



# works

## Newsletter Corporate/M&A Issue 5|2021

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Energiedeal: oekostrom AG übernimmt mit Müller Partner Rechtsanwälte MeinAlpenStrom](#)
2. [Verspätete Umsetzung der Whistleblower-RL](#)
3. [Minderheitenrechte des GmbH-Gesellschafters](#)
4. [Verletzung der Redepflicht des Abschlussprüfers bei Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr](#)
5. [Wie man Ansprüche aus Einlagenrückgewähr prozessual geltend zu machen hat](#)
6. [OGH zur Rechtsmittellegitimation im Firmenbuchverfahren](#)

---

### 1. Energiedeal: oekostrom AG übernimmt mit Müller Partner Rechtsanwälte MeinAlpenStrom

Soeben durften wir uns über das Closing eines weiteren Unternehmenskaufs freuen. Unser Mandant oekostrom AG hat den steirischen Ökostromanbieter MeinAlpenStrom von der Prinzhorn-Gruppe übernommen. Damit wechseln mehr als 14.000 KundInnen in den oekostrom-Konzern.

Die Transaktion fand als Share Deal statt. Unser Beratungsteam, bestehend aus Partner Gernot Wilfling und Rechtsanwaltsanwärtlerin Valentina Treichl, hat die oekostrom AG durch den gesamten Prozess begleitet. Zu unseren Tätigkeiten gehörten unter anderem die rechtliche Due Diligence, die Verhandlung des Kaufvertrags sowie die Unterstützung beim Abarbeiten der Closing-Bedingungen inklusive Änderung der Geschäftsführung, Verlegung des Sitzes der Zielgesellschaft und Vieles mehr.

Wir gratulieren den Vorständen der oekostrom AG herzlich zum ersten Unternehmenskauf der Firmengeschichte!

*Ihre Müller Partner Corporate/M&A-Praxis*

### 2. Verspätete Umsetzung der Whistleblower-RL

Wie bereits berichtet (vgl Newsletter Kapitalmarkt- und Bankrecht, FinTechs Issue 4 2021: „Whistleblower-Richtlinie ante portas“ und Issue 7 2021: „Whistleblower-RL: Was Sie schon jetzt tun können“), wäre die EU-Whistleblower-RL bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umzusetzen gewesen. Das „wäre“ ergibt sich daraus, dass Österreich bei deren Umsetzung, im Gegensatz zu anderen Mitgliedsstaaten, säumig ist. Bemerkenswert, aber wohl nicht zur Entschuldigung geeignet, ist, dass außer Dänemark und Schweden kein Mitgliedsstaat eine rechtzeitige Umsetzung geschafft hat.



# works

Kurz vor Ende der Umsetzungsfrist gibt es in Österreich noch nicht einmal einen Begutachtungsentwurf. Aus dem zuständigen Arbeitsministerium heißt es hierzu Anfang Dezember noch immer, dass die Gespräche „am Laufen“ seien. Ziel des Arbeitsministeriums sei es, noch vor Weihnachten in Begutachtung gehen zu können und gleichzeitig eine ausreichend lange Zeit für Stellungnahmen zur Verfügung zu stellen. Inhaltliche Details wollte das Arbeitsministerium noch nicht verraten. Ein Entwurf ist uns bisher leider immer noch nicht bekannt. Dass es im Jahr 2021 keine Umsetzung der Whistleblower-RL in Österreich mehr geben wird, steht vor diesem Hintergrund außer Frage.

Daraus ergibt sich eine sehr unangenehme Situation für die betroffenen Unternehmen (zunächst müssen wie berichtet alle Unternehmen ab 250 Mitarbeitern u.a. ein Hinweisgebersystem implementieren; kleinere Unternehmen ab 50 Mitarbeitern sind erst in zwei Jahren betroffen): Es bleiben nach wie vor wesentliche Fragen rund um die Implementierung von Whistleblowing-Systemen offen, wohingegen man sich schon längst mit der Implementierung beschäftigen muss.

Wir werden Sie jedenfalls bezüglich des Umsetzungsprozesses weiterhin auf dem Laufenden halten.

*Sebastian Sieder*

## **3. Minderheitenrechte des GmbH-Gesellschafters**

### **1. Allgemeines**

Der Mehrheitsgesellschafter einer GmbH kann vieles über die Köpfe seiner Mitgesellschafter hinweg entscheiden. Allerdings gibt es verschiedene Einschränkungen dieses Grundsatzes. Neben der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die es dem Mehrheitsgesellschafter gebietet im Rahmen des Gesamtinteresses auch die berechtigten Interessen der Minderheit zu berücksichtigen, sieht das GmbHG vor allem die folgenden Beschlussmehrheiten vor, die regelmäßig dem Schutz der Minderheit dienen:

### **2. Qualifizierende Beschlussmehrheiten**

(a) Folgende Beschlüsse bedürfen der Einstimmigkeit:

- Änderung des Unternehmensgegenstandes (§ 50 Abs 3 GmbHG)
- Unternehmensveräußerung oder Einbeziehung in einen Konzern (umstr, aber hA)

(b) Folgende Beschlüsse können nur mit einer Dreiviertelmehrheit gefasst werden:

- Verschmelzung mit anderer GmbH (§ 98 GmbHG)
- Gesellschaftsvertragsänderung (§ 50 Abs 1 GmbHG)
- Großinvestitionen (§ 35 Abs 1 Z 7 GmbHG)



# works

### 3. Minderheitenrechte

- (a) Gesellschafter mit 10% des Stammkapitals oder mit Stammeinlagen im Nennbetrag von mindestens € 700.000,- können
- zur Prüfung des letzten Jahresabschlusses eine gerichtliche Revisorenbestellung erwirken (Sonderprüfung gemäß § 45 GmbHG)
  - Ersatzansprüche gegen Gesellschafter, Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglieder geltend machen (§ 48 Abs 1 GmbHG)
  - aus wichtigen Gründen die Bestellung besonderer Liquidatoren verlangen (§ 89 Abs 2 GmbHG)
- (b) Gesellschafter mit 10% des Stammkapitals oder mit Stammeinlagen im Nennbetrag von mindestens € 350.000,- können
- eine Generalversammlung einberufen (§ 37 GmbHG)
  - Tagesordnungspunkte aufnehmen lassen (§ 38 Abs 3 GmbHG)
  - Aufsichtsratsmitglied bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch das Gericht abberufen
- (c) Gesellschafter mit 5% des Stammkapitals können
- die gerichtliche Bestellung von Abschlussprüfern beantragen (§ 270 Abs 3 GmbHG)
  - in der Liquidation die Prüfung des Jahresabschlusses verlangen (§ 91 Abs 1 GmbHG iVm § 211 Abs 3 AktG)
- (d) Zudem hat jeder Gesellschafter unabhängig von seiner Beteiligungshöhe die folgenden Rechte:
- Bucheinsichtsrecht (§ 22 Abs 2 GmbHG)
  - Recht auf Zusendung des Jahresabschlusses samt Lagebericht (§ 22 Abs 2 GmbHG)
  - Teilnahme-, Auskunfts- und Stimmrecht in der Generalversammlung (§ 39 GmbHG)
  - Recht auf Einsicht und Zusendung der Generalversammlungsbeschlüsse (§ 40 GmbHG)
  - Recht auf Anfechtung fehlerhafter Generalversammlungsbeschlüsse (§ 41 GmbHG)
  - Recht zur Übernahme der neuen Stammeinlage bei Erhöhung des Stammkapitals mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag

### 4. Einfache Beschlussmehrheit

Für alle übrigen Beschlussgegenstände reicht eine einfache Mehrheit. Es handelt sich hierbei zwar um kein eigentliches Problem des Minderheitenschutzes an sich. Jedoch kann der Mehrheitsgesellschafter weitreichende Entscheidungen quasi autonom treffen. Beispielsweise ist



# works

hier die Gewinnverteilung zu nennen: Ist die Gewinnverteilung, wie oft, von einem mit einfacher Mehrheit gefassten Beschluss abhängig, kann der Mehrheitsgesellschafter die Ausschüttung blockieren. Aus Sicht des Minderheitsgesellschafters anzuraten ist daher, dass gesellschaftsvertraglich vereinbart zumindest ein Teil des Jahresüberschusses ausgeschüttet werden muss, ohne dass es einer Beschlussfassung bedarf.

Freilich hängt all dies von der Beteiligungsstruktur der GmbH ab. Eine Ein-Personen-GmbH muss sich darüber aus offensichtlichen Gründen keine Gedanken machen. Was als kleines Start-Up oder kleine Familiengesellschaft begonnen hat, kann sich aber über die Jahre und einige Eigenkapitalerhöhungen mit finanzkräftigen Investoren später zu einer Gesellschaft mit einer Vielzahl an Eigentümern entwickeln. Vor jeder Aufnahme eines neuen Gesellschafters gilt es dies zu bedenken.

*Katharina Müller / Martin Melzer*

## **4. Verletzung der Redepflicht des Abschlussprüfers bei Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr**

Kürzlich beschäftigte sich der OGH mit der Haftung eines Abschlussprüfers, der in Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr im Zuge einer Umgründung seine Redepflicht verletzt hatte (OGH 6 Ob 207/20i).

Klägerin war die Insolvenzverwalterin einer Kommanditgesellschaft (AG & Co KG, später GmbH & Co KG). Beklagte war die Abschlussprüferin der KG. Einzige Kommanditistin der KG war eine AG (Konzernmutter). Diese war gleichzeitig auch Alleingesellschafterin der Komplementärgesellschaft. Eine 100% Tochtergesellschaft (GmbH) der Kommanditgesellschaft hielt Beteiligungen an diversen ausländischen Gesellschaften.

Die KG übertrug den gesamten Geschäftsanteil an ihrer Tochtergesellschaft Ende 2008 an die Konzernmutter; dies ohne jede Gegenleistung. Ein klarer Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, welches nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des OGH neben „echten“ Kapitalgesellschaften auch für AG & Co KG bzw GmbH & Co KG gilt, wenn bei diesen keine natürliche Person Komplementär (also unbeschränkt haftender Gesellschafter) ist. Dennoch erteilte die beklagte Abschlussprüferin der KG einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk und hatte keine Einwendungen bei der Prüfung des Jahresabschlusses 2008. Im Jahr 2010 wurde über das Vermögen der KG ein Sanierungsverfahren eröffnet.

Die Insolvenzverwalterin begehrte für die insolvente KG von der Abschlussprüferin 12 Mio EUR an Schadenersatz (Haftungsobergrenze gem § 275 Abs 2 UGB), weil sie ihre Redepflicht gem § 273 UGB verletzt hätte. Sie hätte erkennen müssen, dass es sich bei der Sachentnahme um einen Ver-



# works

stoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr handelte. Durch die Einbringung der Tochtergesellschaft samt ihren Beteiligungen sei der KG Vermögen im Wert von 325 Mio EUR zugunsten der Konzernmutter entzogen worden. Das Verrechnungskonto der Konzernmutter wies demgegenüber einen Stand von bloß 25 Mio EUR auf.

Der OGH hielt fest, dass Einbringungen, bei denen Vermögen einer Kapitalgesellschaft & Co KG ohne eine Gegenleistung an den Kommanditisten übertragen wird, als offene Verstöße gegen das Kapitalerhaltungsgebot zu beurteilen sind. Der Abtretungsvertrag wäre vor dem Hintergrund des § 82 GmbHG (analog) nur in folgenden Fällen zulässig gewesen: (i) Gewinnausschüttung des Teilbetriebs an die Gesellschafter im Wege einer Sachdividende; (ii) ordentliche Kapitalherabsetzung unter analoger Anwendung der §§ 54 ff GmbHG; (iii) Einhaltung der Vorschriften über die Liquidation (mit Sachauskehr); oder (iv) Leistung eines den Wertabgang ausgleichenden Gesellschafterzuschusses an die sacheinlegende KG. Keine dieser Voraussetzungen war im konkreten Fall erfüllt.

Bei schwerwiegenden Verstößen der gesetzlichen Vertreter oder Arbeitnehmer einer zu prüfenden Gesellschaft gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung unterliegt der Abschlussprüfer der Redepflicht gem § 273 UGB. In diesem Fall lag wie erwähnt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, die Beklagte hätte laut OGH daher ihre Redepflicht ausüben müssen. Bei der Redepflicht handelt es sich um eine Warnpflicht, die bei „schwerwiegenden Bedenken“ auszuüben ist. Wenn der Abschlussprüfer bei seiner Beurteilung aber eine objektiv vernünftige vertretbare Rechtsmeinung vertreten hat und eine Frage bilanzrechtlicher, betriebswirtschaftlicher oder prüfungstechnischer Natur vorliegt, besteht keine Rechtswidrigkeit. Bei Vorliegen eines Rechtsirrtums seitens des Abschlussprüfers, der durch Anwendung ordentlicher Sorgfalt vermieden hätte werden können, haftet der Abschlussprüfer dagegen nach § 275 UGB. Fraglich war also, ob die rechtliche Situation (wohl insbesondere die Judikatur) rund um die Einlagenrückgewähr bei Vornahme der Prüfung 2009 so eindeutig war, dass die Abschlussprüferin bei Verneinung der Einlagenrückgewähr keinesfalls eine objektiv vernünftige Rechtsmeinung vertreten konnte.

Eine abschließende Entscheidung war dem OGH dabei noch nicht möglich; er verwies an das Erstgericht zurück zwecks Feststellung, welche Überlegungen die Beklagte zum Zeitpunkt des Prüfungsvorgangs tatsächlich angestellt hat und ob Einlagenrückgewähr thematisiert worden ist. Ungeachtet dessen hielt er fest, dass den Organen einer Kapitalgesellschaft die geltende Rechtslage und herrschende Lehre spätestens im Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrags bekannt sein mussten. Es sei außerdem nicht alles eine vertretbare Rechtsansicht, weil es einmal in der Literatur behauptet wurde. In einem zweifelhaften Fall, wenn mehrere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, müsse sich ein Rechtsanwalt oder ein Angehöriger anderer beratender Berufe entweder eines zweifelsfreien Weges bedienen, oder beide Wege gleichzeitig anwenden.



# works

## 5. Wie man Ansprüche aus Einlagenrückgewähr prozessual geltend zu machen hat

Eines der komplexesten Themen im Gesellschaftsrecht ist die Kapitalerhaltung. Das sogenannte Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG, § 82 GmbHG) verbietet, stark vereinfacht gesagt, jegliche Leistungsbeziehungen zwischen einer AG oder GmbH (oder unter Umständen auch GmbH & Co KG) auf der einen Seite und einem Gesellschafter/Aktionär, einem dieser nahestehenden Person oder allenfalls auch einer Schwestergesellschaft, die nicht betrieblich veranlasst und drittvergleichsfähig ist auf der anderen Seite. Klassiker sind etwa zu teuer vom Gesellschafter gemietete Liegenschaften, in der Judikatur ging es zuletzt aber oft auch um die Bestellung von Sicherheiten durch eine Gesellschaft zugunsten ihres Gesellschafters. Sanktion bei Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften ist die Nichtigkeit des Geschäfts, Verjährungsfristen sind mitunter lang, die „Heilung“ ist eigentlich nur durch Ersatz des entstandenen Nachteils möglich. Begünstigte einer Einlagenrückgewähr müssen also mit einer Rückforderung des (aus ihrer Sicht) erlangten Vorteils durch die benachteiligte Gesellschaft rechnen. Auch für die handelnden Organe (Geschäftsführer bzw Vorstände, allenfalls auch Aufsichtsräte) ist das Thema heikel, weil haftungsträchtig.

Nun ist schon die Frage, ob ein Geschäft einem Drittvergleich standhält oder betrieblich veranlasst war, ziemlich schwer zu beurteilen. Diese Aspekte waren es in der Praxis bislang auch, die die Probleme verursacht haben. Durch jüngste Entwicklungen in der Judikatur ist aber auch rund um die prozessuale Geltendmachung Unsicherheit aufgetaucht. Dies insbesondere in Konstellationen, in denen der Rückforderungsanspruch durch die Gesellschaft an einen Dritten abgetreten wurde. Dass eine solche Abtretung grundsätzlich zulässig ist, steht dabei außer Frage. Wird in weiterer Folge Leistungsklage erhoben, bedarf es auch keiner anderen Parteien als des Neugläubigers als Kläger und des Schuldners als Beklagten.

Bei Feststellungsklagen ist dagegen Vorsicht geboten, wie eine jüngere OGH-Entscheidung zeigt (OGH 6Ob225/19k). Der Kläger als damals einziger Gesellschafter einer GmbH in Schieflage wollte die Nichtigkeit eines Sanierungstreuhandvertrags zwischen ihm, dem Sanierungstreuhänder, den finanzierenden Banken und der Gesellschaft selbst festgestellt bekommen. Dies, weil die Gesellschaft das laufende Honorar des Sanierungstreuhanders übernommen hatte, was sie im konkreten Fall wegen des Einlagenrückgewährverbots wohl nicht hätte machen dürfen. Die Gesellschaft war nur zu diesem Zweck, also betreffend die Entgeltzahlungsklausel dem Vertrag beigetreten. Ob dennoch eine Gesamtnichtigkeit des kompletten Sanierungstreuhandvertrags vorliegt, konnte der OGH in seiner Entscheidung letztlich offen lassen. Er stieß sich nämlich an einem prozessualen Fehler:

Der Kläger hatte seine Feststellungsklage bezüglich der Nichtigkeit des Vertrags gegen den Sanierungstreuhänder und die finanzierenden Banken, nicht jedoch auch gegen die Gesellschaft als weitere Vertragspartei gerichtet. Laut OGH gilt aber, dass im Rechtsstreit um die Feststellung der



# works

Nichtigkeit eines Vertrags sämtliche Vertragsparteien eine notwendige Streitgenossenschaft bilden (RS0083003; 6 Ob 167/17b). Eine einheitliche Streitpartei sei immer dann anzunehmen, wenn sich die Wirkungen des zu fällenden Urteils auf sämtliche Streitgenossen erstrecken (RS0035479), was nach dem materiellen bürgerlichen Recht zu beurteilen sei (RS0035479). Das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft führe zur Klageabweisung, wenn wegen der Nichterfassung aller Teilhaber die Gefahr unlösbarer Verwicklungen durch verschiedene Entscheidungen entstände (RS0035479). Und gerade solche unlösbaren Verwicklungen sah das Höchstgericht hier eben gegeben, weil gerade die Gesellschaft, die ja Verpflichtete aus der Entgeltzahlungsklausel ist, nicht auch mit auf Feststellung geklagt wird (wodurch ein stattgebendes Urteil ihr gegenüber eben auch keine Wirkung entfaltet hätte).

*Gernot Wilfling*

## **6. OGH zur Rechtsmittellegitimation im Firmenbuchverfahren**

Der OGH beschäftigte sich vor Kurzem mit der Rechtsmittellegitimation im Firmenbuchverfahren über die Löschung eines durch Gesellschafterbeschluss abberufenen GmbH-Geschäftsführers; dies insbesondere unter dem Aspekt der möglichen Unwirksamkeit der Abberufung, zumal der Gesellschafterbeschluss über die Abberufung mit Nichtigkeitsklage bekämpft wurde (OGH 6 Ob 38/21p).

Eine Minderheitsgesellschafterin hatte aufgrund eines ihr laut Errichtungserklärung der GmbH zustehenden Sonderrechts (gemäß § 50 Abs 4 GmbHG) den nunmehrigen Rechtsmittelwerber als selbstständig vertretungsbefugten Geschäftsführer entsendet. Einen Monat später stimmten die übrigen Gesellschafter in der Generalversammlung für dessen Abberufung; die mit dem Sonderrecht ausgestattete Minderheitsgesellschafterin stimmte dagegen und erhob Nichtigkeitsklage gegen den Abberufungsbeschluss. Nichts desto trotz beschloss das zuständige Firmenbuchgericht die Löschung des Geschäftsführers im Firmenbuch einzutragen. Dagegen erhob der abberufene Geschäftsführer als Rechtsmittelwerber zunächst Revision an das Oberlandesgericht und in weiterer Folge außerordentlichen Revisionsrekurs an den OGH; dies einerseits im Namen der Gesellschaft, andererseits auch im eigenen Namen.

Der OGH hielt zunächst fest, dass ein Beschluss, der trotz der Gegenstimme des sonderberechtigten Minderheitsgesellschafters gefasst wird, nicht schwebend unwirksam sei, sondern mit Nichtigkeitsklage bekämpft werden muss. Erst ein stattgebendes rechtskräftiges Urteil im Zuge der Nichtigkeitsklage bewirke die Unwirksamkeit des angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses.

Ein solches Urteil lag bei Erhebung des Revisionsrekurses (noch) nicht vor. Da die Abberufung zu diesem Zeitpunkt also wirksam war, fehlte dem Geschäftsführer im konkreten Fall die Legitimation, namens der Gesellschaft im Firmenbuchverfahren Rechtsmittel zu erheben.





# works

Die Rechtmittellegitimation im eigenen Namen scheidet nach ständiger Rechtsprechung des OGH deshalb aus, weil die Firmenbucheintragung deklarative Wirkung hat. Es kämen dem abberufenen Geschäftsführer daher keine eigenen firmenbuchrechtlichen Rechte, die durch die Abberufung tangiert wären, zu.

Da dem Rechtmittelwerber also im vorliegenden Fall weder namens der Gesellschaft noch im eigenen Namen die Rechtmittellegitimation zukam, wurde sein Revisionsrekurs vom OGH als unzulässig zurückgewiesen. Der Minderheitsgesellschafterin selbst steht zwar die Geltendmachung des Beschlussmangels mittels Nichtigkeitsklage zu und wurde wie gesagt auch erhoben (wobei der diesbezügliche Stand aus der vorliegenden OGH-Entscheidung nicht hervorgeht). Im Firmenbuchverfahren wäre aber auch sie nicht rechtmittellegitimiert gewesen, weil bei Firmenbucheintragungen nach der Judikatur nicht in Rechte der Gesellschafter eingegriffen wird und ihnen daher grundsätzlich keine Beteiligungsstellung zukommt.

*Valentina Treichl*



## Information

Mag. Gernot Wilfling  
T +43 1 535 8008, E [g.wilfling@mplaw.at](mailto:g.wilfling@mplaw.at)

Dr. Martin Melzer, LL.M.  
T +43 1 535 8008, E [m.melzer@mplaw.at](mailto:m.melzer@mplaw.at)

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH  
Rockgasse 6, 1010 Wien  
[www.mplaw.at](http://www.mplaw.at)