



works

Newsletter Corporate/M&A Issue 2|2020

2

Die Themen dieses Newsletters:

1. [COVID-19 I: Sonderberichtspflicht an den Aufsichtsrat](#)
2. [COVID-19 II: Was ist jetzt bei einer GmbH zu beachten?](#)
3. [COVID-19 III: Darf eine Generalversammlung per Videotelefonie \(zB Skype\) abgehalten werden?](#)
4. [OGH: Freibrief für Querulanten in Hauptversammlung?](#)
5. [Judikatur: § 10 Erklärung auch bei Beendigung der Gründungsprivilegierung erforderlich](#)
6. [Neue Work Highlights online](#)

1. COVID-19 I: Sonderberichtspflicht an den Aufsichtsrat

Damit der Aufsichtsrat einer AG seiner Überwachungsfunktion nachkommen kann, muss er vom Vorstand mit den entsprechenden Informationen versorgt werden. Neben dem regelmäßigen Reporting des Vorstands enthält § 81 AktG auch eine Sonderberichtspflicht für den Vorstand, welcher ohne gesonderte Aufforderung durch den Aufsichtsrat proaktiv nachzukommen ist. Konkret sagt das Gesetz zunächst, dass aus wichtigem Anlass dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats unverzüglich zu berichten ist. Handelt es sich jedoch um Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität einer AG (oder einer wesentlichen Konzerngesellschaft) von erheblicher Bedeutung sind, ist unverzüglich an den gesamten Aufsichtsrat zu berichten. In Frage kommen hierfür eine Sondersitzung oder ein schriftlicher Bericht. Über den Berichtsinhalt ist ein Vorstandsbeschluss zu fassen.

Die Auswirkungen der derzeitigen COVID-19-Krise werden sich bei vielen Unternehmen auf Rentabilität und/oder Liquidität auswirken. Eine mögliche Sonderberichtspflicht an den Aufsichtsrat ist daher genau zu beobachten. Wann die Auswirkungen gravierend genug sind, um einen Sonderbericht zu verlangen, geht aber aus dem Gesetz freilich nicht genau hervor. In der Literatur ist der erforderliche „wichtige Anlass“ im Fall von negativen Abweichungen beim EGT um 20% vertreten. Bezogen auf eine allenfalls sich verschlechternde Liquiditätssituation wird vertreten, dass anzapfbare alternative Finanzierungsquellen zu berücksichtigen und ein Bericht insbesondere dann erforderlich sein soll, wenn ein Liquiditätsengpass droht.

Verletzungen der Sonderberichtspflicht sind nicht nur als Sorgfaltsverstoß geeignet, eine Haftung des Vorstands zu begründen. Vielmehr ist die „mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat“ ein von der Rechtsprechung anerkannter Grund für die Abberufung von Vorstandsmitgliedern (regelmäßig verbunden auch mit Auswirkungen auf die Beendigungsmöglichkeit des Anstellungsver-



works

trags). Und nicht zuletzt können Berichte auch mit Zwangsstrafen durchgesetzt werden (praktisch soweit ersichtlich nicht übermäßig relevant).

Umstände, die Sonderberichte erfordern, werden im Übrigen bei börsennotierten AGs in aller Regel auch zur Ad-hoc-Pflicht führen. Umgekehrt ist aber nicht zu jedem ad-hoc-pflichtigen Umstand zwingend ein Sonderbericht erforderlich.

Gernot Wilfling

2. COVID-19 II: Was ist jetzt bei einer GmbH zu beachten?

Das derzeit kursierende COVID-19 stellt nicht nur gesundheitlich eine große Herausforderung dar, sondern führt auch in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu enormen Unsicherheiten und erhöhtem Handlungsbedarf. Gerade jetzt ist es wichtig, insbesondere um den Fortbestand der Unternehmen zu sichern, sämtliche zur Verfügung stehende Maßnahmen auszuschöpfen. In der Folge findet sich eine ausgewählte Darstellung von rechtlichen Aspekten, die es in der jetzigen Situation zu beachten gibt.

1. Vorsicht bei der Gewinnausschüttung

Durch COVID-19 haben bereits jetzt viele Unternehmen mit hohen Umsatzeinbußen zu kämpfen. In diesem Zusammenhang kann die Ausschüttungssperre des § 82 Abs 5 GmbHG eine erhebliche Rolle spielen. Demnach ist der Bilanzgewinn, sofern sich die Vermögenslage der Gesellschaft in der Zeit zwischen dem Bilanzstichtag und der Feststellung des Jahresabschlusses erheblich und nicht bloß vorübergehend verschlechtert, von der Verteilung an die Gesellschafter ausgeschlossen und auf neue Rechnung vorzutragen.

Die Geschäftsführer haben die Gesellschafter vor Beschlussfassung zur Gewinnverwendung von diesem Umstand zu unterrichten und eine dennoch beschlossene Gewinnausschüttung der Gesellschafter zu verweigern. Eine Verletzung der Ausschüttungssperre löst Schadenersatzansprüche, Rückerstattungsansprüche und Haftungsansprüche aus. Wurde der Jahresabschluss bereits festgestellt, hat auch außerhalb der Ausschüttungssperre des § 82 Abs 5 GmbHG eine Gewinnausschüttung zu unterbleiben, wenn sich nach dem Bilanzstichtag Verluste ergeben und die Gewinnausschüttung die Existenz der GmbH gefährden würde. Die Gesellschafter haften, bei vorsätzlicher Entnahme nach den Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung, für den daraus entstandenen Schaden. Es empfiehlt sich eine sorgfältige Prüfung der Vermögenslage der GmbH vor Gewinnausschüttungen.



works

2. Insolvenzpflichten des Geschäftsführers

Der Geschäftsführer einer GmbH ist bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft verpflichtet, ohne schuldhafte Verzögerung binnen 60 Tagen, ab Eintritt der Voraussetzungen, die Insolvenz anzumelden (§ 69 Abs 2 IO). Wurde die Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung jedoch durch eine Naturkatastrophe ausgelöst, verlängert sich diese Frist auf 120 Tage (§ 69 Abs 2a IO). Das Justizministerium hat bereits eine entsprechende Gesetzesänderung angekündigt, wonach die Frist von 120 Tagen auch während der Coronavirus-Pandemie gelten soll.

3. Miete für einen geschlossenen Betrieb

Zur Frage einer allenfalls möglichen Mietzinsbefreiung oder -minderung wegen COVID-19 verweisen wir auf den aktuellen Newsletter unserer Immobilienrechts-Partnerin Dr. Manuela Maurer-Kollenz (<https://www.mplaw.at/publikation-details.html?id=1198>).

4. Vergütung des Verdienstentgangs

Betriebsschließungen und Betretungsverbote lösen nur dann einen Entschädigungsanspruch des Unternehmens aus, wenn diese ausdrücklich nach dem Epidemiegesetz angeordnet wurden. Wird der Betrieb durch Anordnung einer Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 20 EpidemieG stillgelegt, hat der Unternehmer Anspruch auf den Verdienstentgang gegenüber dem Bund, welchen er bei sonstigem Verlust binnen 6 Wochen nach Aufhebung der behördlichen Maßnahme geltend machen muss. Kein Anspruch gebührt hingegen bei freiwilliger Betriebschließung.

§ 1 COVID-19-Maßnahmengesetz sieht vor, dass das Betreten von öffentlichen Orten durch eine entsprechende Verordnung untersagt werden kann. Mit Erlass der Verordnung BGBl II 98/2020 wurde die Anwendung des Epidemiegesetzes auf Betriebsschließungen ausgehebelt und Betriebsschließungen angeordnet.

Im Unterschied zur Betriebsschließung nach dem Epidemiegesetz besteht bei der Schließung nach der VO BGBl IOI 98/2020 kein Anspruch auf den Verdienstentgang. Unter Umständen erhält der Unternehmer eine Zahlung aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds. Zu beachten ist, dass das COVID-19-Maßnahmengesetz im Wesentlichen nur den Kundenverkehr regelt, und die Betretungsbeschränkung nicht die eigenen Dienstnehmer umfasst, sodass die Betriebsschließung nach dem Epidemiegesetz nicht vollständig verdrängt wird.

5. Betriebsunterbrechungsversicherung

Der vom COVID-19 verschuldete Einnahmenausfall könnte von einer Betriebsunterbrechungs-



works

versicherung gedeckt sein. Die von der Versicherung versicherten Gefahren lassen sich in Sachschäden, Personenschäden und sonstige Versicherungsgründe gliedern. Ob der jeweilige Einnahmenausfall der Unternehmen durch die Versicherung gedeckt ist, hängt von den Vertragsbestimmungen des abgeschlossenen Versicherungsvertrages ab und ist im Einzelfall durch Durchsicht des Versicherungsvertrages zu eruieren.

6. Steuerrechtliche Möglichkeiten

Kann der Steuerpflichtige glaubhaft machen, dass es aufgrund des Coronavirus zu Liquiditätsengpässen gekommen ist, besteht die Möglichkeit die Herabsetzung der Einkommens- und Körperschaftsteuervorauszahlungen oder die Festsetzung mit Null Euro zu beantragen. Darüber hinaus kommt die gänzliche oder teilweise Nichtfestsetzung der Einkommens- oder Körperschaftsteuer in Betracht.

Zusätzlich kann eine Stundung bzw Ratenzahlung, sowie das Absehen von Säumniszinsen und Säumniszuschlägen beantragt werden.

7. Pflichten gegenüber Geschäftspartnern

Im Rahmen der vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten sind Geschäftspartner von einem drohenden Lieferengpass bzw Zahlungsverzug zu informieren, da die Verletzung dieser Pflichten Schadenersatzansprüche auslösen kann. Bei drohendem Zahlungsverzug wäre es sinnvoll, rechtzeitig eine Stundung bzw Ratenzahlung zu vereinbaren.

8. Neuabschluss von Verträgen während der COVID-19 Krise

Auch beim Abschluss neuer Verträge ist Vorsicht geboten. Die Vertragspartner müssen ihre Zweifel an der Erfüllbarkeit eines Vertrages offenlegen. Die Verletzung der Warnpflicht könnte Schadenersatzpflichten auslösen.

Die obige Darstellung vereinzelter, rechtlicher Bestimmungen – freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zeigt, mit welchen komplexen Fragestellungen Unternehmen in Zeiten der Coronakrise konfrontiert sind. Zudem ist zu beachten, dass sich die Rahmenbedingungen derzeit nahezu täglich ändern.

Das Team von MPLaw steht Ihnen gerne bei Prüfung konkreter Rechtsfragen sowie der Umsetzung der möglichen Maßnahmen in Ihrem Unternehmen zur Verfügung.

Martin Melzer / Katharina Müller



works

3. COVID-19 III: Darf eine Generalversammlung per Videotelefonie (zB Skype) abgehalten werden?

Aufgrund der bestehenden Maßnahmen der Bundesregierung zur Eindämmung des COVID-19 besteht derzeit ein Versammlungsverbot, welches die Frage aufwirft, ob Generalversammlungen einer GmbH auch durch Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel abgehalten werden können.

Die Willensbildung der GmbH erfolgt in der Regel durch Beschlüsse der Gesellschafter, die im Rahmen der Generalversammlung gefasst werden (§ 34 GmbHG). Der Regelfall der Generalversammlung ist die Präsenzversammlung. Die physische Anwesenheit soll dem Gesellschafter die Ausübung seiner Gesellschafterrechte und die Beratungsmöglichkeit vor Beschlussfassung sichern. Bereits vor Ausbruch des aktuellen Coronavirus konnten Beschlüsse, sofern die Teilnahme eines Notars nicht zwingend erforderlich ist, außerhalb der Generalversammlung in Form einer Video- oder Telefonkonferenz gefasst werden. Vorausgesetzt diese Möglichkeit der Beschlussfassung ist im Gesellschaftsvertrag vorgesehen oder sämtliche Gesellschafter stimmen nachweislich zu. Für diese Form der Beschlussfassung ist eine qualifizierte Beratungsmöglichkeit im Vorfeld, die gegenseitige Hör- und Sichtbarkeit und die einwandfreie Authentifizierung der Teilnehmer erforderlich. Zu Beweis Zwecken empfiehlt es sich, mündliche gefasste Beschlüsse zusätzlich im Umlaufweg schriftlich festzuhalten.

Gem. § 1 COVID-19-GesG können nun für die Dauer von Maßnahmen, die zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 nach dem COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. Nr. 13/2020, getroffen werden, Versammlungen von Gesellschaftern und Organmitgliedern (Geschäftsführer, Aufsichtsrat) einer Kapitalgesellschaft nach Maßgabe auch ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer durchgeführt werden. Nähere Bestimmungen, betreffend die Durchführung der Versammlungen werden mittels Verordnung der Bundesministerin für Justiz verfügt. Dabei wird die Herausforderung sein, eine Balance zwischen den Interessen der Versammlungsteilnehmer und den Interessen der Gesellschaft zu finden.

Rechtlich kommen in Zusammenhang mit der Generalversammlung mehrere Alternativen in Frage. Die Generalversammlung könnte aus sachlichem Grund verschoben werden, wobei der Schutz der Gesellschafter vor einer möglichen Ansteckung mit COVID-19 jedenfalls einen sachlichen Grund darstellt. Die Generalversammlung könnte aber auch via Videokonferenz abgehalten werden. Scheitert derzeit die Abhaltung via Videokonferenz an der Zustimmung einzelner Gesellschafter, ist es ratsam den Erlass der Verordnung des Justizministeriums abzuwarten, welche Auskunft über die Durchführung der Generalversammlung während der Coronakrise geben wird.

Martin Melzer / Katharina Müller



works

4. OGH: Freibrief für Querulanten in Hauptversammlung?

Der OGH (6 Ob 34/19x) hat jüngst die Fragerechte von Aktionären in Hauptversammlungen gestärkt. § 118 AktG bietet ein Auskunftsrecht für Aktionäre. Dieses Mitgliedschaftsrecht ist in der Hauptversammlung wahrzunehmen. Beklagter des Verfahrens war ein Kleinaktionär einer Aktiengesellschaft, der in der HV zahlreiche unangenehme Fragen an den Aufsichtsratsvorsitzenden und den Vorstand richtete. Dabei warf er dem Vorstand und einem Großaktionär vor, potenziell schädigende Aktionen zum Nachteil der Gesellschaft gesetzt zu haben und diese dadurch geschädigt zu haben. Die Aussagen des Kleinaktionärs bezogen sich auf (versuchte) Einflussnahmen des Großaktionärs, der Stifter und Begünstigter einer zu mehr als 25 % an der Aktiengesellschaft beteiligten Privatstiftung ist, auf den Vorstand der Aktiengesellschaft im Zusammenhang mit deren geplantem Zusammenschluss mit einer brasilianischen Gesellschaft. Der angesprochene Großaktionär klagte auf Unterlassung und stützte sich dabei auf § 1330 ABGB. Nach Ansicht des Klägers haben die Äußerungen seine Ehre und sein wirtschaftliches Fortkommen gefährdet.

Der OGH bestätigte die Ansicht der Unterinstanz. Das OLG Wien gestand dem Kleinaktionär zu, dass seine „Fragen“ einen Tatsachekern enthielten und eine Verdachtslage nahelegten und erkannte dem Kleinaktionär daher ein Aufklärungsinteresse zu. Nach Ansicht des OGH handelt ein Aktionär, der auf einer HV sein Recht auf Fragen zu potenziell schädigenden Handlungen der Entscheidungsträger der Gesellschaft ausübt, nicht rechtswidrig. Der OGH hat in diesem Fall im Rahmen einer Interessenabwägung das Recht der freien Meinungsäußerung gestärkt und dem Recht auf Persönlichkeitsschutz Nachrang gegeben.

Fraglich bleibt, ob diese Ansicht des OGH quasi einen Freibrief für Aktionäre darstellt ihrem Ärger über andere Aktionäre und die Führung Luft zu machen. Man würde hiermit den Aktionären eine Bühne bieten, um anderen „eins auszuwischen“. Zudem würde man in Zeiten des Aktionärsaktivismus (Shareholder Activism), der aus den USA und UK immer mehr nach Europa überschwappt, eine Möglichkeit geben die Unternehmensführung hemmungslos an den Pranger zu stellen und dabei auch vor deren Ehre und deren wirtschaftlichem Fortkommen keinen Halt zu machen. Diese Befürchtungen treffen wohl nur eingeschränkt zu, da immer eine Interessenabwägung zwischen Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) und den Persönlichkeitsrechten im Einzelfall notwendig ist. Die jüngste OGH-E ist daher so „schlimm“ auch wieder nicht, sendet aber ein fatales Signal aus.

Sebastian Sieder



works

5. Judikatur: § 10 Erklärung auch bei Beendigung der Gründungsprivilegierung erforderlich

Gemäß § 10b Abs 5 GmbHG kann die Gründungsprivilegierung einer GmbH durch Satzungsänderung vorzeitig beendet werden, sofern die Mindesteinzahlungserfordernisse erfüllt sind. Der genaue Gesetzeswortlaut von § 10 Abs 3 GmbHG klärt jedoch nicht abschließend, ob die Geschäftsführung einer GmbH eine § 10 Erklärung auch bei Beendigung der Gründungsprivilegierung abgeben muss und über die Einzahlung der bar zu leistenden Stammeinlagen die entsprechende Bestätigung des Kreditinstituts vorzulegen hat. Der Oberste Gerichtshof schloss sich nun in 6 Ob 112/19 t der Literatur zu dieser Fragestellung an. Diese lehnte schon bisher eine Schlechterstellung gegenüber einer GmbH, die bei Eintragung keine Gründungsprivilegierung in Anspruch genommen hat, ab. Eine Gleichbehandlung sei schon aus Gründen des Verkehrs- und Gläubigerschutzes gefordert. Es bedarf also bei Beendigung der Gründungsprivilegierung einer § 10-Erklärung und einer Bankbestätigung.

Stefanie Ringhofer

6. Neue Work Highlights online

Ab sofort kann man auf unserer Website neue [Work Highlights](#) nachlesen. Hier nur ein kleiner Auszug aus unserem Jahr 2019:

- Begleitung einer ausländischen Investorengruppe bei der Übernahme eines Profi-Fußballvereins samt Ausgliederung des Profi-Betriebs in eine Kapitalgesellschaft und Beteiligung der Investoren
- Beratung eines Software-Unternehmers beim Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an seinem Unternehmen an einen ausländischen Konzern inklusive Gestaltung der zukünftigen Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern.
- Begleitung eines Software-Konzerns bei der Übernahme eines Einzelunternehmens im Wege eines Asset-Deals
- Beratung des ausländischen Mehrheitseigentümers eines Biomedizin-Unternehmens in Gesellschafterstreit
- Beratung der größten österreichischen Crowdfunding-Plattform bei der Entwicklung einer neuen Geschäftssparte für öffentliche Aktienangebote im Weg von online-Eigenemissionen
- Beratung einer Publikumsaktiengesellschaft und eines ATX-Konzerns zu Mitarbeiterbeteiligungsstiftung



works

- Beratung zu zahlreichen Gesellschaftsgründungen, Umgründungen und Liquidationen

Besonders hervorzuheben ist, dass wir bei der Anzahl an Mandanten im Bereich Corporate/M&A noch einmal einen deutlichen Anstieg verzeichnen konnten. Erfreulich ist in diesem Zusammenhang auch, dass immer mehr Mandanten aus den Bereichen Kapitalmarktrecht und Immobilienrecht auf unsere gesellschaftsrechtliche Expertise vertrauen.

Ihre Müller Partner-Corporate/M&A-Praxis



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