



Newsletter Corporate/M&A Issue 1|2022

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Judikatur – Formpflicht bei Aufgriff von GmbH-Anteilen \(OGH 25.11.2020, 6 Ob 198/20s\)](#)
2. [BFG: Beteiligungsbefreiung bei Anteilsveräußerung unter Dividendenvorbehalt](#)
3. [Fake-President-Fraud: OGH zur Geschäftsführerhaftung bei Verletzung von Organisations- und Überwachungspflichten](#)
4. [Haftungsbombe britische Limited – Gesellschafter sollten dringend handeln!](#)
5. [Happy Birthday, Praxisleitfaden!](#)

1. Judikatur – Formpflicht bei Aufgriff von GmbH-Anteilen (OGH 25.11.2020, 6 Ob 198/20s)

Die Übertragung von GmbH-Anteilen ist an strenge Formvorschriften gebunden. Ein Notariatsakt ist nach der ständigen oberstgerichtlichen Rsp sowohl für das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft notwendig, sollte der Abschluss beider Geschäfte zeitlich auseinanderfallen. Gleichmaßen unterliegen der Formpflicht Vereinbarungen, die den künftigen Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrags zum Gegenstand haben. Wird ein solcher Vorvertrag nicht in Form eines Notariatsakts abgeschlossen, ist er ungültig.

Zu diesen bereits ausjudizierten praktischen Fallgestaltungen ist nun eine weitere hinzugekommen: In vielen Gesellschaftsverträgen ist ein Aufgriffsrecht zugunsten der Mitgesellschafter vereinbart. Möchte ein Gesellschafter seinen Anteil an Dritte verkaufen, hat er ihn zunächst den Mitgesellschaftern zum Aufgriff anzubieten. Der OGH urteilte nunmehr, dass auch ein derartiges Anbot in Form eines Notariatsakts abgegeben werden muss. Die Annahme eines formungültigen Anbots, die ebenfalls den strengen Formvorschriften unterliegt, wäre daher ebenfalls nicht wirksam.

Dies klingt zwar nach überbordetem Formalismus und ist auch unproblematisch, wenn sich die Parteien ohnehin einig werden. Probleme können sich aber ergeben, wenn dies eben nicht der Fall ist. So ist den Mitgesellschaftern gesellschaftsvertraglich in der Regel eine Frist gesetzt, in der ihnen die Ausübung des Aufgriffsrechts zusteht. Wenn aber nie ein formgültiges Anbot gelegt wurde, ist zweifelhaft, ob die Frist jemals zu laufen beginnen kann. Im Zweifel ist es daher selbst bei vermeintlich einfach erscheinenden Vorgängen empfehlenswert, sich rechtskundige Unterstützung zu holen.

Katharina Müller / Martin Melzer



works

2. BFG: Beteiligungsbefreiung bei Anteilsveräußerung unter Dividendenvorbehalt

Das Bundesfinanzgericht (BFG) hatte unlängst darüber zu entscheiden, ob eine Gewinnausschüttung an die Verkäufer aufgrund eines vereinbarten Dividendenvorbehalts im Rahmen einer Anteilsveräußerung unter die Beteiligungsbefreiung fällt (BFG 26.08.2021, RV/4100568/2016). Konkret hatten die Parteien eines Kauf- und Abtretungsvertrags vom 19.03.2011 – Tag des Signings – vereinbart, dass sämtliche Anteile der bestehenden Gesellschafter der Zielgesellschaft an die Käuferin verkauft werden. Das Closing wurde vertraglich mit 01.04.2011 bestimmt. Im Vertrag fand sich ein Dividendenvorbehalt, der besagte, dass alle Gewinne, die bis 01.01.2011, 00:00 Uhr entstanden waren, an die Altgesellschafter als Veräußerer vor dem Closing auszuschütten seien. Die Ausschüttung des Bilanzgewinnes wurde sodann mit Gesellschafterbeschluss am 28.03.2011 beschlossen.

Grundsätzlich gilt, dass eine Gewinnausschüttung während aufrechter Beteiligung einer Kapitalgesellschaft als Gesellschafterin an einer anderen Kapitalgesellschaft stets steuerfrei ist, wohingegen der Kaufpreis als Betriebseinnahme der Körperschaftsteuer unterliegt. Verständlicherweise werden daher häufig in Kauf- und Abtretungsverträgen Vereinbarungen über die Ausschüttung des vorhandenen Bilanzgewinns vereinbart, um im Rahmen des Verkaufs die Steuerbelastung von 25% beim Veräußerer zu vermeiden.

Im Zuge einer Außenprüfung der Beschwerdeführerin (einer der Verkäufer; eine Kapitalgesellschaft) vertrat das zuständige Finanzamt die konträre Auffassung, die Ausschüttung sei in wirtschaftlicher Betrachtungsweise in einem engen Zusammenhang mit dem Kaufgeschäft stehend und daher gelange keine Beteiligungsertragsbefreiung zur Anwendung. Den diesbezüglichen Sachbescheid des Finanzamts bekämpfte die Beschwerdeführerin durch Beschwerde an das BFG.

Die zentralste Aussage des BFG ist, dass es im Wesentlichen darauf ankommt, wer im Zeitpunkt der Beschlussfassung wirtschaftlicher Eigentümer der Anteile ist. Grundsätzlich sieht das BFG denjenigen als wirtschaftlichen Eigentümer an, der im Zeitpunkt der Beschlussfassung stimmberechtigt ist. Im vorliegenden Fall war es Wille der Vertragsparteien, dass das wirtschaftliche Eigentum erst mit Closing, das heißt nach Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung, übergeht. Es wurde also nicht nur von den Altgesellschaftern das Stimmrecht in der Generalversammlung am 28.03.2011 ausgeübt, sondern die Käuferin hatte auch nicht die Möglichkeit wie eine Eigentümerin über die Geschäftsanteile zu verfügen. Zwar wurden im Vertrag die Dispositionsmöglichkeiten der Altgesellschafter durch diverse Zustimmungsvorbehalte der Käuferin hinsichtlich bestimmter Geschäftsführungshandlungen eingeschränkt, dies sah das BFG aber nicht als Indiz für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Da zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung sowohl das wirtschaftliche als auch das zivilrechtliche Eigentum der Anteile bei den Altgesell-



works

schaftern war gestand das BFG diesen die Beteiligungsertragsbefreiung auf die vorbehaltenen Dividenden zu und änderte den bekämpften Bescheid entsprechend ab. Dem Argument der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ des Finanzamts folgte das BFG dagegen (mE zurecht) nicht.

Dividendenvorbehalte sind bei M&A Transaktionen keine Seltenheit. Umso wichtiger ist die vorliegende Entscheidung des BFG, da die Frage nach der Beteiligungsertragsbefreiung in der Literatur uneinheitlich beantwortet wird.

Valentina Treichl

3. Fake-President-Fraud: OGH zur Geschäftsführerhaftung bei Verletzung von Organisations- und Überwachungspflichten

Der OGH beschäftigte sich vor kurzem mit der Haftung des Geschäftsführers einer operativ tätigen Gesellschaft als Beklagten für den Schaden, der dieser Gesellschaft (Klägerin) durch einen Fake-President-Fraud entstanden ist (8 ObA 109/20t). Der Beklagte war gleichzeitig auch Vorstandsvorsitzender der börsennotierten Mutter-Aktiengesellschaft. Konzernweit waren für die Klägerin bzw verbundene Unternehmen rund 3.000 Mitarbeiter tätig. Es handelte sich also um einen Großkonzern.

Aber was war passiert? Ende 2015 bekam die Leiterin der Finanzbuchhaltung der Klägerin zahlreiche vertrauliche E-Mails, welche den Anschein hatten, vom Konzernvorstand zu stammen. Nach einigen vertrauensbildenden Maßnahmen wurde sie letztlich angewiesen, rund 54 Millionen Euro in mehreren Tranchen auf (den Betrügern zuzurechnende) Konten zu überweisen, was sie nach anfänglichem Misstrauen letztlich auch tatsächlich tat. Ein Großteil des Geldes ging dadurch für immer verloren, ein spektakulärer "Fake-President-Fraud" war geglückt. Der Schaden war mit über 40 Millionen Euro enorm.

Aber haftet der Geschäftsführer der Klägerin deswegen so ohne weiteres? Er hat ja nicht tatsächlich selbst gehandelt (oder zur Zahlung angestiftet). Und ein eigenes rechtswidriges und schuldhaftes Handeln, welches für einen Schaden auch kausal war, ist bekanntlich unabdingbare Voraussetzung für eine Geschäftsführerhaftung. Und Mitarbeiter sind dem Geschäftsführer auch nicht als seine Erfüllungsgehilfen haftungsrechtlich zuzurechnen. Fraglich konnte im gegenständlichen Fall daher nur sein, ob der Geschäftsführer ihn selbst treffende Organisations- oder Überwachungspflichten verletzt hat.



works

Organisationspflicht: Einrichtung eines internen Kontrollsystems

Geschäftsführer haben als eine ihrer Kardinalpflichten ein internes Kontrollsystem einzurichten (siehe § 22 GmbHG). Ein solches dient laut OGH dazu, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnung zu gewährleisten und die Einhaltung der Geschäftspolitik zu unterstützen. Ein IKS umfasst also generelle Gefahren aus einem menschlichen oder technischen Versagen, die zu beträchtlichen Schäden führen könnten. Je größer das Unternehmen und je komplizierter der Aufgabenbereich, umso mehr Regelungen und Anweisungen müssen eingesetzt werden.

Aber wie war der Zahlungsprozess nun bei der klagenden Gesellschaft aufgesetzt? Die Zahlungsfreigabe bei der betroffenen Gesellschaft unterlag genau definierten Prozessen mit mehrfachen, unabhängig voneinander erforderlichen Autorisierungen. Sozusagen am Ende der Kette war die Erteilung des Überweisungsauftrags mit TANs von Bankkarten zweier Mitarbeiter, die laut Prozess auch getrennt zu verwahren waren, durchzuführen. Bei der Klägerin wurde auch eine Risikobewertung in der Finanzbuchhaltung und der IT-Abteilung durchgeführt. Dabei hatte der Leiter der Finanzbuchhaltung die Einhaltung des Vieraugenprinzips bestätigt. Die Mitarbeiter der Klägerin waren zudem im Bereich der IT-Sicherheit geschult und verpflichtet, im Fall von Auftauchen suspekter E-Mails die IT-Abteilung zu informieren. Die IT-Abteilung versandte weiters Warnhinweise per E-Mail, Blog oder als Artikel im Mitarbeiter-Magazin. Und nicht zuletzt war bei der Klägerin ein Social-Engineering-Test durchgeführt und ein Artikel über die „User Awareness“ im Mitarbeitermagazin veröffentlicht worden.

Vor diesem Hintergrund befand der OGH das interne Kontrollsystem der Klägerin auch für ein Unternehmen mit mehreren tausend Mitarbeitern als in Ordnung und sah die Organisationspflicht des beklagten Geschäftsführers als nicht verletzt an. Auch wenn man sicher nicht alle der vorstehenden Maßnahmen auch für KMU verlangen können, kann man aus dieser und früheren Entscheidungen des OGH auch für Mittelständler mitnehmen: Für Überweisungen ist das Vier-Augen-Prinzip geboten!

Was die konkrete Ausgestaltung interner Kontrollsysteme betrifft gilt ganz allgemein, dass je nach Einzelfall angemessene Maßnahmen erforderlich sind. Bei der Frage nach der angemessenen Ausgestaltung hat man sich laut OGH an der „Business Judgement Rule“ zu orientieren. Hier kurz zur Erinnerung, wie diese wichtige Regel funktioniert: (i) Ein Geschäftsführer darf sich bei unternehmerischen Entscheidungen nicht von sachfremden Interessen leiten lassen. (ii) Entscheidungen müssen auf Grundlage angemessener Information getroffen werden. Und sie müssen (iii) ex ante betrachtet dem Wohl der Gesellschaft dienen bzw muss der Geschäftsführer vernünftigerweise annehmen dürfen, dass er zum Wohle der Gesellschaft handelt. Sind diese Kriterien erfüllt, haftet ein



Geschäftsführer nicht, auch wenn sich seine Entscheidungen im Nachhinein als nachteilig herausstellen. Die Haftung setzt dabei laut OGH voraus, dass der Geschäftsführer seinen Ermessensspielraum überschreitet, eine evident unrichtige Sachentscheidung oder eine geradezu unvertretbare Entscheidung trifft.

Überwachungspflicht: Was muss der ressortunzuständige Geschäftsführer selbst machen?

Grundsätzlich ist ein Geschäftsführer verpflichtet, nicht nur ein Kontrollsystem auf dem Papier einzurichten, sondern er muss sein Funktionieren auch überprüfen, erkannte Missstände bekannt geben sowie das System laufend anpassen und weiterentwickeln.

Dass der definierte Prozess im vorliegenden Fall nicht eingehalten wurde, ist evident. Es war wohl auch generell so, dass die handelnde Mitarbeiterin mit Wissen ihres direkten Vorgesetzten (Gruppenleiter) mitunter durchaus selbständig Zahlungen durchgeführt hat. Der Geschäftsführer wusste davon nichts. Aber hätte er es bei ausreichender Kontrolle gewusst/wissen können und Mängel abstellen müssen? Und hätte sich der Schaden damit verhindern lassen?

Hier muss man sich zunächst die Geschäftsordnung bei der klagenden Gesellschaft vor Augen halten. Der Beklagte war dieser gemäß in den Bereichen Sales und Marketing, Forschung und Entwicklung, Technik, Qualitätssicherung, zentraler Einkauf, Kundenbetreuung, Strategie, Rechtsberatung und für die ausländischen Tochtergesellschaften zuständig. Für die hier interessierenden Bereiche Rechnungswesen, Controlling, Corporate Compliance und Risikomanagement war dagegen eine andere Geschäftsführerin, im gegenständlichen Prozess Nebenintervenientin, verantwortlich. Und diese berichtete ihren Geschäftsführerkollegen durchaus darüber, wie der Zahlungsprozess aufgesetzt war und welche Nachschärfungen sie vornahm. Und es gab auch keine Warnungen der externen Prüfungsorganisationen.

Vor diesem Hintergrund meinte der OGH – auf Linie mit dem von ihm in ständiger Rechtsprechung etablierten Vertrauensgrundsatz – dass es den Bogen überspannen würde, dem nicht ressortzuständigen Beklagten hier weitere Nachforschungspflichten oder gar eine eigene Überwachungspflicht gegenüber den Mitarbeitern der Buchhaltung der klagenden Gesellschaft aufzuerlegen. Dies zumal er laut den Feststellungen keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Berichte der ressortzuständigen Geschäftsführerin haben musste.

Diese Einschätzung des OGH ist nicht nur zu begrüßen, sondern es zeigt sich aus der Entscheidung einmal mehr, wie wichtig sowohl eine sauber abgrenzende Geschäftsordnung, als auch eine regelmäßige Kommunikation in der Geschäftsführung sind, um Haftungsrisiken für das einzelne Mitglied zu reduzieren.

Gernot Wilfling / Ekaterina Shapatkovskaya



works

4. Haftungsbombe britische Limited – Gesellschafter sollten dringend handeln!

Nach langem hin und her war der Austritt des Vereinigten Königreichs (UK) aus der EU mit Ablauf des Jahres 2020 abgeschlossen. Gleichzeitig gibt es noch etliche Unternehmen, die sich der UK-Gesellschaftsform „Limited“ bedienen und ihren Sitz in der EU haben.

Über das Schicksal einer solchen britischen Limited, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat, hatte das OLG München Ende letzten Jahres zu entscheiden (OLG München 05.08.2021, 29 U 2411/21).

Nach der sogenannten milden Form der Sitztheorie ist diese UK-Limited mit Sitz in Deutschland nach dem Oberlandesgericht seit dem Brexit je nach tatsächlicher Ausgestaltung als GbR, OHG oder – bei nur einer Gesellschafterin – als einzelkaufmännisches Unternehmen zu behandeln. Dies hat eine gravierende Konsequenz für deren Gesellschafter: Haftung für Schulden der Limited mit ihrem Privatvermögen! Genau das Gegenteil dessen, was man mit einer haftungsbegrenzten Gesellschaftsform, wie es die Limited bis zum EU-Austritt des vereinigten Königreichs war, in der Regel erreichen will!

Die Grundsätze der Entscheidung des OLG München sind auch auf Österreich übertragbar. Heimische Limited-Gesellschafter sind daher (wie Deutsche) mit einer wahren Haftungsbombe konfrontiert. Sie haften für Verbindlichkeiten ihrer (nicht mehr rechtsfähigen) Limited persönlich, unbeschränkt und unmittelbar, da die Limited zur GesbR wurde. Wir raten dringend dazu, hier gegenzusteuern, und unterstützen Betroffene gern bei gesellschaftsrechtlich sinnvollen Schritten.

Sebastian Sieder

5. Happy Birthday, Praxisleitfaden!

Vor rund einem Jahr konnten Interessierte zum ersten Mal in unserem Praxisleitfaden "Die börsennotierte AG" schmökern und sich einen schnellen Überblick über die relevantesten Themen im Regelungsdschungel der börsennotierten AG verschaffen. Das Feedback von Praktikern aus zahlreichen Banken und Unternehmen war höchst erfreulich. Anlässlich des ersten Jahrestages haben wir den Praxisleitfaden unter die Lupe genommen. Dabei haben wir festgestellt, dass er von Nuancen abgesehen nach wie vor aktuell ist. Eine Neuauflage wird es daher erst geben, wenn sich größeres ändert (vermutlich, wenn die im Raum stehende AktG-Novelle betreffend die dauerhafte Implementierung eines virtuellen Formats für Hauptversammlungen beschlossen wurde).



works

Lesen Sie daher gern weiterhin im [Praxisleitfaden „Die börsennotierte AG“, 1. Auflage!](#) Wir freuen uns zudem über Feedback, was wir in der 2. Auflage verbessern können.

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