

newsletter

1 / 2 0 1 6

editorial

HERZLICH WILLKOMMEN
IM JAHR 2016!

Im neuen Jahr erwarten Sie auch in rechtlicher Sicht zahlreiche Änderungen, von denen ich einige wesentliche für Sie zusammenfasse:

So trat mit 1.1.2016 das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 in Kraft, wodurch insbesondere der Untreue-Tatbestand modifiziert und Bilanzstrafdelikte einheitlich geregelt werden. Nunmehr soll es klar(er) sein, dass zivilrechtlich zulässige Sachverhalte nicht (mehr) zu Strafverfahren führen dürfen. Dem unternehmerischen Ermessen wird somit größerer Spielraum eingeräumt. Ebenso trat das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015 (teilweise) in Kraft, welches die Rechtsstellung von Opfern verbessern und den Zugang zu Rechtsbeistand erleichtern will.

Die Steuerreform 2015 ist in Kraft; die durchschnittliche Lohnsteuer soll damit deutlich sinken. Weiters trat die Aufhebung der Gesellschaftsteuer in Kraft. Beim Erben und Schenken unter Verwandten gilt nicht mehr der Einheitswert, sondern der (näher am Marktwert liegende) Grundstückswert als Bemessungsgrundlage. Auch die Registrierkassen sind jetzt Pflicht, mag dies auch noch nicht exekutiert werden.



Aus unternehmensrechtlicher Sicht gibt es eine Zuschreibungspflicht für alle Vermögensgegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens bei Wertaufholung für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2015 beginnen. Dieses Zuschreibungsgebot ist auch für steuerliche Zwecke maßgebend.

Mit der Umsetzung von Solvabilität II wurde ein neues Versicherungsaufsichtsrecht geschaffen, das u.a. die Einrichtung eines den aktuellen internationalen Entwicklungen entsprechenden Governance-Systems und die Aufstellung einer zusätzlichen Bilanz für Solvenzzwecke vorsieht.

Unser Newsletter nennt weitere Neuerungen. Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre!

FELIX HÖRLSBERGER

2 GEWÄHRLEISTUNGS-AUSSCHLUSS
BEIM UNTERNEHMENSKAUF

4 GEWÄHRLEISTUNGS-
VERSICHERUNG

6 DAS KREUZ MIT DEN AGB

8 BUSINESS JUDGMENT RULE
GESETZLICH VERANKERT

10 WESENTLICHE ÄNDERUNGEN
IM BÖRSEGESETZ

11 KÜNDIGUNG VIA „WHATSAPP“
UNWIRKSAM

GEWÄHRLEISTUNGS AUSSCHLUSS BEIM UNTERNEHMENSKAUF

Der Umfang der Verkäufer-Gewährleistungen gilt in der M&A-Praxis als einer der wesentlichsten Knackpunkte auf dem Weg zum Vertragsabschluss. Die Parteien sind in diesem Zusammenhang gut beraten, abweichend von den gesetzlichen Gewährleistungsregelungen eigene Haftungsbestimmungen zu vereinbaren. Dabei stößt das Interesse des Käufers an möglichst weitreichender Absicherung auf jenes des Verkäufers, durch restriktive Zusagen möglichst bald Gewissheit über den „endgültigen“ Kaufpreis zu haben. In diesem Spannungsfeld soll dieser Beitrag Möglichkeiten zur Einschränkung des gesetzlichen Gewährleistungsregimes (sowie weiterer gesetzlicher Haftungsgrundlagen) und diesbezügliche Grenzen aufzeigen.



Gesetzliches Gewährleistungsregime

Unter Gewährleistung versteht man die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Verkäufers für Mängel, welche die Leistung bei Übergabe aufweist. Im Wesentlichen muss der Verkäufer dafür einstehen, dass die von ihm erbrachte Leistung die mit dem Käufer vereinbarten oder verkehrsüblichen Eigenschaften aufweist. Andernfalls gilt die Leistung als mangelhaft. Bei mangelhafter Leistung stehen dem Käufer nach dem Gesetz primär die Be-

hilfe der Verbesserung oder des Austausches und subsidiär die der Preisminderung oder Wandlung (rückwirkende Vertragsauflösung) zu.

Die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen sind grundsätzlich auch beim Unternehmenskauf anwendbar. Sie nehmen jedoch nicht auf dessen Eigenheiten Rücksicht und erweisen sich in der Praxis – insbesondere bei internationalen Transaktionen – als unpassend und im Einzelfall oftmals unklar. Gut beratene

Vertragsparteien sehen daher im Kaufvertrag ein möglichst autonomes und umfassendes Gewährleistungssystem vor.

Grenzen des Gewährleistungsverzichts

Ein allgemeiner Verzicht des Käufers auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen erscheint auf Basis der gesetzlichen Bestimmungen sowie der Judikatur zu unbestimmt und im Einzelfall nicht ausreichend. Grob zusammengefasst gilt Folgendes:

Bei Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Verbrauchergeschäft) ist ein Gewährleistungsausschluss vor Kenntnis des Mangels gänzlich unzulässig. Weiters ist eine Haftungsbeschränkung für vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Vermögensschäden unzulässig.

Zwischen Unternehmern (unternehmensbezogenes Geschäft) ist ein Gewährleistungsverzicht bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zulässig, erstreckt sich aber nicht auf arglistig verschwiegene Mängel und das Fehlen ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften. Ein Ausschluss der Gewährleistungshaftung ist auch bei völliger Unbrauchbarkeit des Kaufobjekts unwirksam.

Die österreichische Judikatur interpretiert den Umfang von Gewährleistungsverzichten (soweit ersichtlich) eher restriktiv. Allgemein formulierte Klauseln über Gewährleistungsausschlüsse, wie z.B. das Nichtvorliegen „bestimmter Eigenschaften“ oder einer „bestimmten Beschaffenheit“, könnten zu pauschal sein, um die Haftung im vereinbarten Umfang wirksam einzuschränken.

Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Als Basis für eine möglichst weitgehende Einschränkung der Gewährleistungshaftung dient insbesondere eine genaue Definition des Kaufgegenstands, die allfällige Mängel als Eigenschaft des Kaufgegenstandes beschreibt. Folglich entfällt für diese Umstände die Gewähr-



leistung, da der Kaufgegenstand grundsätzlich trotz objektiv fehlerhaftem Zustand als vertragsgemäß gilt. In der Praxis wird der Käufer dies jedoch im Kaufpreis berücksichtigen.

Ähnlich kann die Möglichkeit des Käufers zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung des zu erwerbenden Unternehmens den Ausschluss der Gewährleistungshaftung des Verkäufers zur Folge haben. Der Käufer muss sich die (trotz Möglichkeit) gänzliche Nichtdurchführung einer Due Diligence-Prüfung ebenso entgegenhalten lassen wie trotz Prüfung grob sorgfaltswidrig (dies kann vertraglich erweitert werden) von ihm nicht erkannte, aber explizit offengelegte Mängel.

Der Verkäufer wird auch daran interessiert sein, zusätzlich zu Gewährleistungsbeschränkungen die gesetzliche Haftung aus Schadenersatz einschließlich „culpa in contrahendo“ (schuldhaftes Verletzung von Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis) zu limitieren. Bei unternehmensbezogenen Geschäften ist ein derartiger Haftungsausschluss gemäß OGH bis zur Grenze des vorsätzlich oder (krass) grob fahrlässig verursachten Schadens zulässig. Als verzichtbar werden jedoch nur im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbare und kalkulierbare Risiken angesehen. Häufig schließen die Parteien auch die Vertragsanfechtung wegen Irrtum, „laesio enormis“ (Verkürzung über die Hälfte) und Wegfall der Geschäftsgrundlage aus. Mit Ausnahme von Verbrauchergeschäften sind solche Verzichte grundsätzlich zulässig. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass allgemein formulierte Einwendungsverzichte nichtig sind und Verzichtsklauseln daher so konkret wie möglich vereinbart werden sollten. Weiters gilt, dass die Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen jeweils einer Ge-

samtbeurteilung im konkreten Einzelfall bedarf (z.B. wirtschaftliche Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien).

Alternative: Gewährleistungsver sicherung

In jüngerer Zeit werden in der M&A-Praxis vermehrt Gewährleistungsver sicherungen eingesetzt, um die Haftung des Verkäufers bei Verletzung von Gewährleistungszusagen wirtschaftlich zu begrenzen oder gänzlich auszuschließen. Der Verkäufer kann daher bereits bei Abschluss der Transaktion das Risiko potenzieller Gewährleistungsansprüche des Käufers (noch vor Ablauf der im Vertrag für deren Geltendmachung vereinbarten Frist) eingrenzen. Siehe dazu den Artikel auf Seite 4 in diesem Newsletter.

Conclusio

Den Parteien eines Unternehmenskaufvertrags stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, das gesetzliche Gewährleistungsregime vertraglich zu modifizieren. Auf Basis der einschlägigen Judikatur sollten diesbezügliche Verzichte und Einschränkungen möglichst konkret formuliert bzw. standardmäßig eine Due Diligence-Prüfung ermöglicht werden, damit wirtschaftlich zwischen den Parteien vereinbarte Beschränkungen auch rechtlich durchsetzbar sind.

Jakob Karte ist auf M&A spezialisierter Rechtsanwaltsanwarter bei DORDA BRUGGER JORDIS.



Christian Ritschka

ist Anwalt bei DORDA BRUGGER JORDIS und Experte für Mergers & Acquisitions, Gesellschaftsrecht sowie Umgründungen.

christian.ritschka@dbj.at

VERSICHERTE GEWÄHRLEISTUNG BEI UNTERNEHMENSVERKÄUFEN



Schon seit einiger Zeit zählen Gewährleistungs- oder Warranty & Indemnity („W&I“)-Versicherungen zur typischen M&A-Geschäftspraxis im angloamerikanischen Rechtsraum. Auch bei Unternehmensverkäufen im deutschsprachigen Raum bekommen diese Versicherungen immer größere Bedeutung. Sie sollen die regelmäßig große Herausforderung ausgleichen, sich über die Rahmenbedingungen für Gewährleistungszusagen und/oder Garantien zu einigen, mit der sich die Vertragsparteien bei der Vorbereitung von Unternehmensverkäufen konfrontiert sehen. Eine Gewährleistungsversicherung bringt daher nicht nur dem Verkäufer Vorteile, sondern auch dem Käufer. Der Anwendungsbereich der Versicherung bezieht sich sowohl auf den Anteilskauf (share deal) als auch auf den Kauf einzelner Vermögensteile (asset deal).

Vorteile

Die Ausgangssituation für die W&I-Versicherung liegt in der Haftung aus dem Unternehmenskaufvertrag. Üblicherweise werden im Kaufvertrag Gewährleistungen und/oder Garantien vereinbart, für deren Einhaltung der Verkäufer gegenüber dem Käufer haftet. Wenn der Verkäufer diese vertraglichen Zusagen nicht einhält, kommt die W&I-Versicherung zum Tragen. Diese Absicherung dient auch dem Käufer, der vom Insolvenzrisiko und dem Risiko der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entlastet wird. Folglich dient die Versicherung einerseits der größtmöglichen Absicherung vor Vertragsbrüchen, andererseits wirkt sie sich auch positiv auf den Vertragsabschluss selbst aus. Können sich Verkäufer und Käufer nicht über den Umfang bzw. Inhalt von Garantiezusagen oder Haf-

tungsansprüchen einigen, kann der Einsatz einer W&I-Versicherung für Erleichterung sorgen. Dies trifft insbesondere auch im Falle zu, dass ohne W&I-Versicherung keine ausreichenden Garantien abgegeben werden würden. Darüber hinaus liefert die W&I-Versicherung eine kostengünstige Alternative zu den klassischen Sicherungsmitteln des Treuhandkontos oder der Bankgarantie.

Grundsätzliches zum Ablauf

Die W&I-Versicherung wird entweder direkt bei dem anbietenden Versicherer abgeschlossen oder über einen Spezialmakler. Bis es zur Unterzeichnung des Versicherungsvertrages kommt, werden einige Phasen durchlaufen. Anfangs wird der Kontakt zwischen Vermittler bzw. Versicherer und Versicherungsnehmer hergestellt, dieser übermittelt in der

Folge den aktuellen Entwurf zum Unternehmenskaufvertrag. Nachdem der Versicherer in einer ersten Phase das Risiko über die grundlegende Struktur des geplanten Unternehmenskaufs geprüft hat, erhält der Versicherungsnehmer unverbindliche Angebote hinsichtlich der gedeckten Zusage einerseits und der voraussichtlichen Prämie andererseits. Zu beachten ist, dass es keinen einheitlichen Standard von Bedingungswerken gibt, sodass eine rechtliche Überprüfung der Vertragsbedingungen (insbesondere im Hinblick auf unterschiedliche Bedeutungen von Definitionen) ratsam ist, um unliebsame Überraschungen im Schadensfall zu vermeiden. Entscheidet sich der Versicherungsnehmer für ein Angebot, wird sodann eine zweite Risikoanalyse erstellt. Dieses so genannte Underwriting besteht in der Regel aus einer Due Diligence-Prüfung, des Weiteren werden die Verkaufsinformationen und der Verkaufsvertrag im Detail analysiert. Zum Schluss erfolgt die Stellung eines verbindlichen Angebots und dessen Unterzeichnung.

Der Abschlusszeitpunkt der W&I-Versicherung liegt normalerweise vor dem Closing des Unternehmenskaufvertrages, d.h. zum Zeitpunkt der Übergabe des Unternehmens. Der Versicherungsschutz greift hingegen erst ab dem Closing. Die Deckungspflicht des Versicherers ist da-

von abhängig, dass der Versicherungsnehmer den Schaden erstmals während der Laufzeit des Versicherungsvertrages entdeckt. Entsteht der Schaden zwischen Signing und Closing, kommt es grundsätzlich nicht zur Schadensdeckung. Eine Ausnahme stellen abweichende Vereinbarungen über weitgreifende Sonderfristen dar.

Zeitfenster und Spezialkenntnisse

Wird der Abschluss einer W&I-Versicherung in Betracht gezogen, sind einige praxisnahe Elemente sowohl von den Unternehmenskaufvertragsparteien als auch von Seiten der Versicherer zu beachten. Ein Zeitfenster von 10 Tagen bis zu 2 Wochen ist aufgrund des umfangreichen Abschlussmechanismus dieser Versicherungsart von allen Parteien mit einzukalkulieren. Das Versicherungsunternehmen benötigt des Weiteren Spezialkenntnisse, vor allem hinsichtlich der Elemente des Unternehmensverkaufs. Die Bedeutung dieser Kenntnisse manifestiert sich vor allem in der Due Diligence-Prüfung, die gerade im Hinblick auf die Eignung der W&I-Versicherung für M&A-Transaktionen unerlässlich ist.

Verlust des Versicherungsschutzes

Von besonderer Relevanz für die Versicherungsnehmer ist die oftmals vorgesehene Begrenzung der Leistungspflicht auf während der Versicherungsdauer angezeigte Schäden. Diese Ausschlussfrist führt bei Säumnis (verschuldensunabhängig) zum Verlust des Versicherungsschutzes. Die Vereinbarung eines Selbstbehalts kann sich auch als problematisch herausstellen, als Faustregel dient in der Regel 1 % des Transaktionswertes

(Kaufpreis des Unternehmens). Eine Alternative bildet die so genannte Freigrenze, bei deren Grenzüberschreitung der Versicherungsnehmer selbst für den gesamten Schadensbetrag haftet. Verschiedene Elemente aus dem M&A Bereich sind ebenso zu beachten. Nicht selten geht der Abschluss einer W&I-Versicherung mit der Überarbeitung des Unternehmenskaufvertrages einher: Dabei kommt es einerseits zu Wechselwirkungen zwischen dem Versicherungsvertrag und dem Unternehmenskaufvertrag, andererseits können Anpassungen erforderlich werden, welche parallele Verhandlungen notwendig machen. Um die Versicherungsdeckung sicherzustellen, ist die Übereinstimmung der Police mit dem Kaufvertrag besonders wichtig.

Zessionsklauseln und Preisgestaltung

Ferner sollte sowohl beim Käufer als auch beim Verkäufer Augenmerk auf die Zessionsklauseln gelegt werden. Schließlich ist auf die verschiedenen Elemente der Preisgestaltung hinzuweisen, die je nach Umfang der Transaktion deutlich schwanken können und demzufolge bei Erwägungen vor Versicherungsabschluss nicht außer Rücksicht gelassen werden sollten. Dazu zählen u.a. die Höhe der Prämie, die Höhe und Bedingungen des Selbstbehalts, eine eventuell anfallende Vermittlergebühr, Steuerbeiträge, vor allem aber die nicht unerheblichen Kosten der Due Diligence-Prüfung.



Felix Hörlsberger

ist Partner und Experte für Restrukturierungen, Versicherungs- und Zivilprozessrecht bei DORDA BRUGGER JORDIS.

felix.hoerlsberger@dbj.at

DAS KREUZ MIT DEN AGB

OB STANDARDBEDINGUNGEN IN VERTRÄGEN GELTEN, WEISS MAN OFT ERST IM NACHHINEIN

Verträge unter Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind heute im Wirtschaftsleben alltäglich. Unternehmen verlassen sich darauf, dass ihre (hoffentlich) sorgfältig zusammengestellten Standardbedingungen sie bei Streitfällen schützen.

AGB sind aber keine Gesetze. Sie gelten nur, wenn ihre Anwendung speziell vereinbart wurde. Wird darüber gestritten, entscheiden oft kleinste Details über Sein oder Nichtsein. Wie diffizil und häufig unvorhersehbar die Rechtsprechung dazu geworden ist, zeigt eine Übersicht über aktuelle Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des österreichischen Obersten Gerichtshofes (OGH).

AGB müssen zumindest zugänglich sein

Judikate aus den 1970er Jahren atmen noch den Geist der „alten“ Zweiten Republik: Banken, Versicherungen und Energieversorgern wurde zugestanden, dass ihre AGB stets gelten, weil jeder brave Österreicher damit rechnen musste, dass sie gelten sollen. Diese Rechtsprechung ist überholt. Heute ist anerkannte Richtschnur, dass die AGB den Vertragspartnern im Zeitpunkt des Ver-



tragsschlusses tatsächlich vorliegen oder zumindest zugänglich sein müssen. Deshalb verneinte der OGH z.B. die Gültigkeit von AGB eines Gerätehändlers, wenn diese zwar im Internet abrufbar sind, aber dem Käufer bei dessen Bestellung per Fax (!) nicht faktisch vorlagen (4 Ob 161/14a). Geradezu großzügig dagegen war der OGH in einem anderen Fall, wonach es ausreicht, dass die umstrittenen AGB mittels Google-Suche im Internet abrufbar waren, auch wenn die näheren Umstände der Bestellung nicht feststehen (6 Ob 167/12w).

„click wrapping“ genügt

Der EuGH entschied dagegen 2011 aufgrund einer besonders strengen Wortinterpretation, dass es nicht ausreicht, wenn Informationen in AGB für Konsumenten „zugänglich“ sind – sie müssen sie vielmehr „erhalten“. Daher war es zu wenig, dass bei einer Online-Bestellung Informationen per Klick auf einen Link abrufbar waren (C-49/11). Im jüngsten

Fall aus 2015 (C-322/14) war der EuGH dagegen der Meinung, dass das heute übliche „click wrapping“ beim Vertragsabschluss zumindest zwischen Unternehmern ausreichend ist: Wenn Liefer- und Zahlungsbedingungen in einem Online-Formular angeklickt werden können und sich in einem neuen Browser-Fenster öffnen, sei das ausreichend, weil so dem Besteller eine dauerhafte Aufzeichnung der für ihn relevanten Informationen „möglich“ ist (auch wenn faktisch niemand tatsächlich AGB speichert oder ausdruckt).

Andere Faktoren für AGB-Gültigkeit

In anderen Entscheidungen war bereits maßgeblich, wie groß der Hinweis auf AGB gedruckt war, ob die streitenden Unternehmen schon davor längere Geschäftsbeziehungen pflegten und ob bei grenzüberschreitenden Verträgen die AGB in einer „Weltsprache“ abgefasst sind – wobei dann wieder nicht ganz geklärt ist, ob Deutsch eine solche



Weltsprache ist. Bemerkenswert ist auch, dass die Gerichte tendenziell strengere Wirksamkeitserfordernisse für AGB aufstellen, wenn der Streit sich um eine dort enthaltene Gerichtsstandsklausel dreht. Noch fehlt – soweit ersichtlich – ein Fall, in dem zwar die AGB einer Partei grundsätzlich gelten, das darin gewählte Gericht aber trotzdem unzuständig ist; auszuschließen ist eine solche Konstellation aber nicht, wenn man bisherige Entscheidungen gegeneinander abgleicht.

Fazit

Was kann man daraus lernen? Erstens: Auf Hinweise wie „Es gelten unsere AGB, die Sie auf unserer Website abrufen oder von uns auf Anfrage zugeschickt bekommen können“ kann man sich nicht verlassen. Zweitens: Wenn Sie Ihren AGB möglichst Geltung verschaffen wollen, senden Sie sie in jedem Angebot, jeder Auftragsbestätigung und jeder Bestellung aktiv mit. Drittens: Vor überraschenden Entscheidungen ist man trotzdem nicht gefeit. Die technologische Entwicklung und sich dadurch verändernde Geschäftspraktiken sorgen dafür, dass frische AGB-Fälle die Gerichte weiterhin beschäftigen werden. Anwender sollten versuchen, mit deren Erkenntnissen in ihrer Geschäftsabwicklung Schritt zu halten.

Ob die einmal wirksam vereinbarten AGB dann im Einzelfall auch inhaltlich fair sind und vor Gericht halten, ist übrigens eine ganz andere Geschichte.

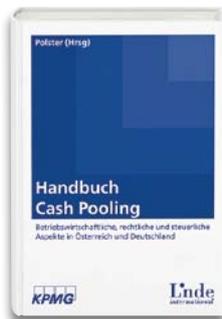


Stephan Steinhofer

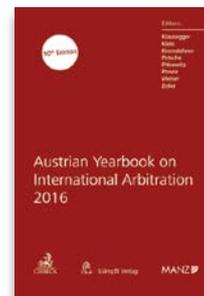
ist Anwalt bei DORDA BRUGGER JORDIS und auf Zivilrecht sowie Prozessführung spezialisiert.
stephan.steinhofer@dbj.at

CASH POOLING ARBITRATION YEARBOOK

Felix Hörlberger und Bernhard Rieder, Partner von DORDA BRUGGER JORDIS, gehören zu den Autoren des Handbuchs Cash Pooling (Hrsg. Barbara Polster), das betriebswirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Aspekte in Österreich und Deutschland behandelt. Dabei wird besonderes Augenmerk auf eine praxisnahe Aufbereitung gelegt. Die Einführung eines Cash-Pooling-Systems hat für Unternehmen wesentliche Konsequenzen. Neben betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Aspekten sind im Vorfeld viele rechtliche Fragestellungen zu klären. Hörlberger und Rieder haben das Kapitel über die rechtlichen Aspekte von Cash Pooling in Österreich verfasst. Das Handbuch ist im Linde Verlag erschienen und wurde am 17.12.2015 erstmals der Öffentlichkeit präsentiert.



Veit Öhlberger, Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS, und Jarred Pinkston, Of Counsel bei DORDA, sind Mitautoren des neuen „Austrian Yearbook on International Arbitration“. Sie haben das Kapitel „Iura Novit Curia and The Non-Passive Arbitrator: A Question Of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns about Impartiality“ verfasst, das in der nunmehr zehnten Ausgabe des jährlich erscheinenden Fachbuchs veröffentlicht wird. Das Buch erscheint pünktlich zur internationalen Konferenz „Vienna Arbitration Days“, die von 22. bis 23.1.2016 stattfindet. Florian Kremslehner, Leiter des Dispute Resolution Desk bei DORDA, gibt das Jahrbuch zu Aspekten internationaler Schiedsgerichtsbarkeit gemeinsam mit sieben weiteren renommierten Schiedsrechtsexperten aus Wien heraus.



NEU BEI DORDA BRUGGER JORDIS

Jakob Pommer verstärkt ab sofort als Anwalt das Team für Public M&A und Kapitalmarktrecht von DORDA BRUGGER JORDIS, das in Rankings internationaler Anwaltsreferenzwerke regelmäßig Spitzenplätze einnimmt. Jakob Pommer ist Experte für M&A und Private Equity, Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht und Finanzierungen. Er verfügt sowohl über nationale als auch internationale Transaktionserfahrung und war bei DORDA an der Beratung



mehrerer großer M&A-, Private Equity- und Kapitalmarkttransaktionen beteiligt. Jakob Pommer studierte Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz (Mag iur 2009). Darüber hinaus erwarb er 2008 an der London School of Economics und 2011 im Rahmen des Investment Banking Programms am IBI in Frankfurt auch Kenntnisse im Finanzbereich. Jakob Pommer ist seit Dezember 2015 als Rechtsanwalt in Österreich zugelassen.

BUSINESS JUDGMENT RULE NUN GESETZLICH VERANKERT

Neben einer Reform des Strafrechts bringt das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I Nr 112/2015) mit 1.1.2016 eine gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule (BJR). Damit folgt Österreich dem deutschen Gesetzgeber, der eine vergleichbare Regelung für Vorstandsmitglieder bereits im Jahr 2005 eingeführt hat. Ob diese Neuregelung, die im Kern in der Literatur und Judikatur ohnedies längst anerkannt war, ihrer Klarstellungsfunktion gerecht werden und tatsächlich mehr Rechtssicherheit für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bringen wird, bleibt aber abzuwarten.



Amerikanische Rechtsfigur und Beweislastregel

Die BJR, wie sie aus den USA bekannt ist, hat neben einer haftungsbegrenzenden Aufgabe für unternehmerisches Handeln im Wesentlichen die Funktion einer Beweislastregel. Handeln Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer im Einklang mit der BJR, dann wird vermutet, dass das Handeln der Organe ordnungsgemäß war und die Organe bei ihren unternehmerischen Entscheidungen („business judgment“)

- unbefangen („disinterested and independent“),
- sachkundig („on an informed basis“),

- im guten Glauben („in good faith“) sowie
- in der Überzeugung, im besten Interesse und zum Wohl der Gesellschaft („in the honest/rational belief to act in the best interest of the company“) handeln oder gehandelt haben. Haben die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer die Voraussetzungen der BJR erfüllt, muss der Kläger (Gesellschaft, Aktionär) diese Vermutung ihres ordnungsgemäßen Handelns entkräften.

BJR bisher in Österreich

Das österreichische Recht hatte zwar bis dato keine BJR-Regelung vorgesehen,

doch wurden deren Kriterien schon seit längerem herangezogen, um die Zulässigkeit unternehmerischen Handelns abzugrenzen: So gestattete der OGH den Organmitgliedern einer AG bzw. GmbH schon bisher einen weiten unternehmerischen Ermessensspielraum und sah Pflichtverletzungen lediglich bei einer „eklatanten“ (OGH 1 Ob 144/01k) oder „unvertretbaren“ (OGH 7 Ob 58/08t) Überschreitung des unternehmerischen Freiraums. Zugleich verlangte die Lehre schon bisher, dass Organmitglieder im Vorfeld einer unternehmerischen Entscheidung potenzielle Risiken auf Basis ausreichender Information analysieren, dass ihr Handeln auf keinem Interessenkonflikt beruht und sich aus einer ex ante-Sicht am ausschließlichen Gesellschaftswohl orientiert. Bislang nicht anerkannt war jedoch ein haftungsfreier Ermessensspielraum, der durch bestimmte Handlungskriterien determiniert wird.

Die neuen Regelungen

Nach den neuen § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG handelt der Vorstand einer AG bzw. der Geschäftsführer einer GmbH „jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“.



Der Wortlaut dieser Bestimmung bringt ihren Safe-Harbor-Charakter zum Ausdruck: Agiert das Organmitglied wie im Gesetzeswortlaut beschrieben, handelt es jedenfalls sorgfaltsgemäß und hat keine nachteiligen Rechtsfolgen (insbesondere keine Strafverfolgung) zu befürchten. Umkehrschlüsse sind wegen der Formulierung „jedenfalls“ unzulässig. Damit fällt eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung bei Vorliegen der gesetzlichen Kriterien weg.

Auch wenn diese Regelung einen „sicheren Hafen“ für Organmitglieder bringen soll, ist auch in Zukunft die Abgrenzung nicht einfach „schwarz oder weiß“. Die Haftung hängt nämlich nicht unerheblich von der Interpretation der neuen Gesetzesbegriffe „sachfremde Interessen“ und „angemessene Information“ ab. Zudem wird auch die Beweislastverteilung eine entscheidende Rolle spielen, wenn es zu entscheiden gilt, ob die Voraussetzungen der BJR erfüllt wurden. Hier bleibt insbesondere abzuwarten, ob der OGH letztlich klarstellen wird, wer den Beweis für die Rechtswidrigkeit des Organhandelns oder den Gegenbeweis erbringen muss. Grundsätzlich geht die österreichische Konzeption davon aus,

dass der Kläger (die Gesellschaft) Schaden und Kausalität zu beweisen hat, während das Organmitglied die Pflichtwidrigkeit seines Handelns widerlegen muss.

Conclusio

In Zukunft heißt es für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer daher – wie schon bisher – bei allen wichtigen Entscheidungen zu dokumentieren, dass sie ihre Entscheidungen auf Basis angemessener Informationen getroffen haben und auf Basis dieser Informationen zum Schluss gekommen sind, dass die Entscheidung zum Wohle des Unternehmens ist.

Miriam Lehner ist auf Gesellschaftsrecht spezialisierte Rechtsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.



Bernhard Rieder

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und auf Gesellschaftsrecht, insbesondere Umgründungen und gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, spezialisiert.

bernhard.rieder@dbj.at

dorda brugger jordanis – in kürze

PROVISION FÜR IMMOBILIENMAKLER

Ein Immobilienmakler kann auch dann Anspruch auf eine Verkäuferprovision haben, wenn er einen Geschäftsabschluss nicht allein erwirkt, sondern nur mitursächlich war. Dies hat der OGH in einem Fall entschieden, bei dem ein Hausbesitzer von einem Immobilienmakler geklagt worden war, dem er die Zahlung einer vereinbarten Provision für den Verkauf seines Hauses verweigert hatte.

Der Makler hatte während eines befristeten Alleinvertretungsauftrags u.a. Inserate geschaltet, Hausbesichtigungen veranstaltet und schließlich einen Interessenten gefunden, der das Haus aber nur zu einem reduzierten Preis erwerben wollte. Der Hausbesitzer verweigerte dies und schaltete selbst eine Verkaufsanzeige, sobald der Alleinvertretungsauftrag abgelaufen war.

Als derselbe Kaufinteressent das Haus daraufhin direkt vom Besitzer zum reduzierten Preis erwarb, den er ursprünglich abgelehnt hatte, verlangte der Makler von ihm die Verkäuferprovision.

Diese Provision muss gezahlt werden, meint der OGH. Denn bei Immobilienmaklern sei von Verdienstlichkeit schon dann auszugehen, wenn dem Kaufinteressenten das Objekt gezeigt oder dem Verkäufer der Name des Interessenten bekanntgegeben wird.

(OGH 29.10.2015, 8 Ob 74/15p)

WESENTLICHE ÄNDERUNGEN IM BÖRSEGESETZ

Seit 26.11.2015 ist das neue Börsegesetz in Kraft. Es setzt die Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates um und schafft belastende Verwaltungsbestimmungen ab, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMUs). Außerdem schließt das neue Gesetz Transparenzlücken und erhöht so den Anlegerschutz, es sorgt für bessere Verfügbarkeit zentraler Finanzinformationen auf unionsweiter Ebene und es erweitert die Sanktionsbefugnisse der Finanzmarktaufsicht (FMA).



Weniger Berichtspflichten für KMU

Börsennotierte Unternehmen müssen nun grundsätzlich keine Quartalsberichte mehr erstellen. Dies soll kleinen und mittleren Unternehmen, deren Aktien in den Marktsegmenten „mid market“ und „standard market“ der Wiener Börse notieren, den Verwaltungsaufwand erleichtern. Allerdings besteht diese Verpflichtung weiterhin für Unternehmen im Marktsegment „prime market“, die sich der Wiener Börse gegenüber vertraglich („Regelwerk prime market“) zur Einhaltung erhöhter Transparenzkriterien verpflichten.

Mehr Meldepflichten und Transparenz

Für die Meldepflicht sind jetzt sämtliche Aktien und Finanzinstrumente zusammenzurechnen, ob sie nun direkt oder indirekt gehalten werden. Dadurch soll Umgehungsstrukturen ein Riegel vorgeschoben werden. Die Schwellenwerte für die Auslösung der Meldepflicht müssen auf einheitliche Weise berechnet werden: mit einem nominalen Berechnungsansatz für Finanzinstrumente mit Realerfüllungsanspruch und einem Delta-angepassten Ansatz für Finanzinstrumente mit Bargelderfüllungsanspruch.

Größere

Unternehmensaufsicht

Bisher war es in der Praxis möglich, dass sich börsennotierte Gesellschaften einer Beaufsichtigung gänzlich entziehen konnten. Auch diese Lücken in der Regelung wurden nun geschlossen, sodass börsennotierte Unternehmen jetzt immer einer Beaufsichtigung unterliegen. Macht ein Emittent von der Wahlmöglichkeit eines Herkunftsmitgliedstaates keinen Gebrauch, so unterliegt er nunmehr jedenfalls der Aufsicht jenes Mitgliedstaates, an dessen Börse die entsprechenden Finanzinstrumente zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind.

Bessere Verfügbarkeit von Informationen

Zur Erleichterung grenzüberschreitender Investitionen wird durch European Securities and Markets Authority (ESMA) ein zentraler Zugang zu Finanzinformationen geschaffen, um Anlegern die Suche nach Informationen über börsennotierte Gesellschaften in der EU problemlos zu ermöglichen.

FMA darf stärker sanktionieren

Um sicherzustellen, dass die neuen Transparenz-Vorschriften eingehalten werden, bekam die FMA größere Sanktionsbefugnisse. So drohen natürlichen Personen bei Verstößen, neben der Bekanntmachung ihrer Identität, auch Geldstrafen von bis zu EUR 2 Millionen oder das Zweifache der aus dem Verstoß er-



KÜNDIGUNG VIA „WHATS-APP“ UNWIRKSAM

Übermittelt ein Arbeitgeber das Foto eines Kündigungsschreibens über „WhatsApp“ an jene Person, deren Dienstverhältnis er auflösen möchte, so wird dies einem Schriftformgebot für Kündigungen nicht gerecht (9 ObA 110/15i vom 28.10.2015).

langten Gewinne bzw. der daraus vermiedenen Verluste.

Für juristische Personen wurde der Strafrahmen auf bis zu EUR 10 Millionen, das Zweifache des aus dem Verstoß erlangten Vorteils oder aber 5 % des jährlichen Umsatzes erhöht. Zur Anwendung gelangt der höchste der Sanktionsbeträge.



Christoph Brogyányi

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und Experte für Kapitalmarktrecht, Finanzierungen und Gesellschaftsrecht.

christoph.brogyanyi@dbj.at



Jakob Pommer

ist Anwalt bei DORDA BRUGGER JORDIS und auf Public M&A, Private Equity, Kapitalmarktrecht und Finanzierungen spezialisiert.

jakob.pommer@dbj.at

Im konkreten Fall bekam eine Angestellte am Monatsletzten von ihrem Arbeitgeber das Foto von einem unterfertigten Kündigungsschreiben über „WhatsApp“ zugesendet. Per Post bekam sie das Kündigungsschreiben erst einige Tage danach – also im Folgemonat – zugestellt. Gemäß Kollektivvertrag musste die Kündigung schriftlich erfolgen. Die gekündigte Arbeitnehmerin argumentierte, dass nur die postalisch übermittelte Kündigung der erforderlichen Schriftform entspreche, ihr Arbeitgeber daher die Kündigungsfrist verpasst habe, und forderte Kündigungsentschädigung, also Entgelt bis zum – berechnet vom postalischen Zugang – nächstmöglichen Kündigungstermin.

Der OGH gab diesem Klagebegehren statt. Ein bloß über „WhatsApp“ auf das Smartphone des Empfängers übermitteltes Foto der Kündigungserklärung erfülle seine Zwecke schon deshalb nicht, weil es der Empfänger ohne weitere Ausstattung und technisches Wissen nicht ausdrucken könne, meint der OGH. Und ob das Dokument auf einem Foto, das via „WhatsApp“ übermittelt wird, auch gut und zweifelsfrei lesbar sei, hänge auch von der Qualität und Größe des Smartphone-Displays ab.

Rechtswirksamkeit nur in Printform

Erhält der Empfänger aber keinen Ausdruck der Kündigung in die Hand, und ist das Foto des Dokuments nicht auf einfache Weise auszudrucken, so ist auch



nicht ausreichend gewährleistet, dass der Empfänger den Inhalt der Erklärung und ihren Absender zuverlässig erkennen kann. Besteht also bei einer Kündigung gemäß Kollektivvertrag oder Einzelvereinbarung Schriftformgebot, dann muss diese in Form eines physischen Schriftstücks übermittelt werden, um rechtswirksam zu sein.



Thomas Angermair

ist Partner und Leiter des Arbeitsrecht-Teams bei DORDA BRUGGER JORDIS.

thomas.angermair@dbj.at

Aufgrund der regen Nachfrage setzen wir unsere hauseigenen Seminare und Podiumsdiskussionen für Klienten und andere Interessierte auch im Jahr 2016 fort. Wir informieren Sie über Einzelheiten, sobald Termine, Themen, Referentinnen und Referenten feststehen.

Unsere Juristinnen und Juristen tragen auch bei Konferenzen und Seminaren anderer Veranstalter vor. Bitte erwähnen Sie bei der Anmeldung, dass Sie von unserer Kanzlei informiert wurden. Einige Veranstalter geben dann einen Rabatt bei der Teilnahmegebühr.

| | | | |
|----------------------|---|--|--|
| 13.1.2016 | Andreas Seling | Urheberrecht in der Fotografie in Zeiten von digitalen Medien und Social Media | Galerie Anzenberger |
| 14.1.2016 | Axel Anderl Andreas Seling | AIT Seminar IPRs – Schutz und Verwertung | WIFI Wien |
| 18.1.2016 | Thomas Angermair | Gestaltung von Geschäftsführerverträgen | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 20.1.2016 | Stefan Artner Magdalena Brandstetter | Real Estate Management/Legal Due Diligence | Donau-Universität Krems |
| 26.1.2016 | Francine Brogyányi | Pharmarecht Update: Informationsbeauftragter und Medical Advisor | IIR – Institute for International Research und Medical Advisor |
| 27.1.2016 | Veit Öhlberger | Die Zulieferindustrie – Rechtliche Besonderheiten | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 8.2.2016 | Veit Öhlberger | Vertragliche Vorsorge beim Asien-Einkauf am Beispiel von China | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 23.2.2016 | Christoph Brogyányi Tibor Varga | AG-Hauptversammlung | Business Circle |
| 23.2.2016 | Daniel Richter | Rechtssicher bei Mängeln und Schäden am Bau | IIR – Institute for International Research |
| 24.2.2016 | Lars Maritzen | Private Kartellrechtsdurchsetzung | IIR – Institute for International Research |
| 1.3.2016 | Thomas Angermair | Dienstzeugnisse richtig formulieren & analysieren | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 1.3.2016 | Christoph Brogyányi Bernhard Rieder | Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrats aus juristischer Sicht | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 14.3.2016 | Andreas Zahradnik | Insider Compliance | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 15.3.2016 | Axel Anderl | Wartungs- und Pflegeverträge für die IT | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 6.4.2016 | Axel Anderl | Was darf Arzneimittelwerbung? | Wissen Heute |
| 19.4.2016 | Lars Maritzen | Persönliche Haftung für Kartellverstöße | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 21.4.2016 | Christoph Brogyányi | Fachtagung Legal Due Diligence | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 27.-28.4.2016 | Veit Öhlberger | Internationale Verträge erfolgreich gestalten | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 9.5.2016 | Klaus Pfeiffer | Erfolgreiche Immobilientransaktionen | ARS – Akademie für Recht und Steuern |
| 20.5.2016 | Axel Anderl | IT-Due Diligence | ARS – Akademie für Recht und Steuern |

Impressum

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger: DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Universitätsring 10.
Für den Inhalt verantwortlich: Thomas Angermair, Bernhard Rieder · Redaktionsteam: Thomas Angermair, Annelie Pichler, Bernhard Rieder · Fotos: Annelie Pichler, Mani Hausler, Michael Loizenbauer, Linde Verlag, Manz Verlag.
Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen.
Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.