



works

Newsletter Corporate/M&A Issue 1|2020

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Regierungsprogramm lässt einige gesellschaftsrechtliche Neuerungen erwarten](#)
2. [Judikatur: Gerichtliche Gestattung der Übertragung vinkulierter Aktien erstmals vor dem OGH](#)
3. [Der Rechtsanwalt als Vorsitzender der Generalversammlung](#)
4. [M&A-reiches Jahr endet mit erfolgreichem Asset-Deal](#)
5. [Der Beirat einer GmbH](#)

1. Regierungsprogramm lässt einige gesellschaftsrechtliche Neuerungen erwarten

Im neuen Regierungsprogramm finden sich mehrere interessante Hinweise auf gesellschaftsrechtliche Neuerungen. Nachfolgend finden Sie zentrale Punkte zusammengefasst:

- Die GmbH und die AG sollen insbesondere für Start-ups und Familienunternehmen flexibilisiert werden. Angedeutet sind etwa Erleichterungen beim Rückerwerb eigener Anteile (bei GmbHs bisher im Regelfall gar nicht möglich, bei der nicht börsennotierten AG nur eingeschränkt und zu speziellen Zwecken).
- Besonders aufhorchen lässt jedoch der Hinweis auf eine neue Gesellschaftsform, die wohl an der aus dem anglo-amerikanischen Raum bekannten „Limited“ angelehnt sein soll. Folgende Details kann man dem Regierungsprogramm dazu entnehmen: (i) unbürokratische Gründung (Stammkapital-Ansparmodelle, digitale Behördenwege, Englisch als Amtssprache); (ii) flexible Anteilsvergabe an mögliche Investoren sowie Mitarbeiter (mit minimalen, digitalen Behördenwegen); (iii) angepasst an österreichische Standards (z.B. Transparenz aller Gesellschafter); (iv) Einsatz auf europäischer Ebene, dass eine einheitliche, zeitgemäße Gesellschaftsform für innovative Start-ups und KMUs EU-weit umgesetzt wird („EU Limited“). Grundsätzlich könnte sich für stark wachsende Jungunternehmen hier durchaus eine interessante Möglichkeit auf-tun. In der Beraterpraxis erleben wir gerade bei solchen Unternehmen durchaus Herausforderungen, insbesondere beim Gestalten von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen bei GmbHs und insgesamt im Bereich „work-for-equity“. Rechtlich bereitet neben der mangelnden Flexibilität bei Kapitalerhöhungen etwa die Immobilisierung der Geschäftsanteile durch die Notariatsakts-pflicht besondere Herausforderungen. Ich bin gespannt, ob und wie weit in der neuen Regie-rungskonstellation Mut besteht, die Notare hier zurückzudrängen und echte Flexibilität (etwa



works

durch variables Kapital) zu bieten. Wünschenswert wären zudem auch steuer- und sozialversicherungsrechtliche Begleitmaßnahmen.

- Die angedachte Senkung der Körperschaftssteuer auf 21%, der Entfall der Mindest-Körperschaftssteuer und die generelle Senkung des Stammkapitals auf EUR 10.000 dürften bei der Rechtsformwahl den ohnehin schon starken Trend zur GmbH noch einmal verstärken. Für diese Rechtsform könnten auch weitere Erleichterungen bei der Gründung (Stichwort: Ausweitung der online-Gründung) kommen.
- Im für börsennotierte Gesellschaften relevanten Übernahmerecht nimmt sich der Gesetzgeber eine Modernisierung vor. Ganz im Sinne der „Goldplating-vermeiden-Doktrin“ der alten Bundesregierung soll vor allem im europäischen Vergleich Überschießendes beseitigt werden. Dabei hat die neue Regierung offenbar insbesondere die „Creeping-in“-Regel vor Augen (§ 22 Abs 4 ÜbG). Nach dieser Bestimmung hat jemand, der eine kontrollierende Beteiligung, aber keine Stimmenmehrheit an einer börsennotierten Gesellschaft hält, ein Übernahmeangebot an alle Aktionäre zu legen, wenn er in einem Zwölf-Monats-Zeitraum Aktien dazu erwirbt, die mindestens 2% aller Stimmrechte ausmachen.

Insgesamt sehe ich das neue Regierungsprogramm aus gesellschaftsrechtlicher Sicht grundsätzlich positiv. Interessant wird freilich, wie die Vorhaben letztlich mit Leben befüllt werden. Das gilt ganz besonders für die beschriebenen Flexibilisierungsbestrebungen.

Gernot Wilfling

2. Judikatur: Gerichtliche Gestattung der Übertragung vinkulierter Aktien erstmals vor dem OGH

Bei der österreichischen Aktiengesellschaft sind als Standardfall Namensaktien vorgesehen. Die Übertragung von Namensaktien kann in der Satzung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden. Die Zustimmung zur Übertragung darf aber nicht verweigert werden, wenn kein wichtiger Grund vorliegt und die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Aktionäre und der Gläubiger möglich wäre. Die entsprechende Entscheidung unterliegt der gerichtlichen Überprüfung, die verwehrte Zustimmung kann also durch das Gericht ersetzt werden.

Ist dies der Fall kann die Gesellschaft innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Entscheidung einen Ersatzwerber namhaft machen, an welchen die Aktien zu den gleichen Bedingungen übertragen werden können (siehe im Detail § 62 AktG).

In einer aktuellen Entscheidung (6 Ob 18/19v) hat der OGH erstmals zur gerichtlichen Gestattung der Übertragung von vinkulierten Namensaktien Stellung genommen. Dies in Folge des Antrags



works

zweier Aktionäre, denen die Hauptversammlung die Zustimmung zur Übertragung ihrer Namensaktien verweigert hatte. Nachfolgend sind die Kernaussagen des Höchstgerichts zusammengefasst:

Zunächst ging der OGH vom Grundsatz aus, dass ein Interessensausgleich zwischen der Gesellschaft und dem veräußerungswilligen Aktionär stattzufinden hat. Hierzu führte er aus, dass nur das Interesse des Aktionärs, seine Aktien überhaupt zu verkaufen, zu schützen ist, nicht dagegen das Interesse an der Veräußerung an einen bestimmten Erwerber.

Sofern die Satzung Umstände für das Vorliegen wichtiger Gründe normiert, sind vorrangig die darin zum Ausdruck kommenden Interessen der Gesellschaft zu beachten oder gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Enthält die Satzung hierzu keine Regelung, hat das Gericht zugunsten der Gesellschaft einen mit der Beteiligung verbundenen Einfluss sowie eine aus der Motivlage der Erwerberin resultierende Beeinträchtigung der Gesellschafterinteressen umfassend zu berücksichtigen.

Letztlich urteilte das Höchstgericht im konkreten Fall, dass allein der Umstand, dass die Veräußerung einer Sperrminorität zu beurteilen ist, nicht ohne Weiteres eine Verweigerung rechtfertigt. Vielmehr bedürfe es darüber hinaus einer potentiellen Schädigung der Gesellschaft, der Aktionäre oder der Gläubiger.

Darüber hinaus hat der OGH zur Parteistellung im Außerstreitverfahren klargestellt, dass neben dem übertragungswilligen Aktionär und der Gesellschaft nicht auch den einzelnen (anderen) Aktionären Parteistellung zukommt.

Stefanie Ringhofer

3. Der Rechtsanwalt als Vorsitzender der Generalversammlung

Während bei der Gründung von Unternehmen die Euphorie unter den Gesellschaftern in aller Regel groß ist, kommt es mit Fortdauer des gemeinsamen Wirtschaftens mitunter durchaus zu Streit. Sind die Fronten sehr verhärtet, treffen sich die Gesellschafter meist unterstützt durch ihre Anwälte in einer (streitigen) Generalversammlung. In solchen Veranstaltungen kann schon die Frage, wer den Vorsitz führt, der erste große Diskussionspunkt sein.

Das GmbH-Gesetz regelt den Vorsitzenden der Generalversammlung (anders als das Aktiengesetz) nicht. Unbestritten ist, dass dennoch (ohne qualifiziertes Mehrheitserfordernis) ein Vorsitzender gewählt werden kann. Dieser ist dann für einen geordneten Ablauf der Verhandlungen und Abstimmungen sowie für eine ordnungsgemäße Feststellung der Verhandlungs- und Abstimmungser-



works

gebnisse zuständig und übt die Sitzungspolizei aus (erteilt und entzieht das Wort, kann Redezeit festlegen etc). Nachdem es im Einzelfall (etwa bei der Frage nach Stimmverboten oder der Zulässigkeit von Anträgen) durchaus von Vorteil sein kann, den Vorsitzenden „auf seiner Seite“ zu haben, wählen Gesellschafter mit entsprechender Mehrheit in aller Regel jemanden aus ihrer Sphäre zum Vorsitzenden.

Auch wegen der fundierten rechtlichen Kenntnis übernehmen oft Rechtsanwälte die Vorsitzführung, wobei in der Regel ein Nahe-, wenn nicht sogar ein Mandatsverhältnis zum Mehrheitsgesellschafter besteht. Mit einer solchen Konstellation hat sich kürzlich der OGH beschäftigt (6 Ob 149/19h). Kernaussage der Entscheidung ist (wenig überraschend), dass die Vorsitzführung unparteilich (neutral) auszuüben ist. Ein Rechtsanwalt, der gleichzeitig Vertreter eines Gesellschafters ist, handelt in der Funktion als Vorsitzender nicht als Vertreter seiner Partei. Die Pflicht nach § 9 Abs 1 RAO, „die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten“ steht zurück und ist bei der Vorsitzführung nicht anwendbar.

Die Entscheidung ist im Grunde nachvollziehbar, praktisch ist die Vorgabe des OGH natürlich herausfordernd. Wir haben dieses Spannungsfeld zuletzt so gelöst, dass ein Anwalt der Kanzlei die Vorsitzführung übernimmt und ein anderer die Interessen des eigenen Mandanten (Mehrheitsgesellschafter) wahrnimmt.

Gernot Wilfling

4. M&A-reiches Jahr endet mit erfolgreichem Asset-Deal

Zum Abschluss eines von Unternehmenskäufen und -verkäufen geprägten Jahres unserer Corporate/M&A-Praxis haben wir im Dezember 2019 noch erfolgreich beim Kauf eines Einzelunternehmens in Form eines Asset-Deals beraten. Mandant und Käufer dieses Software-Unternehmens war ein deutscher Konzern, der bereits im Frühjahr einen österreichischen Mittelständler übernommen hatte. Damals waren wir noch auf Verkäuferseite aktiv.

Unser Beratungsteam bestand aus Partner Gernot Wilfling und Stefanie Ringhofer (RAA). Neben der außerordentlichen Geschwindigkeit, in der wir die Transaktion realisieren konnten, sind aus rechtlicher Sicht die beim Asset-Deal immer bestehenden Besonderheiten hervorzuheben. Im nächsten Newsletter finden Sie dazu einen gesonderten Beitrag „Unternehmenskauf in Form des Asset-Deals“.

Ihre Müller Partner Corporate/M&A-Praxis



works

5. Der Beirat einer GmbH

Neben den zwingend vorgeschriebenen Gesellschaftsorganen Generalversammlung, Geschäftsführung und Aufsichtsrat sind in einer GmbH häufig weitere fakultative Organe vorgesehen. Regelmäßig entspricht es einem vielfältigen, praktischen Bedürfnis, ein zusätzliches Beratungs- und Entscheidungsgremium, neben den zwingend einzurichtenden Organen, zu bestellen.

Diesem Bedürfnis wird häufig durch die Errichtung eines Beirates Rechnung getragen. Der Beirat soll durch Beiziehen fachkundiger Experten eine gesellschaftliche Willensbildung auf objektiven Grundlagen ermöglichen und (sowohl allgemeine als auch spezielle) Beratungsaufgaben wahrnehmen.

Die Gründe für die Errichtung eines Beirates sind üblicherweise,

- die Übertragung einzelner Aufgaben der Generalversammlung an ihn,
- die Beratung und Unterstützung der Geschäftsführung,
- die Zuweisung bestimmter genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte und Maßnahmen zur Entscheidung an ein Expertengremium,
- der Wunsch nach Kontrolle der Geschäftsführung durch ein freiwilliges Aufsichtsorgan dessen Mitglieder nicht im Firmenbuch eingetragen sind,
- die Nutzung von Experten,
- die Schaffung eines dienstrechtlichen Ansprechpartners für die Geschäftsführung,
- die Beratung der Gesellschafter in ausgewählten Fragen der strategischen Unternehmensführung
- die Schaffung einer Schlichtungs- und Vermittlungsstelle: Der Beirat soll bei Streitigkeiten zwischen der GmbH und einzelnen Gesellschaftern sowie zwischen diesen untereinander eine außergerichtliche Einigung herbeiführen.

Die häufigste Aufgabe des Beirates liegt in der Beratung der Geschäftsführung, wobei diese strikt von der Überwachung zu trennen ist, denn hierfür ist zwingend der Aufsichtsrat zuständig, für den andere gesetzliche Regelungen gelten. In der herrschenden Lehre besteht Einigkeit dahin, dass dort, wo ein Aufsichtsrat nicht auf gesetzlicher, sondern nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage besteht (sei es obligatorisch oder nur fakultativ), die Bestimmungen über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat im Sinne des § 110 Abs 5 Z 1 ArbVG zwingend Anwendung zu finden haben.



works

Demnach sind auf einen Beirat, dem dieselben Mindestkompetenzen wie einem Aufsichtsrat zukommen, die Vorschriften über den Aufsichtsrat anzuwenden, da es sich insoweit um zwingendes Recht handelt, das nicht durch die Bestellung eines „Beirats“ umgangen werden darf. Die Grenze der Zulässigkeit liegt also dort, wo der Beirat als verdeckter Aufsichtsrat als Überwachungsorgan unter einem anderen Mantel zu qualifizieren ist. Sogar besteht keine Möglichkeit, dem eingerichteten Beirat die Kompetenzen des Aufsichtsrates zu übertragen, aber die zwingenden Regeln durch die anderslautende Bezeichnung zu umgehen (9 ObA 130/05s). Es steht zwar im freien Ermessen der Gesellschafter, ob sie freiwillig ein Kontrollorgan einrichten, nicht jedoch, ob darin den Arbeitnehmervertretern Mitwirkungsrechte zukommen sollen. Darauf sollte bei der Einrichtung eines Beirats und der Gestaltung seiner Kompetenzen unbedingt Bedacht genommen werden.

Es ist im Hinblick auf seine Rechtsstellung weiters zwischen dem kraft Gesellschaftsvertrag errichteten **organschaftlichen Beirat** und dem durch einfachen Gesellschafterbeschluss oder vertragliche Regelungen mit der GmbH errichteten **schuldrechtlichen Beirat** zu unterscheiden.

Ein **schuldrechtlicher Beirat** ist kein Organ der Gesellschaft und wird auch nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen. Er wird auf Grundlage eines schuldrechtlichen Vertrages mit der Generalversammlung tätig und handelt üblicherweise im Rahmen eines Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisses. Er übernimmt beratende Funktion. Die Befugnisse und Pflichten des schuldrechtlichen Beirats wirken nur im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliedern verpflichtend. Eine Haftung für die Mitglieder besteht nur wegen Vertragsverletzung.

Der **organisationsrechtliche Beirat** ist entweder von Beginn an im Gesellschaftsvertrag vorgesehen oder wird nachträglich durch eine Satzungsänderung geschaffen. Er kann auch neben einem obligatorisch einzurichtenden Aufsichtsrat bestehen, wobei die Sinnhaftigkeit anzuzweifeln ist. Die Rechte und Pflichten des organschaftlichen Beirats und seiner Mitglieder sind im Wesentlichen mit jenen anderer Gesellschaftsorgane vergleichbar. Aus diesem Grund haben sie ihre Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen gewissenhaften Beiratsmitgliedes wahrzunehmen. Die Verletzung dieser Pflicht führt zu einer Schadenersatzhaftung.

Die Mitglieder des Beirates sind an das Unternehmensinteresse gebunden. Ihre Rechte und Pflichten entsprechen im Allgemeinen jenen von Aufsichtsratsmitgliedern, wobei sich die Einzelheiten aus der Aufgabenstellung des jeweiligen Beirats ergeben.

Martin Melzer / Katharina Müller



works



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