



Newsletter Corporate/M&A Issue 1|2023

Die Themen dieses Newsletters:

1. [OGH: Vorsicht bei der Formulierung eines Entsendungsrechtes hinsichtlich eines Geschäftsführers](#)
2. [Standardentwürfe für Nachhaltigkeitsberichterstattung veröffentlicht](#)
3. [OGH: Anwendbares Recht bei Unternehmensübernahmen mit Auslandsbezug](#)
4. [Vorstands-Anstellungsverträge richtig gestalten](#)

1. OGH: Vorsicht bei der Formulierung eines Entsendungsrechtes hinsichtlich eines Geschäftsführers

Mit einem Geschäftsanteil an einer GmbH sind bestimmte gesetzliche Rechte verbunden, etwa das Stimmrecht, das Recht auf Beteiligung am Gewinn oder Herrschafts- und Mitverwaltungsrechte. Es besteht aber auch die Möglichkeit, einem Gesellschafter bestimmte Sonderrechte im Gesellschaftsvertrag vorzubehalten. Mit einem solchem Sonderrecht hatte sich der OGH in seiner Entscheidung vom 18.11.2022 zu 6 Ob 42/22b zu befassen.

Konkret ging es in der Entscheidung um ein Sonderrecht im Zusammenhang mit der Geschäftsführerbestellung. Solche Sonderrechte sind in der Praxis häufig in Gesellschaftsverträgen geregelt und unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Reichweite. Unterschieden wird hierbei insbesondere zwischen Entsendungsrechten und Nominierungsrechten. Bei ersterem genügt der Entsendungsakt der Gesellschafterin, um eine Person wirksam zum Geschäftsführer zu machen. Zusätzliche Rechtsakte seitens der anderen Gesellschafter, der Gesellschafterversammlung oder der beklagten Gesellschaft sind nicht notwendig. Bei einem bloßen Nominierungsrecht bedarf es zusätzlich zur Nominierung noch einer Beschlussfassung durch die übrigen Gesellschafter. Dieses Recht ist somit nicht so stark ausgeprägt wie das Entsendungsrecht. Ob nun ein Entsendungsrecht oder „nur“ ein Nominierungsrecht vorliegt, ist durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages oder der Errichtungserklärung zu ermitteln.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin war an der beklagten GmbH mit einem Geschäftsanteil von 23,41% beteiligt. Die Errichtungserklärung der GmbH enthielt unter anderem folgende Bestimmung: *„Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Für die Dauer ihrer Beteiligung als Gesellschafterin hat die [Klägerin] das Recht auf Bestellung eines Geschäftsführers (Sonderrecht gemäß § 50 Abs 4 GmbHG).“*



works

Laut OGH lässt sich aus dem verwendeten Begriff der „Bestellung“ nicht ohne weiteres zwingend darauf schließen, welche „Bestellungsvariante“ vereinbart wurde. Dies auch deswegen, weil hinsichtlich gesellschaftsvertraglicher Regelungen die Begriffe Namhaftmachungs(Nominierungs-)recht wie auch Entsendungsrecht gebräuchlich sind. Da hier im Vertrag weder ein „Entsendungsrecht“, noch ein „Recht, einen Geschäftsführer zu bestellen“ eingeräumt wurde, kann nicht von einem eindeutigen Wortlaut gesprochen werden. Der OGH bestätigte schließlich die Auslegung des Berufungsgerichtes, welches ein bloßes Nominierungsrecht annahm. Begründet wurde dies damit, dass ohne ausdrückliche Regelung, ob überhaupt ein Sonderrecht eingeräumt wurde, im Zweifel nicht von der Einräumung eines Sonderrechtes auszugehen ist. Diese Zweifelsregel gilt auch für den Umfang des eingeräumten Sonderrechtes, wodurch Ausnahmeregelungen eng auszulegen sind. Auch im GmbHG wird zwischen den Begriffen „Bestellung bzw Wahl“ durch die Gesellschafter und „Entsendung“ durch bestimmte Gesellschafter unterschieden. Da im Vertrag der Begriff „Bestellung“ verwendet wurde, geht man aufgrund des Begriffsverständnisses des GmbHG von einem Nominierungsrecht aus. Ebenso wäre ein Nominierungsrecht die geringere Einschränkung der Rechte der anderen Gesellschafter. Die übrigen Gesellschafter sind in diesem Fall verpflichtet, für die Bestellung der nominierten Person zu stimmen, sofern nicht wichtige Gründe dem entgegenstünden.

Anhand dieser Entscheidung erkennt man, wie wichtig es ist Gesellschaftsverträge sorgfältig zu formulieren. Schon einzelne falsch gewählte Wörter reichen aus, um eine andere Rechtsfolge als die gewünschte herbeizuführen. Es empfiehlt sich bestehende Gesellschaftsverträge aus Anlass dieser Entscheidung zu prüfen und allenfalls anzupassen.

Martin Melzer / Jakob Schweighofer

2. Standardentwürfe für Nachhaltigkeitsberichterstattung veröffentlicht

Die EFRAG (die Europäische Beratergruppe für Rechnungslegung), die zur Ausarbeitung von verbindlichen europäischen Berichtsstandards beauftragt wurde, hat 12 Standardentwürfe für Nachhaltigkeitsberichtsstandards (European Sustainability Standards, die „**ESRS**“) vorgelegt. Diese werden sich aus sektorunabhängigen, sektorspezifischen und organisationspezifischen Standards zusammensetzen und legen Berichterstattungspflichten für verpflichtete Unternehmen fest. Die ESRS bestehen aus zwei übergreifenden Standardentwürfen, fünf Standardentwürfen zum Thema Umwelt, vier Standardentwürfen zum Thema soziale Aspekte und ein Standardentwurf zum Thema Governance. Die ESRS sind ein weiterer Meilenstein in der Harmonisierung der Nachhaltigkeitsberichterstattung.



works

Zur Erinnerung: Seit kurzem ist die Richtlinie (EU) 2022/2464 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (Corporate Sustainability Reporting Directive, die „**CSRD**“) in Kraft und nun binnen 18 Monaten in nationales Recht umzusetzen, die ESRS konkretisieren die Berichtspflicht nach CSRD weiter. Vorgesehen ist übrigens ein zeitlich gestaffeltes Inkrafttreten wie folgt:

- ab 01.01.2024: für Unternehmen, die bereits der Vorgängerrichtlinie 2014/95/EU (NFRD) unterlagen (erste Berichterstattung 2025);
- ab 01.01.2025: für große Unternehmen (gem § 221 UGB), die nicht der NFRD unterlagen (erste Berichterstattung 2026); und
- ab 01.01.2026: für börsennotierte KMU sowie für kleine und nicht komplexe Kreditinstitute und firmeneigene Versicherungsunternehmen (erste Berichterstattung 2027) mit einer Opt-Out-Möglichkeit bis 2028.

Die ESRS dienen der spezifischen Vorgabe der inhaltlichen Aspekte und der Definition der Art und Weise der Berichterstattung im Rahmen der CSRD. Die ESRS basieren auf der CSRD und knüpfen wie diese an international etablierte Nachhaltigkeitsstandards an.

Die wichtigsten Punkte und Neuerungen aus den ESRS:

- Reduktion des Erfüllungsaufwands: Trotz Beibehaltung der grundsätzlichen Struktur der CSRD wurden die Berichtspflichten sowie die Zahl der Offenlegungsanforderungen und damit der Erfüllungsaufwand der Unternehmen erheblich reduziert (nähere Details dazu können Sie den Standards auf der Website der EFRAG selbst entnehmen).
- Wesentlichkeitsbestimmungen durch Unternehmen: Nach dem Verständnis der CSRD sind Unternehmen verpflichtet, sowohl über die Auswirkungen des eigenen Geschäftsbetriebs auf Mensch und Umwelt als auch über die Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf das Unternehmen zu berichten. Es war in der CSRD angedacht, dass grundsätzlich – wenig abgrenzend – jedes Nachhaltigkeitsthema als wesentlich und somit berichtspflichtig anzusehen ist. Nur mit entsprechender Erläuterung, wieso die Angabe unterblieben ist, konnte dies umgangen werden (die sogenannte Rebuttable Presumption). Nun ist in den ESRS eine unternehmensindividuelle Wesentlichkeitseinschätzung gefordert, sodass auf die Angabe unwesentlicher Informationen verzichtet werden kann.
- Einstimmiges Kosten-Nutzen-Profil: Die EFRAG selbst sieht, nach der Äußerung einiger kritischer Stimmen, selber keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der Gesamtkosten-Nutzen der übermittelten ESRS unvereinbar ist mit den vorgegebenen politischen Zielen der CSRD. Zum Beleg dafür hat die EFRAG der Kommission auch ein Dokument zur Kosten-Nutzen-



works

Analyse übermittelt. Die EFRAG ist der Ansicht, dass die Kosten den jeweiligen Nutzen, einschließlich des Nutzens für die Gesellschaft und die Umwelt, nicht übersteigen werden.

Um eine fehlerfreie und gut strukturierte Umsetzung zu gewährleisten, sollten Unternehmen spätestens jetzt damit beginnen, sich auf die Berichterstattungen nach den ESRS vorzubereiten. Die veröffentlichten ESRS sind richtungsweisend hinsichtlich der Granularität der künftigen Offenlegungspflichten und damit auch hinsichtlich des Umsetzungsaufwands für betroffene Unternehmen. Nun heißt es für Geschäftsführung und Verantwortliche der verpflichteten Unternehmen sich mit den Standards vertraut zu machen, damit auf operativer Ebene weitgehend ein Bewusstsein für diese Themen geschaffen werden kann. In einem nächsten Schritt sollten sich verpflichtete Unternehmen damit auseinandersetzen, welche Informationen zur Erfüllung der Berichtspflichten bereits vorhanden sind und für welche Daten bis dato noch keine Erhebung im Unternehmen stattfindet. Mit dieser Informationslage kann dann am Aufbau von Strukturen und Prozessen gearbeitet werden, um die noch nicht vorhandenen nachhaltigkeitsbezogenen Informationen im Unternehmen zu ermitteln und aufzubereiten.

Die Entwürfe sind nun von der Kommission mit den Mitgliedstaaten abzustimmen und werden in der Folge als delegierte Verordnungen erlassen (voraussichtlich im Juni 2023). Der Nachhaltigkeitsberichtserstattung unter Anwendung der ESRS wird von den Verpflichteten übrigens in einem eigens dafür vorgesehenen Abschnitt im Lagebericht nachzukommen sein.

Melike Okulmus

3. OGH: Anwendbares Recht bei Unternehmensübernahmen mit Auslandsbezug

Das Höchstgericht hatte sich kürzlich wieder einmal mit der Frage auseinanderzusetzen, welches Recht bei einem Asset Deal für die gesetzliche Haftung aus der Unternehmensübernahme anwendbar ist. Bisher hat das OGH etwa zur Haftung aus Vermögens-/Unternehmensübernahmen nach § 1409 ABGB, dass kollisionsrechtlich nicht an das Forderungsstatut anzuknüpfen sei. Sowohl die Rom I-VO als auch das IPRG enthalten zur gegenständlichen Frage ja bekanntlich keine ausdrücklichen Kollisionsnormen. Folglich sei gemäß § 1 Abs 1 IPRG an jene Rechtsordnung anzuknüpfen, zu der die stärkste Beziehung bestehe. Als logische Schlussfolgerung hat das OGH zu § 1409 ABGB und nun auch zur Haftung nach § 38 UGB, dass es auf den tatsächlichen Sitz des übertragenen und fortgeführten Unternehmens ankommt. Soweit ersichtlich ist das auch die herrschende Ansicht in der Literatur.

Florian Hirschl



4. Vorstands-Anstellungsverträge richtig gestalten

Kernaufgabe des Aufsichtsrats der AG ist es, passende Vorstandsmitglieder zu finden, deren Vergütung auszuverhandeln und insgesamt die Konditionen der Vorstands-Anstellung sattelfest zu regeln. Dabei sind einige Besonderheiten zu beachten: Im Gegensatz zu Mitarbeitern agieren Vorstandsmitglieder bekanntlich weisungsfrei, dürfen nur aus wichtigem Grund abberufen werden und haben zwingend befristete Mandatsperioden. Infolge dessen sind sie arbeitsrechtlich auch nicht als Dienstnehmer einzustufen und die meisten arbeitsrechtlichen Gesetze sind nicht anwendbar. Im Folgenden gebe ich einen kurzen Überblick über ausgewählte Fallstricke und informiere über einige jüngere Trends speziell bei der Vergütung.

Beendigung des Vorstandsmandats und der Vorstands-Anstellung

Auch wenn es paradox erscheint, will ich aufgrund der großen Wichtigkeit der Thematik mit der (vorzeitigen) Beendigung einer Vorstandstätigkeit beginnen. Unglückliche Gestaltungen können hier bekanntlich mitunter teuer werden. Man muss hier zunächst zwei Dinge unterscheiden: Zum einen das verbandsrechtliche Verhältnis „Vorstandsmandat“. Vorstandsmitglieder dürfen nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Das Gesetz nennt selbst drei solche wichtigen Gründe:

1. Grobe Pflichtverletzung: Dabei handelt es sich um schwere Verstöße gegen gesetzliche oder vertragliche Pflichten, die vom Vorstandsmitglied zumindest grob fahrlässig begangen worden sein müssen.
2. Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung: Hier braucht es kein Verschulden des Vorstandsmitglieds, aber eine dauerhafte und wesentliche Leistungsbeeinträchtigung.
3. Misstrauensvotum der Hauptversammlung: Der Aufsichtsrat kann ein Vorstandsmitglied auch dann abberufen, wenn ihm/ihr mit Beschluss der Hauptversammlung aus nicht offensichtlich unsachlichen Gründen das Vertrauen entzogen wurde.

Die Aufzählung ist zwar demonstrativ, allfällige weitere Gründe müssen aber ähnlich gravierend sein. Allgemein gesprochen liegt ein wichtiger Grund vor, wenn der Gesellschaft die Beibehaltung des Vorstandsmitglieds bis zum Ablauf der Amtsperiode nicht mehr zumutbar ist. Die Umstände müssen dabei aber nicht zwingend in der Person des Vorstands liegen.

Liegt kein solcher Grund vor, will man ein Vorstandsmitglied aber dennoch „loswerden“, muss man als Aufsichtsrat allenfalls über ein einvernehmliches Ausscheiden verhandeln (was dann auch die Konditionen des Ausscheidens, sprich die Beendigung des Anstellungsvertrags, mit umfassen wird). Geht der Aufsichtsrat aber einseitig vor und hat einen der obigen Abberufungsgründe für sich, ist damit über die Vorstands-Anstellung selbst noch nichts gesagt. Enthält der Anstellungsvertrag für



works

diesen Fall keine Vorkehrungen, kann ihn der Aufsichtsrat nur dann vorzeitig beenden, wenn ein wichtiger, vom Vorstandsmitglied verschuldeter Grund vorliegt (ähnliche einem Entlassungsgrund). Das wird nicht bei jedem der aktienrechtlich vorgesehenen Gründe der Fall sein. Daher sollte im Vorstands-Anstellungsvertrag eines von zwei Dingen vorgekehrt werden:

1. Kündigungsmöglichkeit im Abberufungsfall: Man sieht hier häufig drei- oder sechsmonatige Fristen, außer bei grober Pflichtverletzung (dann fristlose Beendigung möglich).
2. Koppelungsklausel: Der Vertrag entfällt hier in Folge der Abberufung grundsätzlich automatisch und der Vorstand hat keine Ansprüche daraus mehr. Das ist laut OGH grundsätzlich auch zulässig, wenn eine Mindestfrist von zumindest vier Wochen eingehalten wird (wiederum ausgenommen bei grober Pflichtverletzung, wo auch ein sofortiger Entfall mit der Abberufung möglich ist).

Konkurrenzverbot

Ein anderes wichtiges Thema betrifft die Zeit nach Beendigung des Vorstandsmandats. Es gibt auch häufig ein Bestreben der AG, dass Vorstandsmitglieder nicht sofort nach Beendigung ihrer Tätigkeit bei der Gesellschaft zur Konkurrenz wechseln. Dafür gibt es nachvertragliche Konkurrenzverbote. Grundsätzlich sind solche Vereinbarungen zulässig, allerdings nur im Rahmen der guten Sitten. Zeitlich liegt die Obergrenze nach derzeitigem Judikaturstand wohl bei 24 Monaten. Für die Gesellschaft zwar nützlich, kann ein zu weit gefasstes Konkurrenzverbot für ein Vorstandsmitglied aber auch ein *de facto*-Berufsverbot bedeuten, insbesondere dann, wenn es schon lange in einer bestimmten Branche verbracht hat. Hier muss man sinnvolle Einschränkungen, etwa nach Region, oder Unterscheidungen etwa nach dem Ausscheidensgrund, oder allenfalls auch Karenzzahlungen vorsehen, um sachgerechte und auch rechtlich haltbare Lösungen zu finden.

Vorstandsvergütung

Nicht zuletzt ist natürlich die Frage der Vorstandsvergütung eine ganz zentrale. Die für alle AGs geltende Grundregel lautet hier: *„Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen.“*

Für börsennotierte Gesellschaften gibt es im Corporate Governance-Kodex und im Aktiengesetz zusätzliche Vorgaben. Im Fokus standen bei der Gestaltung zuletzt long-term-incentives bei den Boni und die teilweise Bindung selbiger an ESG-Kriterien. Für Details verweise ich hier auf unser kürzlich



works

veranstaltetes Kapitalmarkt-TV „Trends in der Vorstandsvergütung“. Die Aufzeichnung steht nach wie vor auf unserer Website zur Verfügung.

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