



Newsletter Corporate/M&A Issue 3|2021

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Aufsichtsrat und Untreue](#)
 2. [Distressed M&A – Unternehmenskauf in der Krise](#)
 3. [OGH: Haftung des faktischen Geschäftsführers einer GmbH bei Insolvenzverschleppung](#)
 4. [OGH: Zur gerichtlichen Abberufung eines Geschäftsführers](#)
-

1. Aufsichtsrat und Untreue

In einer jüngeren Entscheidung hatte sich der OGH wieder einmal mit der Frage nach der „Untreue“ von Aufsichtsratsmitgliedern zu beschäftigen. Zur Erinnerung: Den diesbezüglichen Straftatbestand begeht, wer eine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt. Eine solche Befugnis kann, unter anderem, aus einer Organstellung bei einer Kapitalgesellschaft resultieren. Und die Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.

In der Entscheidung ging es um Folgendes: Geschäftsführer einer GmbH hatten sich an die zwei angeklagten Aufsichtsratsmitglieder der Muttergesellschaft, einer AG, gewandt; dies mit der Bitte, die AG möge für die Bezahlung einer Rechnung einem (weiteren) Liquidationszuschuss an die GmbH über EUR 1,25 Millionen zustimmen. Die angeklagten Aufsichtsratsmitglieder antworteten mit „OK“, wobei ihnen klar war, dass eine Rückzahlung durch die Tochter-GmbH nicht erfolgen und der Betrag somit unwiederbringlich aus der AG abfließen würde.

Das Erstgericht verurteilte die Angeklagten als unmittelbare Täter wegen Untreue. Der OGH hob den Schuldspruch auf und verwies die Strafsache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Nach der Judikatur des Höchstgerichts sind Aufsichtsratsmitglieder (nur) dann unmittelbare Täter der Untreue, wenn der Aufsichtsrat in der fraglichen Angelegenheit eine selbständige Kompetenz zur außenwirksamen Vertretung der Gesellschaft hat (wie etwa beim Abschluss von Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern). Geht es (wie im gegenständlichen Fall) bloß um Geschäfte, die der Überwachungsbefugnis des Aufsichtsrats unterliegen oder allenfalls auch seiner Genehmigung bedürfen, besteht nämlich laut OGH keine ausreichende Befugnis, über fremdes Vermögen (also jenes der AG) zu verfügen. Die nach außen wirksame rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht hat hier vielmehr (nur) der Vorstand.



works

Die angeklagten Aufsichtsratsmitglieder sind damit freilich noch nicht aus dem Schneider. Sie könnten nämlich Beteiligungstäter nach §§ 12, 14 StGB sein. Dazu müssten sie es (weil Untreue ein Sonderdelikt ist) nicht nur für gewiss gehalten haben, dass der unmittelbare Täter objektiv die durch ihn eingeräumte Befugnis missbraucht, sondern auch, dass er dies (zumindest bedingt) vorsätzlich tut. Zum Befugnismissbrauch durch den Vorstand der AG als unmittelbarem Täter fehlten aber Feststellungen durch das Erstgericht, daher die Zurückverweisung.

Gernot Wilfling

2. Distressed M&A – Unternehmenskauf in der Krise

In der aktuellen Corona-Krise rückt der Begriff Distressed M&A wieder vermehrt in den Fokus. Vor der Pandemie durchaus erfolgreiche Unternehmen müssen jetzt mitunter über einen Notverkauf nachdenken.

Ist ein Unternehmen in Schieflage geraten, kann durch den Verkauf von Betriebsteilen oft eine Krise abgewendet werden. Mit dem Erlös werden häufig Gläubiger befriedigt und im Idealfall ein Insolvenzverfahren verhindert. Ist das gesamte Unternehmen bereits insolvent, kann der Verkäufer zumindest durch den Notkauf die Arbeitsplätze seiner Mitarbeiter retten. Für den Käufer wiederum bietet sich die Chance, Unternehmen/-steile günstig zu kaufen und so am Markt zu partizipieren, ohne ein eigenes Unternehmen von Grund auf aufbauen zu müssen. Zudem bietet es für Käufer auch die Chance, liquiditätsarme Wettbewerber vom Markt zu verdrängen.

Der Kauf kann ein Share- oder Asset-Deal sein. Beim Share-Deal werden Anteile (meist alle) an einem Unternehmen erworben, beim Asset-Deal erwirbt der Käufer bestimmte Betriebsmittel oder Betriebsteile.

Der Asset-Deal hat den Vorteil, dass zwischen den Parteien nur vereinbarte Gegenstände des Betriebs übertragen werden. Der Käufer kann sich hier die Rosinen herauspicken, denn nur was im Kaufvertrag vereinbart wurde, wird letztlich auch übernommen. Die Risiken eines Fehlkaufs verringern sich dadurch. Die Gefahren, die sich beim Erwerb des Unternehmens vor Insolvenzeröffnung durch einen Share- oder Asset-Deal ergeben können, sind, dass unentdeckte Insolvenzgründe aufkommen, die zu einer Insolvenz führen, und dass der Kaufvertrag oder die Übertragung der Vermögensgegenstände durch den Insolvenzverwalter angefochten wird.

Der Share-Deal hat den Vorteil, dass er eine schlanke Transaktion ist, die schnell umgesetzt werden kann, birgt allerdings das Risiko, dass Verbindlichkeiten und „Altlasten“ auf den Käufer mitübergehen. Es verhält sich ein bisschen wie Schrödingers Katze. Bevor man ein Unternehmen kauft, kann es sowohl „lebendig“ als auch schon „tot“ sein und oft stellt sich erst im Nachhinein das eine oder das andere heraus.



works

Um dieses Risiko zu minimieren, ist es wichtiger denn je eine eingehende Due Diligence durchzuführen, um Chancen und Risiken des geplanten Unternehmenskaufs abzuklären oder anders gesagt, um herauszufinden „ob die Katze noch lebt“. Praktisch tun sich hier naturgemäß einige Probleme auf. Zum einen liegen bei Unternehmen in der Krise oft keine vollständigen oder sinnvoll geordneten Daten vor, was viel Zeit in Anspruch nimmt. Zum anderen steht der Erwerb natürlich unter einem gewissen Zeitdruck. Hat man bei normalen M&A-Deals oft mehrere Monate für eine Due Diligence Zeit, sind es beim Unternehmenskauf in der Krise oft nur wenige Wochen.

Der Grund für den erhöhten Zeitdruck liegt in der Verschlechterung der Sanierungs- bzw Reorganisationschance je länger sich das Unternehmen in der Krise befindet. Zudem besteht für sämtliche Teilnehmer des M&A-Deals ein erhöhtes Risiko der Haftung wegen schuldhafter Verschlechterung der Gläubigerinteressen, insbesondere das Risiko der Haftung wegen Insolvenzverschleppung.

Zeitraubend kann auch die Ermittlung des Kaufpreises sein. Bei einem Unternehmen in der Krise, bei dem zwangsläufig Ertrags- und Liquiditätsengpässe vorliegen, ist es nicht einfach einen angemessenen Wert zu ermitteln. Man sollte hier auf jeden Fall die Entwicklungschancen des Zielunternehmens mit berücksichtigen.

Grundsätzlich ist es immer eine Frage des richtigen Zeitpunkts, wann ein Unternehmen erworben wird. Es gibt verschiedene gute Gründe, die für den Erwerb noch vor der Insolvenzeröffnung sprechen. Die Verkaufsverhandlungen können noch auf exklusiver Basis zwischen den Parteien geführt werden. Nach Insolvenzeröffnung werden sie dagegen mit dem Insolvenzverwalter stattfinden müssen. Dieser hat unter anderem die Interessen des Insolvenzgerichts und der Gläubiger zu berücksichtigen. Weiters muss der Insolvenzverwalter das Unternehmen an den Bestbietenden veräußern, während es dem Verkäufer vor der Insolvenz noch frei steht, an wen er veräußern möchte und wie die vertragliche Gestaltung und Umsetzung der Transaktion aussehen soll. Eine Insolvenzeröffnung hat zudem rufschädigenden Charakter, was die Stellung des Unternehmens am Markt deutlich beeinträchtigen kann. Wird das Unternehmen also noch in der Krise und nicht schon in der Insolvenz erworben, sorgt man für den Erhalt bestehender Geschäftsbeziehungen und des wirtschaftlichen Ansehens. Weiters sieht das Gesetz unterschiedliche Sanierungsprivilegien beim Beteiligungserwerb in der Krise vor.

Auch der Erwerb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist möglich. Hier sollte allerdings bedacht werden, dass in einem solchen Erwerb noch andere Parteien beteiligt sind. Neben dem Insolvenzverwalter selbst sind auch noch Gläubiger- und Gesellschafterinteressen zu beachten. Natürlich liegt es auch im Interesse des Insolvenzverwalters, Unternehmensteile so gut als möglich zu verkaufen. Und die Gefahr der Anfechtung von Erwerbsvorgängen ist natürlich deutlich geringer. Für Käufer mit einem guten Sanierungskonzept, bietet sich also hier die Chance ein Unternehmen zu erwerben, welche sie sonst auf einem florierenden Markt nicht gehabt hätten.



works

Beim Erwerb eines Unternehmens in der Krise kommt es also auf das Timing an. Können Risiken abgeschätzt oder verringert werden, bietet ein Kauf vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens viele Gestaltungsmöglichkeiten. Droht bereits die Insolvenz und bringt der Käufer ein starkes Sanierungskonzept mit, hat es gewiss auch Vorteile das Insolvenzrecht und dessen Sanierungsmöglichkeiten auszuschöpfen.

Valentina Treichl

3. OGH: Haftung des faktischen Geschäftsführers einer GmbH bei Insolvenzverschleppung

Kürzlich hatte sich der OGH wieder einmal mit dem „faktischen Geschäftsführer“ zu beschäftigen, namentlich mit der Frage, ob dieser neben dem handelsrechtlichen Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung haftet ([OGH 17 Ob 5/21s](#)). Eine Versicherung hatte in Folge der Insolvenz einer GmbH nicht nur deren handelsrechtlichen Geschäftsführer (Erstbeklagter) auf Schadenersatz in Anspruch genommen, sondern auch die Mutter der Alleingesellschafterin der Gesellschaft (Zweitbeklagte). Letztere war bei der GmbH teilzeitbeschäftigt und übernahm unter anderem einige Einkaufs- und Verkaufsaufgaben. Die Zweitbeklagte führte für die später insolvente Gesellschaft auch in diversen Besprechungen das Wort, wirkte dabei emotional und setzte sich für die Gesellschaft ein. Sie hatte aber nach den Feststellungen keine Einsicht in die finanzielle Situation der GmbH.

Unter faktischem Geschäftsführer versteht der OGH eine Person, die das Unternehmen leitet, ohne zum Geschäftsführer bestellt zu sein. Dabei ist der (zumindest) maßgebliche Einfluss auf die Geschäftsführung und die tatsächliche Leitung der Gesellschaft anstelle des bestellten Geschäftsführers wesentlich. Die handelsrechtlichen Geschäftsführer üben im Falle eines faktischen Geschäftsführers ihre Organfunktion als quasi Strohmänner nicht selbst aus; vielmehr werden ihre Aufgaben eben von einem Dritten, dem faktischen Geschäftsführer, wahrgenommen (häufig handelt es sich dabei um einen Mehrheitsgesellschafter, der sich aus irgendwelchen Gründen nicht selbst zum Geschäftsführer bestellen wollte oder konnte).

Der faktische Geschäftsführer muss laut OGH auf den handelsrechtlichen Geschäftsführer im Falle einer Insolvenz einwirken, damit dieser seiner Pflicht zur Insolvenzanmeldung nachkommt. Tut er das nicht, macht er sich selbst haftbar. Im konkreten Fall sah der OGH in der Involvierung der Mutter in die Geschäfte der GmbH keine faktische Geschäftsführung. Die Funktion der zweitbeklagten Mutter führe nicht dazu, dass der erstbeklagte handelsrechtliche Geschäftsführer in der Gesellschaft nicht „das Sagen gehabt“ hätte. Beim eingangs erwähnten Aufgabenbereich der Zweitbeklagten handle es



works

sich vielmehr um eine Aufgabendelegierung an eine Angestellte einer GmbH. Die für die Verantwortlichkeit nach § 69 IO maßgebenden Bereiche – vor allem die Finanzangelegenheiten – blieben ja weiterhin im Verantwortungsbereich des Erstbeklagten.

Auch wenn die hier mitbeklagte potenzielle faktische Geschäftsführerin im konkreten Fall ungeschoren davon kam zeigt die Entscheidung einmal mehr, welche Risiken mit dem „Hineinregieren“ in eine Gesellschaft auch dann verbunden sind, wenn man formal keine Organfunktion hat.

Ekaterina Shapatkovskaya

4. OGH: Zur gerichtlichen Abberufung eines Geschäftsführers

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung beschäftigte sich der OGH mit der gerichtlichen Abberufung eines Geschäftsführers aufgrund von Pflichtverletzungen ([OGH 6 Ob 55/20m](#)). Gegenständlich war ein Streit zwischen Ehegatten, die je zur Hälfte Gesellschafter einer Holding GmbH (H) waren; H wiederum war Alleingesellschafterin der GF-GmbH. Der beklagte Ehegatte war alleiniger Geschäftsführer sowohl der H als auch der GF-GmbH. Vor der Scheidung finanzierten die Streitparteien ihren luxuriösen Lebensstil durch Gewinnausschüttungen der GF-GmbH und bezogen von dieser auch ein Gehalt. Nach der Trennung untersagte die klagende Ehegattin weitere Gewinnausschüttungen, und es wurden keine Jahresabschlüsse der H mehr genehmigt.

In Folge dessen schloss der Beklagte für sich als Geschäftsführer mit der GF-GmbH – vertreten durch die H – einen Anstellungsvertrag ab, aus welchem er ein hohes Gehalt bezogen hat. Der Beklagte hatte darüber zwar ein Gutachten eingeholt, in welchem das (überdurchschnittliche) Gehalt als angemessen eingestuft wurde. Die Klägerin hatte einem Gehalt in besagter Höhe (obwohl sie mit dem Abschluss eines Anstellungsvertrags dem Grunde nach einverstanden war) dagegen nicht zugestimmt.

Die Klägerin begehrte daraufhin die Abberufung des Beklagten als Geschäftsführer und stützte sich dabei auf zahlreiche Pflichtverletzungen seitens des Beklagten. Der OGH bejahte beim Abschluss des Anstellungsvertrags ein Insichgeschäft, zu dessen Genehmigung es einer (formlosen) Zustimmung aller Gesellschafter der H bedurft hätte. Ob das Insichgeschäft darüber hinaus als grobe Pflichtverletzung einzustufen ist, kommt laut OGH auf die Umstände des Einzelfalls an. Und im konkreten Fall sah er keine ausreichenden Gründe als gegeben an. Das Höchstgericht rechtfertigte dies damit, dass die Beklagte (a) dem Geschäft zumindest dem Grunde nach zugestimmt hatte und (b) die konkrete Höhe gutachterlich unterlegt war.



works

Auch wenn die Entscheidung für den Geschäftsführer im konkreten Fall (zumindest was den Aspekt der groben Pflichtverletzung betrifft) gut ausgegangen ist, halten wir Konstellationen wie die Gegenständliche für höchst problematisch. Ein Abschluss eines Anstellungsvertrags bei der operativen Gesellschaft quasi mit sich selbst (und ohne Details von den Gesellschaftern der Holding-Gesellschaft genehmigen zu lassen) ist alles andere als ratsam.

Ekaterina Shapatkovskaya



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