

newsletter

3 / 2013

editorial

LIEBE LESERINNEN, LIEBE LESER!

Unsere Namenspartnerin, Theresa Jordis, ist für immer von uns gegangen. Viele von Ihnen waren ihr eng verbunden, den meisten wird sie bekannt gewesen sein. Und es fällt schwer, ihr breites Wirken in ein Editorial zu fassen.

Strategischer Weitblick, Verhandlungsstärke und absolute Loyalität zu Klienten, verbunden mit vollem Engagement, Leidenschaft für den Beruf, großer Disziplin und menschlicher Wärme gehörten zu ihren besonderen Fähigkeiten.

In der Tat zählt es zu den Glücksfällen meines Lebens, als Walter Brugger und ich im Jahr 1988 den „Luegerring“ als neuen, größeren Standort anvisierten, und ich, eher zufällig bei privatem Anlass, mit Theresa Jordis spontan eine Zusammenarbeit beschloss, die DORDA BRUGGER JORDIS dann, mit unseren Partnern und Mitarbeitern, zu der Kanzlei machte, die sie heute ist.

Für viele Familienunternehmen, darunter zahlreiche Privatstiftungen mit industriellen Beteiligungen, war Theresa Jordis mit ihrem Team allererste und wichtigste Berateradresse. Persönlich stand

sie unermüdlich unseren Klienten zur Verfügung, erlaubte aber jungen Juristen, Verantwortung zu übernehmen und an den Aufgaben zu wachsen. Solcherart baute sie schon vor Jahren ein exzellentes Team auf, das ihre Arbeit in ihrem Geiste, mit dem gleichen Elan und hohem fachlichen Anspruch fortsetzen wird.

Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen und zugleich Respekt gegenüber anderen Meinungen blieben auch anderen nicht verborgen: Theresa Jordis war ein gesuchtes Aufsichtsratsmitglied sowohl in familiengeführten als auch börsennotierten Unternehmen, bis hin zu staatstragenden Institutionen wie der ÖIAG. Hinzu kamen zahlreiche soziale und kulturelle Aktivitäten, denen sie mit gleichem Einsatz nachging – und so manchem wird beim Blick in die Präsidentenloge des Konzerthauses unwillkürlich der Verlust von neuem bewusst werden.

Theresa, noch mehr freilich gehst Du uns allen in unserer Kanzlei ab, die Du so prächtig mitgestaltet hast.

CHRISTIAN DORDA



- 2 AIFMG – DAS UNTERSCHÄTZTE GESETZ
- 4 NEUE RECHTSPRECHUNG ZUM STIFTUNGSVORSTAND
- 5 GESETZESBESCHWERDEN NEU
- 6 NEUERUNGEN DURCH DAS ZAHLUNGSVERZUGSGESETZ
- 7 ÖSTERREICH – JETZT DER IDEALE SCHIEDSORT
- 8 DUE DILIGENCE – BEI TRANSAKTIONEN EIN MUSS!
- 10 HAFTUNG FÜR „NÜTZLICHE GESETZESVERLETZUNGEN“?

AIFMG – DAS UNTERSCHÄTZTE GESETZ

BEAUFSICHTIGUNG FÜR ALTERNATIVE FONDSSTRUKTUREN

Das Ende Juli beschlossene Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz, kurz AIFMG, beruht auf der gleichnamigen europäischen Richtlinie der EU. Mit dieser Richtlinie sollen bislang nicht regulierte Teilnehmer am Finanzmarkt, die systemische Risiken erzeugen können, einer europaweit harmonisierten Beaufsichtigung unterworfen werden. Das AIFMG ist somit ein weiterer Baustein der immer schnelleren und intensiveren Regulierung des Finanzmarkts.

Weiterer Anwendungsbereich

Ursprünglich war die Richtlinie für Hedge Fonds konzipiert. Doch dann kam es zur Ausweitung auf Private Equity Fonds und schließlich durch die sehr allgemeine Definition von Alternativen Investmentfonds (AIF) zu einem weiten – und in seinem Umfang derzeit noch nicht gänzlich klaren – Anwendungsbereich. Damit geht die Relevanz des AIFMG weit über die bislang unregulierten typischen alternativen Fondskonstrukte, wie eben Hedge und Private Equity Fonds, hinaus (bislang waren auf europäischer Ebene primär klassische Wertpapierfonds, so genannte OGAW, reguliert). Das AIFMG erfasst vielmehr sämtliche Verwalter von AIF (so genannte AIFM).

Ein solcher AIF liegt grundsätzlich schon dann vor, wenn Gelder von mehreren Personen eingesammelt und gemäß einer festgelegten Anlagestrategie investiert werden, ohne dabei unmittelbar eine operative Tätigkeit zu finanzieren. In Betracht kommen daher z.B. auch Immobilienfonds, Fonds für die Investition in alternative Energien oder Schiffsfonds, aber auch die so genann-



ten Spezialfonds, also Wertpapierfonds nach dem Investmentfondsgesetz mit sehr eingeschränktem Anlegerkreis. Die genaue Einordnung als AIF wird aber dadurch erschwert, dass aus dem Gesetz (wie auch der Richtlinie) nicht genau ersichtlich ist, was etwa unter operativer Tätigkeit oder einer festgelegten Anlagestrategie zu verstehen ist. Daher hat die Finanzmarktaufsicht (FMA) „Frequently Asked Questions“ (FAQs) samt Antworten zur Anwendung des AIFMG herausgegeben. Letztlich ist es laut FMA aber eine Einzelfallentscheidung, ob tatsächlich ein AIF vorliegt.

Europäische Ebene

Neben der nationalen Auslegung durch die FMA darf aber die europäische Ebene nicht vergessen werden (dass das AIFMG von einer Reihe von unmittelbar anwendbaren europäischen Verordnungen ergänzt wird, soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden). So verweisen auch die FAQs der FMA auf die relevanten Leitlinien der ESMA (der

Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde) und die Q&As der Europäischen Kommission zur AIFM-Richtlinie. Darin wird etwa die Frage aufgeworfen, ob börsennotierte Immobilienaktiengesellschaften auch als AIF einzustufen sind. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein, weil eine operative Tätigkeit vorliegt und auch keine verbindliche fixe Anlagestrategie, wie bei Fonds üblich, sondern eine allgemeine Unternehmensstrategie. Eine eindeutige Antwort gibt es – wie so oft in diesem Bereich – aber auch von der Europäischen Kommission nicht.

Aber auch kleinere Strukturen, die Gelder von mehreren Personen zum Zweck von bestimmten gemeinsamen Investments einsammeln (wollen), müssen sich mit dem neuen Gesetz beschäftigen. Denn auch diese fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des AIFMG. Das betrifft potentiell auch bereits bestehende Family Offices. Zwar sind Family Offices laut FMA keine AIF, doch gilt dies nur für „reinrassige“ Family

Offices, deren einziger Zweck die Anlage des Privatvermögens der Familienmitglieder ist. Hierbei zieht die FMA den Kreis der zulässigen Investoren aber sehr eng. So dürfen vom Family Office grundsätzlich nur Gelder von Ehepartnern und Verwandten in gerader Linie (Kinder, Eltern etc.) verwaltet werden, nach Meinung der ESMA aber auch Gelder von Geschwistern, Onkeln, Tanten, Cousins, Cousinen. Sollten darüber hinaus noch Mittel von Freunden der Familie verlangt werden, würde man potentiell wieder unter das AIFMG fallen.

Konzessions- und Registrierungsspflicht

Wenn das AIFMG anwendbar ist, bringt es eine Reihe von Verpflichtungen und Einschränkungen mit sich. So bedarf der AIFM einer Konzession, die von der FMA erteilt wird. Darüber hinaus schreibt das AIFMG eine Vielzahl an Transparenz- und organisatorischen Anforderungen vor. Insbesondere muss auch eine Verwahrstelle (in der Regel ein Kreditinstitut) gefunden werden, die u.a. sämtliche Transaktionen des AIF überwacht sowie die Vermögenswerte des AIF verwahrt. Diese Anforderungen sind zum Teil mit erheblichen Kosten verbunden.

Um nicht auch Verwaltern „kleiner“ und daher nicht systemrelevanter AIFs diese Kosten aufzubürden, hat Österreich die von der Richtlinie vorgeschlagene Ausnahme für Manager von AIFs bis zu EUR 500 Mio. (bzw. EUR 100 Mio., wenn auch Fremdkapital eingesetzt wird) umgesetzt. Diese „Klein-AIFM“, die aber einen Großteil der österreichischen Branche ausmachen, unterliegen einem stark reduzierten Aufsichtsregime und benötigen statt einer Konzession lediglich eine Registrierung bei der FMA. Der Nachteil einer solchen Registrierung besteht aber darin, dass diese Verwalter – anders als konzessionierte AIFM – die

Anteile ihrer AIF nicht problemlos im gesamten EWR vertreiben können. Weiters dürfen sie Anteile ihrer AIF nur an professionelle Kunden veräußern, nicht aber an Privatkunden. Letzteres ist aber auch konzessionierten AIFM nur für bestimmte Fondstypen (unter bestimmten Voraussetzungen Immobilienfonds, Managed Futures Fonds und einige andere Fonds, nicht aber Hedge oder Private Equity Fonds) gestattet.

Verwalter, die bereits vor in Kraft treten des Gesetzes Tätigkeiten nach dem AIFMG erbrachten, müssen gemäß den Übergangsbestimmungen bis spätestens 22.7.2014 einen Konzessionsantrag stellen bzw. eine Registrierung anzeigen. Allerdings muss bereits in dieser Zeit das AIFMG auf einer „Best Efforts-Basis“ eingehalten werden. Die AIFM müssen somit alle erforderlichen Maßnahmen setzen, um den organisatorischen Anforderungen des AIFMG bereits während der Übergangszeit möglichst zu entsprechen.

Fazit

Daher sind sämtliche Unternehmen, die von Anlegern Geld für Veranlagungszwecke einsammeln, gut beraten, das AIFMG genauer auf eine mögliche Anwendbarkeit zu prüfen.

Ambros Weißenhofer ist auf Bankrecht spezialisierter Rechtsanwaltsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.



Andreas Zahradnik

ist Partner und Leiter des Banking & Finance Desk bei DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte.

andreas.zahradnik@dbj.at

dorda brugger jordis – in kürze

OGH: ZEITAUFEICHNUNG – ALLEINIGE VERANTWORTUNG DES ARBEITGEBERS

Der Arbeitgeber hat zur Überwachung der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes Aufzeichnungen über Lage und Dauer der geleisteten Arbeitsstunden zu führen. Verletzt der Arbeitgeber diese Pflicht, muss er sich verwaltungsstrafrechtlich verantworten.

Er hat zwar die Möglichkeit, die Aufzeichnungspflicht dem Arbeitnehmer zu überbinden; die „verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung für die regelmäßige Kontrolle und die Aufbewahrung der Aufzeichnungen“ bleibt aber selbst bei mangelhaften Aufzeichnungen des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber. Dies stellte der Oberste Gerichtshof in einer Anfang September 2013 veröffentlichten Entscheidung ausdrücklich klar.

Die teilzeitbeschäftigte Klägerin behielt zudem ihren Anspruch auf Abgeltung der geleisteten Mehrstunden trotz ihrer mangelhaften Arbeitsaufzeichnungen. Das Gericht konnte dennoch feststellen, dass die Arbeitnehmerin mehr als die vereinbarten 20 Stunden pro Woche gearbeitet hatte und berechnete die Höhe des Anspruchs nach Erfahrungswerten. Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung kann der Arbeitgeber allerdings an einen dafür verantwortlichen Beauftragten delegieren.

(OGH 30.7.2013, 8 ObA 46/13t)

NEUE RECHTSPRECHUNG ZUM VORSTAND VON PRIVATSTIFTUNGEN

Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat in zwei jüngst ergangenen Entscheidungen seine Judikatur zur Besetzung des Stiftungsvorstands weiterentwickelt.

Mit dem Recht, den Stiftungsvorstand zu besetzen oder eines seiner Mitglieder abzurufen, kann wesentlicher Einfluss auf die Führung der Privatstiftung ausgeübt werden. Es bietet aber auch zunehmend Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Kann Einpersonenbeirat den Stiftungsvorstand abberufen?

In der Entscheidung 6 Ob 42/13i richtete die Stifterin einen Beirat ein, dem sie das Recht einräumte, den Vorstand abzurufen. Dieser Beirat bestand im

konkreten Fall nur aus einer Person (Einpersonenbeirat). Die Stifterin selbst war Begünstigte der Stiftung und hatte sich zugleich selbst vorbehalten, den Beirat zu bestellen, aber auch jederzeit, ohne Grund, abzurufen. Dieser Einpersonenbeirat berief im Anlassfall auch sämtliche Vorstandsmitglieder ab.

Zunächst hielt der OGH in seiner Entscheidung fest, dass gegen einen Beirat, der nur aus einem Mitglied besteht, nichts einzuwenden sei. Aufgrund der vorliegenden Konstellation (Stifterin, die gleichzeitig Begünstigte ist, bestellt und beruft Beirat ab, der seinerseits den Vorstand abberufen kann) hänge der Beirat aber „am Gängelband der begünstigten Stifterin“. Rechtlich folge daraus, dass der Beirat

die Vorstände nicht wirksam abberufen könne. Dabei stützte sich der OGH auf § 14 PSG (Privatstiftungsgesetz). Diese Bestimmung sieht vor, dass ein mehrheitlich aus Begünstigten oder aus von diesen „mit der Wahrnehmung ihrer Interessen“ beauftragten Personen zusammengesetzter Beirat, den Vorstand nur aus den im Gesetz festgelegten „wichtigen Gründen“ (grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit, Insolvenzverfahren) abberufen kann. Eine Abberufung aus wichtigem Grund lag hier jedoch nicht vor. Die Abberufung sei daher unwirksam.

Mit dieser Entscheidung schränkt der OGH die Einflussmöglichkeit von Begünstigten auf die Führung der Privatstiftung, in Fortsetzung seiner bis-



herigen Judikatur, weiter ein. Gerade bei Stiftungen, deren Stiftungserklärung bereits seit längerer Zeit nicht überarbeitet wurde, kann aufgrund dieser Entscheidung Änderungsbedarf bestehen.

Vorstandsmitglieder dürfen ihre Nachfolger (wieder-)wählen

In einer weiteren Entscheidung (6 Ob 164/12d) stellte sich der OGH der Frage, ob Regelungen zulässig sind, nach denen der Vorstand seine Nachfolgemitglieder selbst wählen darf (Selbstergänzung, Kooptation). Im konkreten Fall wurden gleich zwei Vorstände durch Selbstergänzung wiederbestellt. Der OGH bestätigte, dass mittels Selbstergänzung auch eine Wiederbestellung eines Vorstands, dessen Funktionsperiode abläuft, in zeitlicher Nähe zum Funktionsende zulässig sei. Das betroffene Vorstandsmitglied unterliege bei der Wiederbestellung jedoch einem Stimmverbot.

Der OGH bestätigte daher die Zulässigkeit der Kooptation als beliebtes Instrument zur Besetzung des Stiftungsvorstands, insbesondere nach dem Ableben des Stifters und dem Fehlen sonstiger geeigneter Bestellungsorgane.



Georg Birkner

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und Leiter des Teams für Stiftungsrecht. Weitere Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die umfassende Betreuung von Familienunternehmen, die Nachfolgeplanung sowie gerichtliche und außergerichtliche gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungen.

georg.birkner@dbj.at

PARADIGMENWECHSEL IM VERFASSUNGSRECHTLICHEN RECHTSCHUTZ

Was es in Deutschland seit 1946 gibt, wird ab dem 1.1.2015 auch in Österreich – allerdings in abgewandelter Form – Realität: die „Gesetzesbeschwerde“. War ein Rechtssuchender bislang der Ansicht, durch eine von einem ordentlichen Gericht ihm gegenüber angewandte gesetzwidrige Verordnung bzw. eines verfassungswidrigen Gesetzes in seinen Rechten verletzt worden zu sein, waren ihm weitgehend die Hände gebunden. Er konnte lediglich beim Gericht anregen, dieses möge einen Normprüfungsantrag beim Verfassungsgerichtshof stellen. Freilich kamen die Gerichte dieser Anregung in der Praxis äußerst selten nach. Nicht nur im Fall von verfassungsrechtlich bedenklichen Strafgesetzen bestand daher ein deutliches Rechtsschutzdefizit.

Trotzdem gab es heftigen Widerstand gegen eine Reform, da es aus Sicht der Kritiker nicht tragbar wäre, dass der Verfassungsgerichtshof zu einer „Superrevisionsinstanz“ würde, die den Obersten Gerichtshof überprüfen würde. Zudem wurden Verzögerungen befürchtet. Nunmehr ist die Gesetzesbeschwerde aber ohnehin nur für erstinstanzliche Urteile vorgesehen, gegen welche ein Rechtsmittel erhoben wird. Dies ist im Sinne der Verfahrensökonomie zu begrüßen. Wichtige Detailfragen müssen jedoch erst in einem Ausführungsgesetz festgelegt werden. So ist derzeit noch offen, bei welchen Materien die Gesetzesbeschwerde nicht möglich sein wird, innerhalb welcher Frist der Verfas-



sungsgerichtshof zu entscheiden hat oder was genau die Folgen der Stattgebung einer Beschwerde durch den Verfassungsgerichtshof wären.

Andreas Neumann ist auf Öffentliches Wirtschaftsrecht spezialisierter Rechtsanwaltsanwarter bei DORDA BRUGGER JORDIS.



Bernhard Müller

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und leitet das Team „Öffentliches Wirtschaftsrecht“.

bernhard.mueller@dbj.at



WICHTIGE NEUERUNGEN DURCH DAS ZAHLUNGSVERZUGSGESETZ

Das Zahlungsverzugsgesetz („ZVG“) brachte wesentliche Neuerungen im Unternehmensrecht, Miet- und Konsumentenschutz, aber auch im allgemeinen Zivilrecht. Ziel der neuen Regelungen, die mit 16.3.2013 in Kraft traten, ist es, Zahlungsverzug wirksamer und schärfer zu bekämpfen.

Gemäß § 907a ABGB neu ist eine Geldschuld nun eine Bringschuld und ist somit grundsätzlich am Wohnsitz oder an der Niederlassung des Gläubigers zu erfüllen, indem (sofern vertraglich nicht anders vereinbart) der Geldbetrag dort übergeben oder auf ein vom Gläubiger bekanntgegebenes Bankkonto überwiesen wird.

Banküberweisung

Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung durch eine Banküberweisung, muss der geschuldete Betrag bereits bei Fälligkeit auf dem Konto des Gläubigers aufscheinen. Wurde der Fälligkeitstermin nicht schon im Voraus bestimmt, muss der Schuldner den Überweisungsauftrag ohne unnötigen Aufschub nach Eintritt des für die Fälligkeit maßgeblichen Umstandes erteilen. Für Verbraucher reicht es gemäß § 6a Abs 2 KSchG aber weiterhin aus, dass am Tag der Fälligkeit der Überweisungsauftrag erteilt wird.

Verlust oder Verzögerung

Überdies trägt der Schuldner bei Wahl der Banküberweisung nun auch das Ri-

siko für Verzögerungen oder das Unterbleiben der Gutschrift auf das Konto des Gläubigers, wenn die Ursache dafür nicht bei dem Bankinstitut des Gläubigers liegt. Nach alter Rechtslage wurden Geldschulden hingegen als qualifizierte Schickschulden angesehen, womit der Schuldner zwar die Gefahr des Verlustes, nicht aber der Verzögerung trug.

Zinssatz

Gemäß § 456 UGB beträgt der gesetzliche Zinssatz 9,2 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Neben der nicht unwesentlichen Anhebung des (dispositiven) Zinssatzes, wurde auch das subjektive Element geändert: Die Verzugszinsen gemäß § 456 UGB gebühren nur dann, wenn der Schuldner für den Verzug verantwortlich ist; wenn nicht, kann der Gläubiger nur 4 % gemäß § 1000 ABGB verlangen (spiegelbildlich wurde dies auch in der neuen ÖNORM B 2110 umgesetzt).

Zwingende Fälligkeitsfrist für Mieter

Sowohl im MRG als auch im ABGB

wurde neu geregelt, dass der Mietzins am 5. eines jeden Monats im Vorhinein zu entrichten ist. Damit wurde das in der Praxis zumeist eingeräumte fünftägige Respiro gesetzlich zwingend verankert.



Roswitha Stöger

ist Anwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS und Expertein für Bankrecht und Finanzierungen sowie Kapitalmarktrecht.
roswitha.stoeger@dbj.at



Klaus Pfeiffer

ist Anwalt bei DORDA BRUGGER JORDIS und Experte für Real Estate und M&A.
klaus.pfeiffer@dbj.at

ÖSTERREICH – JETZT DER IDEALE SCHIEDSORT

Das österreichische Schiedsrecht erfuhr 2006 zwar eine durchgreifende Modernisierung, doch gab es weiterhin einen Wermutstropfen, auf den ausländische Schiedsinstitutionen und Schiedsrichter bei der Anpreisung „ihres“ jeweiligen Schiedsortes gerne hinwiesen. Auf Initiative eines Arbeitskreises gibt es nun eine Gesetzesnovelle, die endlich Abhilfe schafft.

Schiedssprüche können nämlich ausnahmsweise, wenn sie bestimmte schwere Mängel aufweisen (insbesondere fehlende Schiedsklausel, Verletzung von Grundwertungen der eigenen Rechtsordnung) vor den staatlichen Gerichten des Schiedsortes angefochten werden. Die meisten Länder sehen hierfür ein Verfahren über zwei Instanzen vor, unser – überaus „schiedsaktives“ – Nachbarland Schweiz überhaupt nur eine, Österreich aber alle drei. Zur Aufhebungsklage kommt es zwar nur selten, und zu einer erfolgreichen Aufhebung noch seltener, aber die „düstere Aussicht“, bei Aufnahme eines österreichischen Schiedsortes in die Schiedsklausel möglicherweise Zeit und wegen der vergleichsweise hohen Gerichtsge-

bühren dann auch Geld zu verlieren, zeigte im internationalen Wettbewerb der Schiedsstandorte Wirkung.

Nur mehr eine statt drei Instanzen

Ein Arbeitskreis, mit-initiiert von der Internationalen Handelskammer Austria (der ich als Vizepräsident angehöre), konnte nun dank einer verständnisvollen und engagierten Justizministerin (Dr. Beatrix Karl) eine geradezu sensationelle Änderung erwirken: Dank des Schiedsrechts-Änderungsgesetzes 2013 gibt es ab dem 1.1.2014 für Aufhebungsverfahren nur mehr eine einzige Instanz, nämlich den Obersten Gerichtshof. Dies macht Sinn, denn in Aufhebungsverfahren geht es in der Regel um reine Rechts- und Auslegungsfragen.

Zugleich wird ausschließlich der Oberste Gerichtshof für begleitende Maßnahmen zuständig sein, wie gerichtliche Beweisaufnahmen, die Ersatzbestellung oder Ablehnung von Schiedsrichtern und die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruches. Damit werden die bisher gewissermaßen über ganz Österreich verstreuten gerichtlichen, „schiedsorientierten“ Aktivitäten an einem staatlichen Gericht, und dort wiederum in einem spezialisierten Senat, zusammengefasst sein – ein großer Vorteil in die Richtung besonders qualifizierter Rechtsprechung.

Als kleiner Wermutstropfen verbleibt die gleichzeitig „aufkommensneutral“ angehobene Gerichtsgebühr für das dann nur mehr ein-instanzliche Aufhebungsverfahren auf 5 % des Streitwerts. Auch hier hofft der Verfasser aber, dank weiteren Lobbyings, demnächst Positives berichten zu können ...

Ganz allgemein sind Unternehmer gut beraten, in Verträge mit dem Ausland eine Schiedsklausel aufzunehmen. Dies ermöglicht im Vergleich zu staatlichen Gerichten eine weitgehend freie Verfahrensgestaltung, kürzere Verfahrensdauer und – dank dem New Yorker Abkommen 1958 – die Vollstreckung von Schiedssprüchen auch in jenen Staaten (z.B. den USA), die staatliche Urteile nicht anerkennen.



Christian Dorda

ist Gründungspartner von DORDA BRUGGER JORDIS. Seine fachlichen Schwerpunkte sind Schiedsrecht und Gesellschaftsrecht (einschließlich M&A).

christian.dorda@dbj.at

DUE DILIGENCE – BEI TRANSAKTIONEN EIN MUSS!

Welchen Stellenwert hat die Due Diligence (DD) derzeit bei Transaktionen? Gerade auf Grund der Finanzkrise und unter dem Aspekt der Geschäftsführerhaftung hat sich die Akzeptanz in den letzten Jahren verändert.

Wörtlich übersetzt bedeutet Due Diligence „gebührende Sorgfalt“. Wer beim Unternehmenskauf eine Due Diligence-Prüfung vornimmt, prüft das Unternehmen und seine Assets daher mit gebührender Sorgfalt.

Zweck

Die Due Diligence dient in erster Linie der Informationsbeschaffung. Im Zuge einer solchen Prüfung lernt z.B. der potenzielle Käufer das Zielobjekt (Target) – ein Unternehmen oder eine Immobilie – näher kennen. Die DD hilft, das Potenzial, aber auch die Risiken des Objekts aufzuzeigen. Sie bietet damit eine solide Grundlage für die Bewertung des Zielobjektes und die Kaufpreisfindung, für die Strukturierung der Transaktion und letztlich für die positive oder negative Kaufentscheidung.

Verkäufer Due Diligence

Je nachdem, wer eine Due Diligence in Auftrag gibt, unterscheidet man zwischen käuferseitiger DD und verkäuferseitiger DD (Vendor DD). Ein Verkäufer kennt doch sein Unternehmen, weshalb es dann noch prüfen? Unsere Erfahrung zeigt, dass es gerade auch für den Verkäufer sinnvoll ist, sein Unternehmen, das er verkaufen will, vorab einer Due Diligence-Prüfung zu unterziehen. Denn um ein optimales Ergebnis zu erzielen, muss sich der Verkäufer in die Situation seines Verhandlungspartners hinein-denken und jene Vorteile und Risiken erkennen, die dem Käufer auffallen könnten. Die Vendor Due Diligence hat gegenüber der käuferseitigen DD einen



deutlich geringeren Umfang („High Level Due Diligence“). Sie hilft dem Verkäufer aber, die notwendigen Daten und Dokumente übersichtlich aufzubereiten, mögliche Risiken zu erkennen und allfällige Themen, die im Rahmen der Prüfung entdeckt werden, rechtzeitig zu lösen bzw. ein Argumentarium dafür zu erstellen. Der potenzielle Käufer erhält dadurch das Gefühl, ein strukturiertes und gut geführtes Unternehmen zu erwerben. Das Vertrauen des Käufers wird gestärkt, unnötige Verzögerung verhindert, und ein optimaler Kaufpreis erzielt!

Augen auf – Kauf ist Kauf

Rein rechtlich betrachtet ist der Käufer nicht zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung verpflichtet. Es steht ihm grundsätzlich frei, das Objekt auch ohne Prüfung zu erwerben. Eingeschränkt wird dieser Grundsatz aber durch das alt hergebrachte Sprichwort „Augen auf – Kauf ist Kauf!“, das im ABGB Niederschlag gefunden hat. Demnach muss ein Käufer, der ordnungsgemäß im Sinne der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen

Kaufmannes handelt, ein Kaufobjekt zumindest im Wesentlichen prüfen. Wurde einem Käufer die Möglichkeit zur Prüfung gegeben, hat er aber davon keinen Gebrauch gemacht, so muss er allfällige negative Folgen gegen sich gelten lassen, wenn er den Mangel bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können, z.B. durch Einsicht in öffentliche Register wie das Grundbuch, bei offenkundigen Mängeln und Ähnlichem.

Listiges Schweigen

Im Zuge eines Verkaufs stellt sich beim Verkäufer die Frage, ob er Unterlagen offenlegen muss und in welchem Umfang. Auch hier kennt das Gesetz keine Verpflichtung des Verkäufers zur Offenlegung. Die Grenze bildet hier das arglistige Schweigen: Verschweigt der Verkäufer also bewusst Themen, bei denen der Geschäftsverkehr die Offenlegung erwarten darf, und hält die diesbezüglichen Unterlagen zurück, so handelt er arglistig. Als Rechtsfolge kann etwa ein Haftungsausschluss nichtig sein (so z.B. nach dem Obersten Gerichtshof beim

Verschweigen von Altlasten-Verdachtsflächen), es könnte aber auch der gesamte Verkauf anfechtbar sein.

Geschäftsführerhaftung und Due Diligence

Gerade vor dem Hintergrund der immer stärker in den Mittelpunkt gerückten Compliance ist die Durchführung einer Due Diligence bei Unternehmens- oder Immobilienkäufen empfehlenswert. Die Due Diligence-Prüfung ist ein adäquates Instrument zur Prüfung, ob das zu erwerbende Unternehmen die geforderten Kriterien erfüllt, den gesetzlichen Anforderungen und der eigenen Corporate Governance entspricht. Für die Entscheidungsträger eines Unternehmens / einer Institution ist die Beauftragung einer Due Diligence-Prüfung aber noch vor einem anderen Hintergrund ratsam: Je nach möglichen Risiken und Höhe des Investments dient sie der internen Absicherung gegen mögliche Haftungsrisiken – der Vorstand bzw. die Geschäftsführung trifft eine Einschätzung der Vorteile und Risiken auf Basis der Informationen aus einer angemessenen Due Diligence und kann damit die mögliche persönliche Haftung eines Geschäftsführers bestmöglich abwenden.

Due Diligence im Wandel

Noch vor einigen Jahren, in den Boom-Zeiten, wurden viele Kaufentscheidungen sehr schnell getroffen, und auch die Abwicklung musste zügig erfolgen, denn Nachfrage und Konkurrenz waren groß. Die Zeit zur Prüfung war knapp, die DD als lästige Pflicht (miss-)verstanden. Dies hat sich mit der Wirtschafts- und Finanzkrise deutlich geändert. Nun sind genauere und umfangreiche Due Diligence-Prüfungen gefordert. Was vor einigen Jahren bloß kurz besprochen wurde, und vielleicht durch einen Kaufpreiseinbehalt abgesichert, führt heute

zu intensiven Recherchen und Verhandlungen, oft auch zu einem Showstopper, also zum Abbruch der Transaktion.

Dies haben auch Verkäufer erkannt. In der anwaltlichen Praxis bemerken wir daher eine verstärkte Nachfrage nach Vendor Due Diligence Prüfungen. Zur eigenen Absicherung, v.a. aber auch im Hinblick auf den reibungslosen Verlauf einer Transaktion.

Ausblick

Die Due Diligence nimmt in der Transaktionspraxis einen bedeutenden Stellenwert ein. Vor allem die immer strengeren Compliance Richtlinien und die verschärfte Geschäftsführerhaftung, aber auch der sensiblere Umgang mit Geld und Vermögenswerten aufgrund der Wirtschafts- und Finanzkrise tragen dazu bei, dass die Due Diligence kein „nice to have“ sondern definitiv ein „must“ ist. Und in Zukunft auch bleiben wird.



Stefan Artner

ist Partner und Leiter des Real Estate Desk bei DORDA BRUGGER JORDIS. Weitere Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen im Gesellschaftsrecht und M&A.
stefan.artner@dbj.at



Gabriele Marth

ist Anwältin und Expertin für Immobilienrecht bei DORDA BRUGGER JORDIS.
gabriele.marth@dbj.at

NEUE ANWÄLTIN



Marguerita Sedrati-Müller

verstärkt seit September 2013 DORDA BRUGGER JORDIS als Anwältin. Sie ist Expertin

für Versicherungsrecht, Schieds- und Zivilverfahren.

Sie arbeitete schon während ihres Studiums als Trainee bei DORDA BRUGGER JORDIS und seit September 2007 als Rechtsanwaltsanwältin. Wertvolle Kenntnisse internationalen Wirtschaftsrechts erwarb sie auch im Jahr 2005 bei den Anwaltskanzleien Rosensteel & Beckman LLC sowie Alston & Bird LLP in New York City. Nachhaltigen Einblick in die Arbeitsweise einer marktführenden Regionalzeitung bekam sie als freie Mitarbeiterin der Kleinen Zeitung in den Jahren 2003 bis 2006.

Marguerita Sedrati-Müller studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien (Mag. iur. 2005) und parallel dazu auch Publizistik mit Schwerpunkt PR und Lobbying (Bakk. phil. 2006). Außerdem absolvierte sie eine Ausbildung zur Mediatorin bei ARGE Institut für Konfliktmanagement (2006-2007). Sie ist Autorin mehrerer Fachpublikationen in den Bereichen Zivilverfahrensrecht, Versicherungsrecht, Schiedsrecht und Datenschutzrecht.

Sedrati-Müllers Werdegang ist beispielhaft für die Möglichkeiten, die DORDA BRUGGER JORDIS talentierten und engagierten Juristinnen und Juristen bietet. Die Kanzlei setzt vorrangig auf Innenwachstum und auf bestmögliche Aus- und Weiterbildung ihrer juristischen MitarbeiterInnen.

HAFTEN GESCHÄFTSFÜHRER FÜR „NÜTZLICHE GESETZESVERLETZUNGEN“?

Geschäftsführer haben bei ihrer Tätigkeit grundsätzlich die Rechtsnormen zu beachten. Was aber, wenn sie „nützliche Gesetzesverletzungen“ begehen, also Rechtsvorschriften übertreten, aus denen ihr Unternehmen einen Vorteil zieht? Sind sie auch dann haftbar?

Ein Paketdienst in Manhattan riskierte Strafen für Falschparken, wenn es nicht möglich war, in der Nähe des Zustellortes vorschriftsmäßig zu parken. Für das Unternehmen war es wirtschaftlich nämlich offenbar günstiger, eine Parkstrafe zu bezahlen und sich damit Zeit und Kosten einer länger dauernden Parkplatzsuche oder Kosten für eine Parkgarage zu ersparen. Auch bei kartellrechtswidrigen Preisabsprachen ist es denkbar, dass das Bußgeld geringer ausfällt als der Gewinn aus kartellrechtswidrigem Verhalten. Schmiergeldzahlungen können ebenfalls einen Ge-

schäftserfolg bewirken, der das nicht rechtmäßig bezahlte Schmiergeld bei weitem übersteigt. Schließlich kann auch die Übertretung von Vorschriften des Umweltschutz-, Vergabe- oder Gewerberechts für das Unternehmen wirtschaftlich günstig sein.

Da in letzter Zeit Gerichtsverfahren zu derartigen Sachverhalten zunehmen, etwa Strafverfahren wegen Schmiergeldzahlungen oder Schadenersatzklagen gegen (ehemalige) Organmitglieder, lohnt es, einen Blick auf die Rechtsfolgen nützlicher Gesetzesverletzungen zu werfen.

Pflichten der Geschäftsführer

Geschäftsführer haften nicht für den Erfolg ihrer Tätigkeit, sondern sind verpflichtet, die Vor- und Nachteile ihrer Entscheidungen auf Grundlage angemessener Informationen abzuwägen. Es steht ihnen also bei ihren unternehmerischen Entscheidungen ein Ermessensspielraum zu. Sie haften grundsätzlich nur, wenn sie diesen Ermessensspielraum (eklatant) überschreiten. Umstritten ist allerdings, ob ein solcher Ermessensspielraum auch bei Gesetzesverletzungen besteht.

Bei ihren Entscheidungen haben sich die Geschäftsführer am Unternehmenswohl zu orientieren und im Rahmen der Gesetze zu handeln. Nun kommt es aber durchaus vor, dass eine Gesetzesübertretung für die Gesellschaft bei einer Gesamtbetrachtung vorteilhaft ist. Wie ist dieses Spannungsverhältnis nun aufzulösen?

Haftung für nützliche Gesetzesverletzungen?

Der herrschenden Lehre zufolge stellt rechtswidriges Verhalten grundsätzlich eine Pflichtverletzung dar, die Geschäftsführer zu Schadenersatz gegenüber der Gesellschaft verpflichten kann. Nach neueren Lehrmeinungen führt ein Gesetzesverstoß aber nicht zwingend zu einer Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber.

Ist die Rechtslage etwa unklar oder umstritten, handelt der Geschäftsführer in der Regel nicht rechtswidrig, wenn er die Entscheidung auf der Grundlage eines pflichtgemäßen Entscheidungsprozesses trifft. In diesem Fall kann eine Schadenersatzpflicht ausscheiden.



Ist die Rechtslage jedoch klar und ist dennoch beabsichtigt, gegen ein Gesetz zu verstoßen, soll dies nach neueren Lehrmeinungen ebenfalls nicht automatisch zu einer Schadenersatzpflicht der Geschäftsführer führen. So soll der jeweilige Schutzzweck der übertretenen Norm berücksichtigt werden. Handelt es sich um relativ harmlose Gesetzesverletzungen, dann soll dies keinen Pflichtverstoß darstellen. Nach beiden Argumenten führt beispielsweise die eingangs geschilderte Missachtung von Halteverboten zu keiner Schadenersatzpflicht der Geschäftsführer. Für Schmiergeldzahlungen und die Bildung von Kartellen würden Geschäftsführer hingegen haften. Eine Abgrenzung, wann etwa eine solche „harmlose“ Gesetzesverletzung vorliegt, ist aber schwierig und kann nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden.

Liegt ein Pflichtverstoß des Geschäftsführers vor, ist zu prüfen, ob den erlittenen Nachteilen die Vorteile gegenübergestellt werden müssen. Nach der

wohl überwiegenden Ansicht scheiden Schadenersatzansprüche aus, wenn die Vorteile aus der rechtswidrigen Handlung die Verluste übersteigen – sich die Rechtsverletzung also im Nachhinein als „nützlich“ erweist. Im „Halteverbotsfall“ käme eine Haftung also nur dann in Frage, wenn die Bußgelder die Ersparnisse und Gewinne aus dem Rechtsbruch übersteigen.

Ein beabsichtigter Rechtsbruch wird oft eine ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme sein, sodass die Geschäftsführer die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen haben. Genehmigen die Gesellschafter eine beabsichtigte Gesetzesverletzung, erteilen sie etwa eine Weisung zur Steuerhinterziehung, so ist ein solcher Gesellschafterbeschluss nichtig und kann keine Haftungsbefreiung der Geschäftsführer bewirken. Auch wenn die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft für beabsichtigte Gesetzesverletzungen im Vorhinein vertraglich ausgeschlossen wird, führt dies

nicht in jedem Fall zu einem Entfall der Schadenersatzpflicht.

Ausblick

Für nützliche Gesetzesverletzungen kann Geschäftsführern somit kein Freibrief erteilt werden. Im Einzelfall kann eine Haftung aber ausscheiden. Dies sollte bereits vor der beabsichtigten Gesetzesverletzung geprüft und dokumentiert werden, um in einem allfälligen Haftungsprozess die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt nachweisen zu können.



Bernhard Rieder

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und auf Gesellschaftsrecht, Umgründungen, Distressed M&A sowie Corporate Litigation spezialisiert.

bernhard.rieder@dbj.at

FESTSCHRIFT

Christian Dorda, Seniorpartner von DORDA BRUGGER JORDIS, hat in der soeben erschienenen Festschrift für Hellwig Torggler den Artikel „Res judicata und Schiedsverfahren“ verfasst. Die Festschrift (Verlag Österreich 2013) erschien anlässlich des 75. Geburtstags des Wirtschaftsanwalts, den 92 Autoren in Beiträgen mit Themen aus dessen breitem Betätigungsfeld würdigten: Stiftungs-, Schieds-, Steuer-, Gesellschafts- und Unternehmensrecht.



STRAFRECHT

„Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren“ behandelt Bernhard Müller, Partner von DORDA BRUGGER JORDIS, in seinem Beitrag für das „Handbuch Strafrecht Besonderer Teil“, das Ende Juli 2013 im Verlag Österreich erschienen ist. Es bietet dem Leser eine kompakte und systematische Darstellung des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, das sich an den Bedürfnissen des im gerichtlichen Strafrecht tätigen Praktikers orientiert.



GESELLSCHAFTSRECHT

Aufgrund der großen Nachfrage ist das Buch „Gesellschaftsrecht“, das Bernhard Rieder, Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS, gemeinsam mit Daniela Huemer verfasst hat, soeben in 3. Auflage erschienen (Facultas.wuv 2013). Mit seiner übersichtlichen Gliederung und der Einarbeitung aktueller und richtungweisender Judikatur erleichtert das Buch Studierenden und Praktikern den Einstieg in das österreichische Gesellschaftsrecht.



DORDA BRUGGER JORDIS. DIE SEMINARE.

DIE SEMINARE.

**DORDA
BRUGGER
JORDIS**

Bei unseren hauseigenen Seminaren präsentieren Ihnen unsere Anwälte und externe Experten aktuelle Rechtsentwicklungen – praxisbezogen und auf den Punkt gebracht. Die Klientenseminare finden in der Konferenzzone unserer Kanzlei statt. Wenn Sie teilnehmen möchten, kontaktieren Sie bitte Annelie Pichler, T: (+43-1) 533 47 95-77 oder seminare@dbj.at

20.11.2013	Bernhard Müller, Irene Mayr	VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT NEU! Über die größte Verwaltungsreform der zweiten Republik
4.12.2013	Axel Anderl, Francine Brogyányi	PHARMA WORKING WITH THE MEDIA Möglichkeiten und Grenzen von PR in der Arzneimittelbranche

Unsere Anwälte treten aber auch als Referenten bei Seminaren anderer Veranstalter auf. Bitte erwähnen Sie bei der Anmeldung, dass Sie von unserer Kanzlei informiert wurden. Einige Veranstalter geben dann einen Rabatt bei der Teilnahmegebühr.

UNSERE ANWÄLTE ALS REFERENTEN BEI EXTERNEN VERANSTALTUNGEN:			
16.10.2013	Stefan Artner	Immobilien richtig schenken und vererben	<i>Bankhaus Spängler / LeitnerLeitner</i>
17.10.2013	Andreas Zahradnik	Bankrecht: Aktuelle Fragen zur Berater- und Emittentenhaftung	<i>17. Jahresforum für Recht und Steuern, Business Circle</i>
18.10.2013	Gabriele Marth	Erhaltungskosten in der Betriebskostenabrechnung	<i>ÖPWZ – Österreichisches Produktivitäts- und Wirtschaftlichkeits-Zentrum</i>
18.10.2013	Bernhard Rieder	Unternehmensrecht: Investorenvereinbarungen und Syndikatsverträge	<i>17. Jahresforum für Recht und Steuern, Business Circle</i>
30.10.2013	Axel Anderl	Wartungs- & Pflegeverträge für die IT	<i>ARS – Akademie für Recht und Steuern</i>
8.-9.11.2013	Walter Brugger	European and International Business Law	<i>MBA Automotive Industries, Continuing Education Center der TU Wien</i>
14.11.2013	Francine Brogyányi	Verantwortliche Personen in Pharmaunternehmen: Aufgaben und Abgrenzung	<i>Pharmig – Verband der pharmazeutischen Industrie Österreichs</i>
14.11.2013	Gabriele Marth	Vertragsgestaltung Mietverträge: Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen	<i>ÖPWZ – Österreichisches Produktivitäts- und Wirtschaftlichkeits-Zentrum</i>
15.-16.11.2013	Walter Brugger	Essentials of M&A for Practitioners – Legal Foundation	<i>Continuing Education Center der TU Wien</i>
21.11.2013	Andreas Zahradnik	7. WAG-Tag 2013: Die neuesten Entwicklungen zur Wertpapieraufsicht in Österreich	<i>Finanzverlag / Kitzler Verlag</i>
28.11.2013	Veit Öhlberger	Konfliktvermeidung und Streitbeilegung im China-Geschäft	<i>ARS – Akademie für Recht und Steuern</i>
28.11.2013	Andreas Zahradnik	Die AIFMG-Umsetzung in Österreich	<i>Wertpapierforum 2013, Business Circle</i>
2.12.2013	Andreas Zahradnik	Rechtliche Grundlagen für Compliance	<i>IIR – Institute for International Research</i>
3.12.2013	Axel Anderl	IT-Outsourcing & Service Level Agreements (SLA)	<i>ARS – Akademie für Recht und Steuern</i>

impresum

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: Rainer Wegscheidler, Annelie Pichler, Mani Hausler, Michael Himml, Facultas Verlag. Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.