bieten nicht nur praktische Vorteile, sondern führen zu einer Effizienzsteigerung und bewirken gleichzeitig eine Reduzierung persönlicher Haftungsrisiken.

Ressort- oder Geschäftsverteilung bedeutet die Verteilung verschiedener Tätigkeiten innerhalb des geschäftsleitenden Organs nach sachlichen und/oder örtlichen Kriterien bzw in funktioneller Hinsicht. Die Geschäftsverteilung kann grundsätzlich formfrei, sogar konkludent erfolgen. Eine eindeutig formulierte schriftliche Vereinbarung ist jedoch aus Beweis Zwecken empfehlenswert. Darüber hinaus sorgt eine klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten und Aufgaben für eine gute Organisation und Zusammenarbeit.

Die Einführung einer Ressortverteilung erfolgt entweder in der Satzung/im Gesellschaftsvertrag oder in einer Geschäftsordnung. Sieht die Satzung/der Gesellschaftsvertrag diesbezüglich keine Regelung vor, kann die Ressortverteilung durch einen Gesellschafterbeschluss eingeführt werden. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die Ressortverteilung durch einen Beschluss der Geschäftsführer:innen eingeführt werden kann. Die Judikatur erachtet eine solche Regelung durch



die Geschäftsführer:innen als zulässig. Die Literatur verlangt hierfür zumindest die Zustimmung aller Geschäftsführer:innen.

In der Regel, d.h. ohne abweichende Vereinbarung, gilt Gesamtgeschäftsführung. In dieser Konstellation bedürfen sämtliche Managemententscheidungen der Mitwirkung aller Geschäftsführer:innen. Diese tragen volle Verantwortung für sämtliche Geschäftsbereiche des Unternehmens und haften gemeinsam für alle Pflichtverletzungen und Misstände. Ausschließlich im Falle von Gefahr in Verzug kann auf die Zustimmung der Co-Geschäftsführer:innen verzichtet werden. Eine solche Gefahr liegt vor, wenn der Gesellschaft ein Schaden und nicht bloß Gewinnentgang droht.

Bei einer Ressortverteilung ist grundsätzlich jedes Mitglied für seinen Bereich eigenverantwortlich. In diesem Fall stellt sich die Frage, inwiefern ein/eine Geschäftsführer:in, die nicht für ein bestimmtes Ressort zuständig ist, für die anderen Ressorts Verantwortung trägt und hierfür haftbar gemacht werden kann.

Bei einer Ressortverteilung gilt grundsätzlich der Vertrauensgrundsatz: Ressortunzuständige Geschäftsführer:innen dürfen darauf vertrauen, dass der/die ressortzuständige Geschäftsführer:in den ihm/ihr zugewiesenen Tätigkeitsbereich ordnungsmäßig führt. Er/sie trägt für sein Ressort zunächst volle Verantwortlichkeit. Die Ressortverteilung führt jedoch nicht zum gänzlichen Entfall der Haftung für fremde Ressorts. Die nicht ressortzuständigen Organmitglieder sind zur Überwachung der anderen Geschäftsbereiche verpflichtet. Sie haben sich über den Gang der Geschäfte und die Abläufe zu informieren und müssen erst bei Bestehen eines konkreten Verdachts für ein nicht ordnungsmäßiges Führen des Ressorts einschreiten. Nach OGH-Judikatur sind an diese Pflicht besonders strenge Anforderungen zu stellen. Das hat der OGH auch in der berühmten FACC – Entscheidung¹ bestätigt. Nach seiner Ansicht ist ein/eine ressortunzuständige/r Geschäftsführer:in dann zur Nachfrage verpflichtet, wenn der/die Ressortzuständige selbst von sich aus keine Informationen erteilt oder konkrete Bedenken gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner/ihrer Auskünfte bestehen. Eine anlasslose, lediglich auf prinzipiellem Misstrauen beruhende Obliegenheit, die anderen Ressorts ständig zu überprüfen, würde zu einer Überspannung der Sorgfaltspflicht eines/einer Geschäftsführer:in führen. Darüber hinaus kommt den Ressortunzuständigen ein Auskunfts- und ein Widerspruchsrecht zu.

Zu beachten ist, dass bestimmte „Kernaufgaben“ des Geschäftsführungsorgans der Ressortverteilung nicht zugänglich sind. Diese sind ganz zentrale Leitungsaufgaben, wie zB. die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses, die Führung der erforderlichen Bücher der Gesellschaft, die rechtzeitige Anmeldung eines Insolvenzverfahrens, die Festlegung der Unternehmenspolitik oder die Einberufung

¹ OGH 03.08.2021, 8 Ob A109/20t.



works

der Hauptversammlung. Von diesen zwingenden Pflichten können sich die Geschäftsführer:innen niemals befreien. Obwohl die Hauptverantwortung für diese sog. Kardinalpflichten einem/einer Geschäftsführer:in übertragen werden kann, wird dadurch die Haftung des/der einzelnen ressortunzuständigen Geschäftsführer:in nicht ausgeschlossen. In diesem Fall gilt sogar eine verstärkte Überwachungspflicht, die sogar das regelmäßige Einholen von Informationen und laufende Beobachtung der Liquidität und wirtschaftliche Lage des Unternehmens erfordert.

Wie bereits erwähnt, führt die Ressortverteilung nicht zu einem gänzlichen Haftungsausschluss. Gerade bei größeren Unternehmen ist ein Arbeitsalltag ohne Aufteilung der diversen Tätigkeiten kaum möglich. Entsprechend ist insbesondere in solchen Unternehmen eine Ressortverteilung nicht nur aus praktischer Sicht vorteilhaft, sondern führt diese darüber hinaus auch zu einer gewissen Haftungsminderung für das einzelne Mitglied. Ressortverteilungen ermöglichen es, Aufgaben innerhalb des Unternehmens entsprechend den jeweiligen fachlichen Kenntnissen der einzelnen Geschäftsführer:in aufzuteilen. Bei einer gelungenen Ressortverteilung, die jeden einzelnen Tätigkeitsbereich entsprechend aufteilt, können Haftungsfälle vermindert und die Verantwortung der Organmitglieder reduziert werden.

Dominika Szanto

7. ZUR AUßENHAFTUNG VON VORSTÄNDEN UND GESCHÄFTSFÜHRER:INNEN

Die Frage danach, wofür man als Vorstand einer AG oder Geschäftsführer:in einer GmbH (in der Folge "Geschäftsleiter:in") zu haften hat, ist für die Betroffenen natürlich überragend wichtig. Dass Geschäftsleiter aufgrund verschiedener Tatbestände gegenüber "ihrer" Gesellschaft haftbar werden können ist noch einigermaßen gut bekannt. Ob/wann aber allenfalls auch Dritte, etwa Gläubiger:innen oder Eigentümer:innen der Gesellschaft, auf die Geschäftsleiter:innen persönlich greifen können ist nicht nur im Detail umstritten, sondern den Handelnden meiner Wahrnehmung nach auch nicht durchwegs bewusst. Ein paar wesentliche Grundsätze dieser sogenannten "Außenhaftung" möchte ich hier grob skizzieren.

Grundsatz der Innenhaftung: Geschäftsleiter:innen haften nur gegenüber der Gesellschaft

Ganz allgemein gilt, dass Geschäftsleiter:innen in der Regel nur gegenüber ihrer Gesellschaft haften. Man spricht hier von "Innenhaftung". Dies primär dann, wenn sie die Geschäfte nicht mit der Sorgfalt eines/einer ordentlichen Unternehmer:in führen und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht. Das gilt prinzipiell auch, wenn die Gesellschaft (handelnd durch den/die



Geschäftsleiter:in) eine Pflicht verletzt oder gar ein Delikt begeht und jemandem dadurch einen Schaden verursacht. Nach außen haften Geschäftsleiter:innen nach Judikatur im Wesentlichen nur dann, wenn sie eine eigenen, nicht nur die Gesellschaft betreffende Pflicht missachten. Was anderes kann allenfalls gelten, wenn ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger:innen oder des "Publikums" verletzt wird.

Wann verletzt man als Geschäftsleiter:in "eigenen Pflichten"?

Hier kommen zum Beispiel falsche Erklärungen/Nachweise nach § 56 Abs 3 AktG in Frage. Denkbare weitere Anspruchsgrundlagen sind etwa § 64 Abs 2 GmbHG und § 26 Abs 2 GmbHG. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Verletzung der Insolvenzantragspflicht (§ 69 IO). Wobei hier natürlich fraglich ist, ob es sich dabei wirklich um eine eigene Pflicht der Geschäftsleiter:innen handelt oder nicht eher um einen Fall einer gläubigerschützenden Norm (siehe dazu sogleich).

Welche Schutzgesetze können Geschäftsleiter:innen gefährlich werden?

Der OGH können Geschäftsleiter:innen von Gläubiger:innen dann persönlich in Anspruch genommen werden, wenn eine dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger:innen dienende Norm verletzt wurde. Strafrechtliche Kridatbestände und die Verletzung der Insolvenzantragspflicht sind hier Klassiker, es zählt dazu wohl aber auch § 39 FBG.

Speziell für börsennotierte Aktiengesellschaften interessant ist die Frage, ob die Ad-hoc-Pflicht ein solches Schutzgesetz ist. Dass diese ein Schutzgesetz zulasten der Emittenten (also der Gesellschaft, deren Wertpapiere börsennotiert sind), ist, steht soweit ersichtlich außer Frage. Aber wirkt sie auch als Schutzgesetz zulasten des Vorstands der Emittentin? Das wäre eine (nicht zu rechtfertigende) Haftungsbombe und man kann dies auch aus OLG vom 19.8.2022, 33R127/21 nicht herauslesen.

Wann es sonst noch zu einer Außenhaftung kommen kann

Weitere mögliche Außenhaftungsfälle gehen schon mit einem gravierenden Fehlverhalten einher. So kann man etwa bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung durch die Gesellschaft als (mit-)handelnde Geschäftsleiter:in allenfalls auch persönlich in Anspruch genommen werden. Zudem kommt natürlich die Verletzung von Strafgesetzen in Frage.

works

Resümee

Schon dieser kurze, hier naturgemäß grobe Überblick zeigt, dass es für Geschäftsleiter:innen von überragender Bedeutung ist, dass "ihre" Gesellschaft alle sie treffenden Gesetze bestmöglich einhält. Das Schlagwort "Compliance" ist nicht umsonst seit vielen Jahren in aller Munde. Wir raten jedenfalls dringend dazu, im Unternehmen entsprechende organisatorische Vorkehrungen zu treffen.

Gernot Wilfling

8. VERANSTALTUNGSTIPP – AUSGEWÄHLTE ASPEKTE DES UNTERNEHMENS(VER)KAUFS TEIL II

Am 24. Jänner 2024 setzen wir unsere Veranstaltungsreihe „Ausgewählte Aspekte des Unternehmens(ver)kaufs“ mit dem zweiten Teil fort. Dabei werden die Vortragenden die rechtlichen und steuerlichen Aspekte von Share Deal bzw Asset Deal erläutern. Sollten Sie Interesse haben, können Sie sich gerne unter events@mplaw.at anmelden. Die Veranstaltung findet physisch bei uns in der Kanzlei, Rockgasse 6, 1010 Wien, statt. Wir freuen uns auf Ihre Teilnahme und einen spannenden Austausch!



Teamleitung

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

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