



NEWSLETTER 02|2010

INHALT

- 01 Endspurt
- 02 Aufgabe eines „Einschreibens“ beweist nicht den Zugang!
- 02 TKG-Novelle
- 03 Aus für Vermeidung der Grunderwerbsteuer?
- 03 Änderung der Elektrotechnik-Verordnung
- 03 „Gebührenfalle“ bei Bauträgerobjekten
- 04 Neue GVO für vertikale Vertriebsvereinbarungen
- 04 Publikation: Handbuch des Vertriebsrechts
- 04 HLMK Mitglied bei IFLA!
- 05 Budgetbegleitgesetz – das Wichtigste im Überblick
- 05 Der knifflige Fall
- 05 Gleichbeteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer mit Alleinvertretungsbefugnis: Unternehmer iSd KSchG
- 06 Unzulässige Beraterverträge mit Mitgliedern des Stiftungsvorstands
- 06 Lösung: Der knifflige Fall
- 07 Änderungen im Privatstiftungsrecht!
- 07 Wettbewerbsverbot für GmbH-Gesellschafter?
- 08 Haftung für fehlerhafte Verkaufsfolder
- 08 Erweiterung des Juristentteams von HLMK!

Endspurt!

Gehören Sie zu denjenigen beneidenswerten Menschen, die die vorweihnachtliche Zeit tatsächlich in Ruhe genießen können oder gar als „besinnlich“ empfinden? Oder geht es Ihnen wie vielen anderen: Unter der selbstverständlichen Vorgabe, dass die Qualität der Arbeit keineswegs leiden darf, sind noch zahlreiche Dinge zu erledigen, abzarbeiten, für den Jahresstart 2011 vorzubereiten ...

Wie auch immer bzw wann auch immer Sie daher Zeit zum Lesen finden: Mit der jüngsten Ausgabe unseres Newsletters wollen wir Ihnen wieder einige topaktuelle Informationen aus der „weiten Welt des Wirtschaftsrechts“ ins Haus liefern!

Jedenfalls waren wir wieder darauf bedacht, einige praxisrelevante, interessante Themen für Sie auszuwählen und in der gebotenen Kürze aufzubereiten. Traditionell nimmt sich dabei Gerhard Hochedlinger ua aktuellen stiftungsrechtlichen Themen an, während Wolfgang Luschin „gesellschaftsrechtliche Dauerbrenner“ und Ingo Kapsch Rechtsfragen der Anlegerberatung analysiert. Wolfgang Fian widmet sich wie gehabt spannenden Neuigkeiten im Immobilienrecht, und Johannes Marenzi bringt Sie in rechtlichen

Finanzierungsfragen auf den aktuellen Stand.

Der diesmalige „knifflige Fall“ ist wahrscheinlich eine etwas härtere Nuss, jedoch – gerade für exportorientierte Unternehmen – von größter Praxisrelevanz. Immer wieder zeigt sich beispielsweise, dass in Verwendung befindliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, sofern nicht ohnehin veraltet, zwar sehr gut als Vertragsschablonen für nationale Sachverhalten passen, im Hinblick auf Auslandsgeschäfte jedoch „ergänzungsbedürftig“ sind.

Schließlich dürfen wir wieder über Interna unserer Kanzlei wie etwa dem Beitritt von HLMK zur International Franchise Lawyers Association berichten. Keineswegs „zufällig“ ist es daher, wenn auch in diesem Newsletter Fragen des Vertriebsrechts genauer unter die Lupe genommen werden.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Lesen und eine hoffentlich nicht zu stressige Vorweihnachtszeit!

Gerhard Hochedlinger
Wolfgang Luschin
Johannes Marenzi
Ingo Kapsch
Wolfgang Fian





Aufgabe von Briefen

Bereits vor Jahrzehnten hatte der OGH – in einer zwischenzeitlich „legendären“ Entscheidung – festgehalten, dass auf die österreichische Post kein 100 %-iger Verlass ist: Bei nicht eingeschriebenen Briefsendungen hat das Ankommen eines Briefes derjenige zu beweisen, der dies behauptet. Bei eingeschriebenen Briefsendungen war indes – seinerzeit – die Rechtsauffassung des OGH noch die, dass das Aufgeben eines Briefes keineswegs seine „Aufgabe“ bedeutet:

„Es gibt keinen Rechtssatz, dass bei bewiesenem Absenden eines – nicht eingeschriebenen – Briefes mit der Post der Zugang beim Adressaten zu vermuten wäre. Trotz der Verlässlichkeit der Briefbeförderung durch die österreichische Post kann es hin und wieder zu Verlusten nicht eingeschriebener Sendungen kommen.“
(OGH 18.10.1983, 4 Ob 583/83).

Diese Rechtsansicht (in puncto „Verlässlichkeit bei Einschreiben“) teilt der OGH jedoch heute nicht mehr (siehe Beitrag rechts) ...

TKG-Novelle

Telefonkeilern wird das Geschäft erschwert

Geschäfte auf der Basis unerbetener Anrufe sollen durch eine Novelle zum Telekommunikationsgesetz (TKG) erschwert werden. Ein am Telefon abgeschlossener **Vertrag soll erst wirksam werden, wenn dem Kunden per Post eine Auftragsbestätigung zugegangen ist**. Diese muss neben allen wesentlichen Vertragsbestandteilen (Preis, Vertragslaufzeit, etc.) auch die relevanten Daten über das Unternehmen enthalten, damit der Kunde weiß, wer sein Vertragspartner ist. Nach Erhalt dieser Information hat der Kunde sieben Tage Zeit, ohne Angabe von Gründen vom Vertrag zurückzutreten.

Zudem sollen durch die Novelle Telefonverkäufe mit unterdrückter Rufnummer verboten und dem Telefonverkauf von Spielen, Wetten und Lotterien ein Riegel vorgeschoben werden; derartige Verträge sollen künftig von vornherein nichtig sein.

Achtung Falle:

Aufgabe eines „Einschreibens“ beweist nicht den Zugang!

Zuverlässigkeit der österreichischen Post lt OGH offenbar nicht mehr so wie früher der Fall.

Da rechtsgeschäftliche Erklärungen die Funktion haben, einem anderen etwas bekannt zu geben, legt § 862a ABGB die Empfangstheorie fest: Empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie etwa die Kündigung eines Vertrags, rufen erst dann rechtliche Wirkungen hervor, wenn sie in die Sphäre des Adressaten gelangt sind.



Ingo Kapsch

„Einschreiben“ lediglich eine entgeltpflichtige Sonderbehandlung einer Postsendung da, mit der diese durch den Dienstanbieter pauschal gegen Verlust, Entwendung oder Beschädigung versichert wird.

Damit darüber hinaus vor Gericht der Zugang eines Schreibens bewiesen werden kann, muss die entgeltpflichtige Zusatzleistung „TuT für Einschreiben“ oder die Zusatzleistung „Eigenhändig“ oder „Rückschein“ gewählt werden.

OGH 30.6.2010, 3 Ob 69/10h

Zum Beweis dafür, dass eine empfangsbedürftige schriftliche Willenserklärung auch tatsächlich beim Empfänger angekommen ist, wurde von der Rechtsprechung über Jahrzehnte die Aufgabe eines Briefs mittels „Einschreibens“ für ausreichend angesehen (siehe Kurzbeitrag links). Von dieser Judikatur ist der OGH jüngst mit Entscheidung 3 Ob 69/10h abgegangen.

Der OGH sprach aus, dass nach allgemeinen Grundsätzen jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen hat. Nach dem derzeit noch in Geltung stehenden § 2 Z 9 PostG stellt das

Aufgrund dieser Rechtsprechungsänderung ist nunmehr anzuraten, dass Sendungen, bei denen der Absender den Zugang an den Empfänger beweisen muss, nicht mehr als bloßes „Einschreiben“, sondern mit der Zusatzleistung „Rückschein“ zur Post gegeben werden, weil nur in diesem Fall auch tatsächlich bewiesen werden kann, dass der Brief vom Empfänger entgegengenommen wurde. Ansonsten kann man vor Gericht nur allzu leicht in Beweisnotstand gelangen, wenn das Gegenüber behauptet, die Sendung niemals erhalten zu haben.



Immobilien-News:

Aus für Vermeidung der Grunderwerbsteuer?

Der unabhängige Finanzsenat Innsbruck hat einer beliebten Praxis, bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen die Entstehung einer Grunderwerbsteuerschuld zu „umschiffen“ unlängst (RV/0226-I/09) einen Riegel vorgeschoben.



Wolfgang Fian

aus zivilrechtlicher Sicht zu keiner Anteilsvereinigung in einer Hand kommt. Das wirtschaftliche Eigentum an 100% der Gesellschaft sollte freilich dem Erwerber/Treugeber zustehen.

Der UFS erblickte nun darin einen „Missbrauch von Formen und

Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts“, da diese Treuhandkonstruktion bloß der Umgehung von Steuern diene.

Die **Rechtssache ist mittlerweile beim VwGH anhängig**, der diese Rechtsansicht des UFS durchaus widerlegen könnte, doch ist mit einer solchen Entscheidung realistischerweise erst in ein paar Monaten, möglicherweise Jahren zu rechnen. Bis dahin sollte bei künftigen „steuerschonenden Anteilsabtretungen“ besonderes Augenmerk auf die rechtliche Ausgestaltung der Transaktion gelegt werden, um das Entstehen einer Grunderwerbsteuerpflicht nach Möglichkeit zu verhindern.

UFS Innsbruck, RV/0226-I/09 vom 25.6.2010

Erwirbt man 100% der Anteile an einer Gesellschaft, so entsteht aufgrund dieser **Anteilsvereinigung** eine Pflicht zur Abfuhr der Grunderwerbsteuer in Höhe von 3,5% vom dreifachen steuerlichen Einheitswert aller im (Allein-)Eigentum der Gesellschaft stehenden Liegenschaften. Diese Steuerpflicht entsteht jedoch nicht, wenn auch nur ein Kleinstanteil an der Gesellschaft von einer anderen Person erworben bzw. zurückbehalten wird.

Die gängige Praxis war daher, einen „Zwerganteil“ von einem Treuhänder halten bzw. erwerben zu lassen, damit es

Böse Überraschung für Vermieter:

Änderung der Elektrotechnik-Verordnung

Weitgehend unbeachtet ist im Sommer dieses Jahres eine Änderung der Elektrotechnik-Verordnung in Kraft getreten. Was aufs Erste eher unspannend klingt, hat aber große Auswirkungen auf die Pflichten des Vermieters bei Abschluss neuer bzw. ab dem 13. Juli 2010 abgeschlossener Mietverträge, die dem MRG unterliegen.

Neue Pflichten für Vermieter!

So muss der Vermieter nun sicherstellen (mit entsprechender elektrotechnischer Dokumentation), dass die vermietete Wohnung mit einem „Zusatzschutz“ im Sinne des ElektrotechnikG 1992 ausge-

stattet ist und/oder ein Fehlerstromschutzschalter unmittelbar vor den Wohnungsleitungen installiert wird. Gerade bei Wohnungen in Altbauten kann dies mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sein. Damit reiht sich diese neue Verschärfung der Pflichten des Vermieters nahtlos in die ausschließlich mieterfreundlichen Änderungen der bezug habenden Rechtsvorschriften (Verbot von Bleirohren für Trinkwasser, Erhaltungspflichtenüberwälzung auf den Vermieter, Vorlagepflicht eines Energieausweises) der letzten Jahre ein. Die Vorschriften über die Bindung des Mietzinses (Richtwert, Kategorie) blieben freilich unverändert....



„Gebührenfalle“ bei Bauträgerobjekten

Beim Abverkauf einzelner Wohnungen im Zuge der Errichtung eines Neubauobjektes werden Wohnungseigentumswerber von den Vertragserrichtern immer noch gerne mit „vorläufigen“ ideellen Anteilen im Grundbuch eingetragen.

Vor allem von den die Wohnungskäufer finanzierenden Bankinstituten wird diese Vorgehensweise gerne gesehen, weil so Pfandrechte zur Absicherung der Bank sogleich im Grundbuch einverleibt werden können, was aber zu Gebühren in Höhe von 1,2 % der Pfandsumme führt.

VwGH 27.1.2005, 2004/16/0112

Sollten sich aber in der Folge die „vorläufigen“ ideellen Anteile der Wohnungen am Ende des Bauprojektes bei Wohnungseigentumsbegründung zugunsten einzelner Käufer verschieben (was bei so gut wie allen Bauprojekten der Fall ist), so ist vom Käufer – wie der VwGH bereits vor Jahren festgestellt hat, jedoch immer noch vielfach „übersehen“ wird – noch einmal die gesamte Eintragungsgebühr in Höhe von 1,2 % der Pfandsumme zu bezahlen, und zwar selbst dann, wenn sich die betreffende Wohnung in natura nicht verändert hat.

Als Käufer einer Wohnung eines Bauträgerobjektes sollte daher unbedingt darauf geachtet werden, dass vor Wohnungseigentumsbegründung kein Pfandrecht der finanzierenden Bank im Grundbuch einverleibt wird.





Publikation

Handbuch des Vertriebsrechts

Bereits in dritter Auflage ist vor kurzem das von *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr* publizierte Standardwerk zum (internationalen) Vertriebsrecht erschienen. Auf mehr als 2.000 Seiten werden nationale und internationale Fragen des Vertriebs- sowie einschlägigen Wettbewerbsrechts umfassend behandelt, wobei in jeweils separaten Abschnitten („Länderteil“) die nationalen vertriebsrechtlichen Besonderheiten in über 20 Ländern (zB im Hinblick auf die Frage, welche Rechtsordnungen Vertragshändlern bei Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch gewähren) dargestellt werden.

Gerhard Hochedlinger hat dabei als Co-Autor das österreichische Vertriebsrecht (Handelsvertreter-, Vertragshändler- und Franchiserecht) kommentiert.

HLMK Mitglied bei IFLA!

Seit Mitte dieses Jahres ist HLMK – als einzige österreichische Rechtsanwalts-gesellschaft – Mitglied der **International Franchise Lawyers Association (IFLA)**.

IFLA ist ein exklusives, hoch spezialisiertes Netzwerk von Rechtsberatern insbesondere für Lizenz- und Franchisegeber. Mehr als 60 Rechtsanwälte aus allen Kontinenten tauschen sich regelmäßig in Fragen des internationalen (Master-)Franchising aus und unterstützen sich wechselseitig in der Beratung ihrer internationalen Klientel. Kompetente und effiziente Beratung wird dabei groß geschrieben.

Derzeit arbeiten alle IFLA-Mitglieder (mithin Anwälte aus zahlreichen EU-Staaten, aus den USA, aus Japan, Singapur, Südafrika, Israel, Brasilien, Indien, China, etc) an einem Leitfaden für internationale Franchisegeber. Wir werden Sie davon informieren, sobald das Werk – für Freunde unserer Kanzlei unentgeltlich! – erhältlich ist.

www.franchiselawyers.net



Vertriebsrecht: neue Rechtsgrundlagen!

Neue GVO für vertikale Vertriebsvereinbarungen

Die im Grunde wohl wesentlichste (internationale) vertriebs- und glz wettbewerbsrechtliche Bestimmung ist **Art 101 AEUV** („Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“). Inhaltlich entspricht diese Bestimmung der (am 1.12.2009 durch den Vertrag von Lissabon abgelösten) Vorgängerregelung des Art 81 EG („EG-Vertrag“).

Art 101 AEUV: Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Nach Art 101 Abs 1 AEUV sind alle Vereinbarungen verboten, die geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten (spürbar) zu beeinträchtigen. Unter diese Generalklausel würden nach der Judikatur des EuGH grundsätzlich (so gut wie) alle Vertriebsverträge mit internationaler Relevanz fallen. Freilich war und ist es nicht Intention der EU, internationale Vertriebsvereinbarungen generell zu verbieten: Gemäß Art 101 Abs 3 AEUV sind von der Generalklausel erfasste Vereinbarungen dennoch zulässig, wenn – vereinfacht gesprochen – ihre gesamtwirtschaftlichen Vorteile größer als die Nachteile sind. Wann dies in Vertriebssystemen typischerweise der Fall ist, hat die EU-Kommission in der **Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für vertikale Vereinbarungen festgehalten**.

GVO Nr 2790/1999 vom 22.12.1999

Am 22.12.1999 wurde die bis dato für das Vertragshändler- und Franchiserecht wohl bedeutendste (europarechtliche) Rechtsvorschrift erlassen. In dieser werden zu in der Praxis typischen Vertragsbestimmungen Aussagen darüber getroffen, ob und unter welchen Umständen die Aufnahme welcher Bestimmungen in Vertriebsverträgen zulässig ist bzw wann aufgrund welcher Vertragsklauseln die teilweise oder gar gänzliche Nichtigkeit des Vertriebsvertrags droht. Als wahrscheinlich bedeutendste **„schwarze Klauseln“** (welche die Unwirksamkeit der gesamten Vertriebsvereinbarung nach sich ziehen) seien hier Preisbindungsklauseln (dh die fixe Vorgabe zB an einen Vertragshändler (zB Autohändler), Produkte

nur zu bestimmten Preisen zu verkaufen; **„fixe Preisvorgaben“**) genannt, ebenso Regelungen betreffend das Verbot von Verkäufen an bestimmte Kunden. So ist es etwa zulässig, wenn zB ein Franchisegeber seinen Franchisenehmern Vertragsgebiete jeweils exklusiv zuweist und es allen Franchisenehmern untersagt, außerhalb des ihnen jeweils zugewiesenen Vertragsgebiets aktive Verkaufsbemühungen zu setzen (zulässiges **„Verbot aktiver Verkäufe“** außerhalb des Vertragsgebiets).

Die Nichtigkeit des gesamten Franchisesystems würde es allerdings nach sich ziehen, würde es der Franchisegeber seinen Franchisenehmern verbieten, mit Kunden, welche ihren Sitz außerhalb des Gebiets des betreffenden Franchisenehmers haben, auch dann Geschäfte zu machen, wenn sich der konkrete Kunde ohne diesbezüglich aktive Bemühung des betreffenden Franchisenehmers an diesen wendet (wenn also zB der Franchisenehmer verpflichtet wäre, den Kunden auf einen „zuständigen Franchisenehmer“ am Sitz des Kunden zu verweisen; unzulässiges **„Verbot passiver Verkäufe“** außerhalb des Vertragsgebiets).

Nachfolge-GVO vom 20.4.2010

Nachdem die vorhin genannte GVO Nr 2790/1999 eine Geltungsdauer von lediglich zehn Jahren hatte, war es dieses Jahr für die EU-Kommission an der Zeit, eine Nachfolgeregelung zu präsentieren: Seit 1.6.2010 gilt nun in diesem Sinne die **GVO 330/2010**, und inhaltlich hat sich nicht allzu viel geändert. Jedenfalls bleiben die vorhin skizzierten „schwarzen Klauseln“ im Prinzip bestehen. Im Detail wurde freilich versucht, zahlreiche Unklarheiten zu bereinigen, zB im Hinblick auf die Frage, wann bei **Internet-Werbung** bzw Verkäufen über die Website eines Franchisenehmers „aktive“ und wann „passiven Verkäufe“ vorliegen. Auch die (Un-)Zulässigkeit **vertraglicher Wettbewerbsverbote** (zB Bezugspflichten von Vertragshändlern und Franchisenehmern) und eine allenfalls ausnahmsweise Gestattung von Preisbindungen wurden in Leitlinien zur neuen GVO präzisiert.

Budgetbegleitgesetz – das Wichtigste im Überblick

Am 27. Oktober 2010 wurde der **Begutachtungsentwurf des Budgetbegleitgesetzes 2011-2014** veröffentlicht. Dieser sieht umfassende Gesetzesänderungen vor. Nachfolgend ein kurzer Überblick:

Vermögenszuwachssteuer

Ab 1. Jänner 2011 sollen Veräußerungsgewinne aus Wertpapieren generell mit 25 % KeSt, unabhängig vom Beteiligungsausmaß und der Behaltedauer, besteuert werden. Bis dato waren diese nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist im Bereich des Privatvermögens vielfach steuerfrei. Veräußerungsverluste sollen gegengerechnet werden können, allerdings erst im Veranlagungsweg. Der Verlustausgleich soll ausschließlich innerhalb der Wertpapiergattung erfolgen, d.h. Verluste aus Aktien und Derivaten sollen nur mit ebensolchen Gewinnen ausgeglichen werden, Verluste aus Zinspapieren mit Gewinnen aus Zinspapieren. Ein Ausgleich mit anderen Einkünften soll nicht stattfinden dürfen.

Stiftungsbesteuerung

Die Zwischensteuer auf Zinserträge und Veräußerungsgewinne von Beteiligungen ab 1 % soll von derzeit 12,5 % auf 25 % erhöht werden. Sofern zumindest ein Stifter oder ein Zustifter eine Körperschaft ist, sollen Gewinne aus der Veräußerung von Liegenschaften mit 25% KöSt besteuert werden. Die Neuregelung gilt für alle ab 1. Jänner 2011 neu erworbenen oder gestifteten oder sich zu diesem Zeitpunkt noch innerhalb der Spekulationsfrist befindlichen



Johannes Marenzi

Grundstücken. Bis dato waren diese nach Ablauf der 10-jährigen Spekulationsfrist steuerfrei.

Abschaffung Abzugsfähigkeit von Fremdfinanzierungszinsen bei konzerninternem Beteiligungserwerb

Bisher waren die Zinsen bei Fremdfinanzierung des Kaufpreises bei Erwerb von unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen im Konzernverbund bzw. aus einer beherrschten Sphäre abzugsfähig. Ab der Veranlagung 2011 sollen diese Fremdfinanzierungszinsen nicht mehr abzugsfähig sein.

Abschaffung der Kreditvertragsgebühr

Die Darlehens- und Kreditvertragsgebühr soll ab dem 1. Jänner 2011 abgeschafft werden. Sowohl neue Darlehen/Kredite ab diesem Datum, aber auch ab diesem Datum erfolgende Beurkundungen sollen keine Rechtsgeschäftsgebühr auslösen. Dazu sollen auch Sicherungsgeschäfte, die im Zusammenhang mit Darlehens- und Kreditverträgen abgeschlossen werden, von der Gebühr befreit werden. Sofern noch 2010 eine Finanzierung überlegt wird oder geplant ist, bestehende Finanzierungen nachträglich zu dokumentieren, empfehlen wir daher zu überlegen, diese Maßnahme nach Möglichkeit erst 2011 umzusetzen.

Auf Grund der massiven Kritik in den letzten Wochen an den geplanten Änderungen muss freilich die tatsächliche Gesetzeswerdung abgewartet werden...



Der knifflige Fall

Der österreichische Unternehmer A bestellt bei D, einem Unternehmen mit Sitz in Deutschland, Waren, wobei A und D (schriftlich) vereinbaren, dass diese Waren unter Eigentumsvorbehalt ins Lager der Schweizer Zweigniederlassung von A zu liefern wären. D verbringt die Waren sodann wie vereinbart mit seinem LKW über Frankreich in die Schweiz. Nachdem die Waren A in dessen Zweigniederlassung übergeben wurden, meldet A Insolvenz an. D begehrt vom Insolvenzverwalter unter Berufung auf den vereinbarten Eigentumsvorbehalt die Herausgabe der Ware. Hat D tatsächlich ein Aussonderungsrecht? Im Vertrag haben A und D die Anwendbarkeit österreichischen Rechts festgehalten.

Lösung nächste Seite

Gleichbeteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer mit Alleinvertretungsbefugnis Unternehmer iSd KSchG

Insbesondere bei Anteilsabtretungen von GmbH-Gesellschaftern stellt sich bei der Vertragsgestaltung (Gerichtsstandvereinbarung, Anfechtungsmöglichkeit wg *laesio enormis*, etc) die Frage, ob die Eigentümer einer GmbH als Unternehmer oder als Verbraucher zu qualifizieren sind. Grundsätzlich ist letzteres der Fall. Wenn aber zwei Gesellschafter zu jeweils 50% an der GmbH beteiligt sind, Generalversammlungsbeschlüsse gegen den Willen eines Gesellschafter daher nicht möglich sind, und darüber hinaus jeder der beiden als jeweils einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer fungiert, dann kommt jedem einzelnen Gesellschafter-Geschäftsführer nach Meinung des OGH ein derart maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu, dass eine Behandlung als Nicht-Unternehmer (Verbraucher) nicht angebracht wäre.

OGH 24.6.2010, 6 Ob 105/10z



Lösung: Der knifflige Fall

Der gegenständliche Fall ist wegen seiner „internationalen Dimension“ tatsächlich „knifflig“. Daher einige allgemeine Bemerkungen vorab: Wenn ein österreichischer und ein deutscher Unternehmer für eine Warenlieferung die Anwendung „österreichischen Rechts“ vereinbaren (und dabei die Anwendung des „UN-Kaufrechts“ nicht ausschließen), dann gilt für alle schuldrechtlichen Fragen (insbesondere Fragen der Gewährleistung) primär das UN-Kaufrecht (auch „CISG“ genannt), zumal dieses ein Bestandteil der (vereinbarten) österreichischen Rechtsordnung ist (Österreich ist dem CISG [„Convention on the International Sale of Goods“] im Jahr 1989, Deutschland 1991 beigetreten). Die Frage, wer Eigentümer der von D gelieferten Waren ist, insbesondere ob D infolge vereinbarten Eigentumsvorbehalts ein Aussonderungsrecht geltend machen kann, ist aber unabhängig von einer allfällig zwischen den Vertragsteilen getroffenen Rechtswahl zu beurteilen, weil **Fragen des Sachenrechts** (insbesondere, wer Eigentümer einer Sache ist) stets **nach dem Recht zu beurteilen sind, wo sich die Sache befindet**.

Angenommen, A und D hätten **keinen Eigentumsvorbehalt** vereinbart: Nach deutschem Recht – anfangs befindet sich die Ware ja noch in Deutschland – bedarf es zum Eigentumsübergang (ähnlich wie in Österreich und der Schweiz) der Übergabe der Ware; eine solche ist allerdings in Deutschland nicht erfolgt. Sobald die Ware französisches Gebiet erreicht, gilt nun französisches Recht, und siehe da: Nach französischem Recht ist es für den Eigentumserwerb ausschließlich entscheidend, ob ein gültiger Vertrag geschlossen wurde. Nachdem dies der Fall ist, hat A von D mit Grenzüberschritt der Ware nach Frankreich Eigentum erworben (wobei, wie gesagt, die Frage des Eigentumsvorbehalts vorerst nicht thematisiert werden soll). Dieses Eigentumsrecht des A geht mit Grenzüberschritt in die Schweiz nicht mehr verloren, dh A bleibt Eigentümer selbst dann, wenn das Schweizer Recht (wie in Österreich) für den Eigentumserwerb die Übereignung der Ware verlangt. Würde daher D die Ware mit seinem LKW nicht über Frankreich, sondern direkt von Deutschland in die Schweiz verschaffen, dann würde die Ware erst mit Übergabe an den Käufer dessen Eigentum.

Was aber, wenn – wie gegenständlich der Fall – ein sog. **Eigentumsvorbehalt** vereinbart wurde? Abermals ist die Frage nach dem Recht des „Lageorts der Sache“ zu beurteilen, mit der Konsequenz, dass, anders als vorhin, das Eigentumsrecht noch nicht in Frankreich auf A übergeht, weil das französische Recht einen Eigentumsvorbehalt durch schriftliche „Eigentumsvorbehaltsklausel“ (clause de réserve de propriété) zulässt. Mit Eintritt der Ware in das Schweizer Territorium steht die Ware also noch im Eigentum von D. Dieser verliert jedoch – trotz schriftlich vereinbartem Eigentumsvorbehalt – sein Eigentumsrecht an A mit Übergabe der Ware, weil das Schweizer Recht einen Eigentumsvorbehalt (wie in Österreich oder Deutschland) nicht kennt (bzw nur akzeptiert, wenn dieser in einem lokalen öffentlichen Register eingetragen wird, was aber nicht geschehen ist). Auch bei vereinbartem Eigentumsvorbehalt hat also D Pech; die Geltendmachung eines Aussonderungsrechts wird ins Leere laufen.

Fazit: Bei internationalen Sachverhalten stellen sich besondere Herausforderungen im Zuge der Vertragsgestaltung und -abwicklung. Erst richtig „spannend“ wird die Sache im Übrigen dann, wenn D die Ware nicht mit seinem LKW liefert, sondern einen oder mehrere Dritte (Spediteure bzw Transporteure) damit beauftragt und die Ware zu deren Gunsten als Sicherheit verpfändet wird, Transportdokumente als sog. „Traditionspapiere“ ausgestellt sind, etc.

Privatstiftungen:

Unzulässige Beraterverträge mit Mitgliedern des Stiftungsvorstands

Für den Fall, dass Mitglieder des Stiftungsvorstands (beispielsweise als Steuerberater) ein Mandant zur Beratung der Stiftung übernehmen sollen, welches den Rahmen der „normalen“ Vorstandstätigkeit übersteigt, bestimmt § 17 Abs 5 PSG, dass derartige Geschäfte (einschließlich deren Honorierung) nicht nur der Zustimmung sämtlicher Mitglieder des Stiftungsvorstands, sondern auch des Gerichts bedürfen. Vielfach wurde in der Vergangenheit aber auf die Einholung der gerichtlichen Genehmigung „vergessen“.

Was tun bei fehlender oder verweigerter gerichtlicher Zustimmung? OGH zeigt „Sanierungsmöglichkeit“ auf

Einem kürzlich vom OGH (10.8.2010, 1 Ob 214/09s) entschiedenen Fall lag der Sachverhalt zu Grunde, dass ein Notar, der Mitglied des ersten Stiftungsvorstands war, die betreffende Privatstiftung im Zuge einer Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen rechtsfreundlich unterstützt und dafür von der Privatstiftung (mit Einverständnis der Stifter, jedoch ohne gerichtliche Genehmigung) ein Honorar in Höhe von mehr als € 150.000,00 erhalten hat. Etwa ein Jahr nach Auszahlung dieses Betrags an den Notar machte der Stiftungsprüfer die Privatstiftung auf die notwendige, jedoch offenbar vergessene Einholung der gerichtlichen Zustimmung aufmerksam und schlug vor, dass der Stifter in Ausübung seines ihm in der Stiftungsurkunde vorbehaltenen Änderungsrechts die Stiftungserklärung entsprechend ergänzen und so gleichsam im Nachhinein eine Vergütung des Notars in Höhe des geflossenen Honorars festlegen solle. Diesem Vorschlag wurde vom Stifter entsprochen. Eine gesonderte gerichtliche Genehmigung der Vorstandsvergütung wurde nicht eingeholt. Ein späterer Stiftungsvorstand, dem der betreffende Notar offenbar nicht mehr angehörte, hielt



Gerhard Hochedlinger

diese Vorgangsweise für unzulässig und klagte den Notar auf Rückzahlung des ausbezahlten Honorars.

Änderungsrecht nach § 33 PSG vs gerichtliche Zustimmung nach § 17 Abs 5 PSG: „Ober sticht Unter“

Das Klagebegehren wurde in allen Instanzen abgewiesen. Vom OGH wurde die „Umgehung der gerichtlichen Zustimmung“ deswegen für zulässig erachtet, weil die genannte Bestimmung des § 17 Abs 5 PSG Interessenkollisionen beim Stiftungsvorstand hintanhaltend soll. Von einem derartigen Interessenkonflikt kann allerdings nicht länger gesprochen werden, wenn vom Stiftungsvorstand eine Vorgangsweise eingeschlagen wird, die in der Stiftungserklärung ausdrücklich Deckung findet.

Dies gilt auch, ja angesichts der gesetzlich geforderten Objektivierung der Vorstandsvergütung „umso mehr,“ wie der OGH feststellt, „wenn der Stifter im Nachhinein eine bereits erbrachte und daher in ihrem Umfang bekannte Tätigkeit mit einer betragslichen Summe honoriert.“ Anders gewendet: **Die Möglichkeit des Stifters, die Stiftungserklärung im Nachhinein zu ändern, kann als „Sanierungsinstrument“ für „vergessene“ gerichtliche Zustimmungen für Geschäfte mit dem Stiftungsvorstand, insbesondere aber zur Auszahlung von Vorstandsvergütungen dienen!**

Unzulässig, mitunter sogar „strafrechtlich gefährlich“ (vgl OGH 15.12.1999, 6 Ob 73/99z) wäre es hingegen, ohne Änderung der Stiftungserklärung auf die im Gesetz vorgesehene Genehmigung des Gerichts zu verzichten und bloß auf bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen im Zusammenhang mit der Vorstandstätigkeit zu verweisen. Dies käme, wie der OGH richtig ausführt, „einer (unzu-

lässigen) Umgehung der Bestimmung des § 19 Abs 2 PSG“ gleich. Die vom OGH aufgezeigte (bzw für zulässig erachtete) Sanierungsmöglichkeit gilt im Übrigen auch dann, wenn der Stifter Begünstigter der Privatstiftung ist: „Die Möglichkeit des Stifters, sich die Änderung der Stiftungsurkunde vorzubehalten, wird im Gesetz im Zusammenhang mit seiner möglichen Begünstigtenstellung nicht eingeschränkt, sondern nur andere punktuelle Unvereinbarkeitsbestimmungen (vgl § 15 und 23 PSG) geschaffen.“ In Hinblick wird es im Übrigen – jedenfalls nach den Wertungen des Budgetbegleitgesetz-Justiz 2010 - 2013 – gar möglich sein, einem (begünstigendominierten) Stiftungs-

beirat die Kompetenz zur Festlegung der Vorstandsvergütung zu übertragen.

Fazit: Immer wieder – neben der letztjährigen viel diskutierten „Vorstands-Entscheidung“ (OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f) sei etwa hier auf die nicht minder umstrittene höchstgerichtliche „Beiratsentscheidung“ (OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h; vgl HLMK-Newsletter 02/2009) verwiesen – vermag in der Praxis das in § 33 PSG vorgesehene stifterliche Änderungsrecht gute Dienste zu leisten. Auf dieses Recht, etwa aus erb- oder familienrechtlichen Gründen (dh. zur Vermeidung von Ansprüchen von Erben bzw Ehegatten), leichtfertig zu verzichten (vgl dazu HLMK-Newsletter 01/2010), kann „lästige Folgen“ nach sich ziehen.

Budgetbegleitgesetz-Justiz 2010 – 2013:

Änderungen im Privatstiftungsrecht!

Gemäß dem seit kurzem vorliegenden Gesetzesentwurf sind auch einige zivilrechtliche Änderungen im Privatstiftungsgesetz (PSG) geplant:

Unter Androhung von Geldstrafen bis zu € 20.000,00 wird dem Stiftungsvorstand künftig die ausdrückliche Verpflichtung auferlegt, den **Finanzbehörden die Begünstigten der Privatstiftung** – auch rückwirkend! – elektronisch mitzuteilen.

Als Reaktion auf die sog. „Beiratsentscheidung“ des OGH vom 5.8.2009 soll nun klargestellt werden, dass **begünstigten-**



dominierte Stiftungsbeiräte zwar zulässig sind, diese aber nicht den Stiftungsvorstand aus anderen als in § 27 PSG angeführten wichtigen Gründen abberufen dürfen. Auch eine **Abberufung des Stiftungsvorstands** ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes ist demnach künftig für nichtbegünstigendominierte Beiräte möglich, sofern – und dies ist eine weitere geplante Änderung des § 14 PSG – der entsprechende Beiratsbeschluss einstimmig (bzw, wenn der Beirat vier oder mehr Mitglieder hat, mit einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen) zustande kommt.

Als Reaktion auf die „Vorstandsentscheidung“ des OGH vom 16.10.2009 ist nun offenbar geplant, die in § 15 PSG (Vorstand) sowie § 23 PSG (Aufsichtsrat) enthaltenen **Inkompatibilitätsbestimmungen auf Interessensvertreter von Begünstigten** sowie deren Angehörigen **auszudehnen**.

Im Übrigen soll in § 15 Abs 2 PSG ein Redaktionsversehen (vgl dazu HLMK-Newsletter 02/2009) beseitigt werden. Sonstige „offensichtliche Ungereimtheiten“ im PSG bleiben vom Gesetzgeber leider unangestastet. Die Entwicklung im Stiftungsrecht bleibt jedenfalls spannend ...

Wettbewerbsverbot für GmbH-Gesellschafter?

Wie weit reichen die den Gesellschafter treffenden Treuepflichten?



Wolfgang Luschin

Ein gesetzliches Wettbewerbsverbot gibt es bei einer GmbH lediglich ihre **Geschäftsführer**. Diese dürfen schon von Gesetzes wegen im Geschäftszweig der Gesellschaft weder auf eigene noch auf fremde

Rechnung Geschäfte tätigen oder sich bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweiges als persönlich haftender Gesellschafter beteiligen oder ein Stelle im Vorstand oder Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleiden.

Die **Gesellschafter** einer GmbH unterliegen demgegenüber per se keinem gesetzlichen Wettbewerbsverbot. Allerdings ist zu beachten, dass die Gesellschafter gegenüber der GmbH zur Treue verpflichtet sind.

Zur Frage, wie weit diese **Treuepflicht** reicht und ob diese in Sonderlagen auch ein wettbewerbssträchtiges Verhalten verbieten kann, steht die wissenschaftliche Diskussion sowie die Rechtsprechung in Österreich erst in den Anfängen.

In Anlehnung an die deutsche Judikatur untersagt nach Ansicht des OGH die Treuepflicht, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft bezogene Kenntnisse, beispielsweise über Geschäftschancen der Gesellschaft, zum eigenen Sondervorteil bzw zum Nachteil der GmbH oder einzelner (Minderheits-)Gesellschafter der GmbH verwertet. Es ist daher beispielsweise unzulässig, „sich in Verträge der GmbH hineinzudrängen“, dh deren Partner zum Vertragsbruch zu verleiten.

Darüber hinaus ist es untersagt, Handlungsmöglichkeiten, die sich erst aus der Gesellschafterstellung ergeben, für eigene Zwecke auszunützen. Insoweit ist auch von Gesellschaftern ein aus der Treuepflicht resultierendes **Wettbewerbsverbot** zu beachten.

Allerdings – so der OGH – besteht kein nur auf die Eigenschaft als Gesellschafter einer GmbH zurückzuführendes allgemeines Wettbewerbsverbot.

Anlageberatung:

Haftung für fehlerhafte Verkaufsfolder

Gewährleistung als Anspruchsgrundlage für irreführende Anlegerinformationen?

Der OGH hatte sich kürzlich erstmalig in zwei Entscheidungen mit einer von der M.-Bank herausgegebenen Informationsbroschüre über einen an der Wiener Börse gehandelten Immobilität zu beschäftigen (OGH 31.8.2010, 4 Ob 65/10b sowie OGH 22.9.2010, 8 Ob 25/10z). Dieser Verkaufsfolder enthielt unter anderem folgende Aussagen: „Renditen der Vergangenheit sind keine Garantie für zukünftige Gewinne“; „Ein dem Kapitalmarkt- und Börsengesetz entsprechender Prospekt steht zum Download zur Verfügung.“ „Die Angaben dieses Verkaufsfolders sind unverbindlich.“; „Sicherheit. Sichere, breitgestreute Immobilienveranlagung in Zeiten stark schwankender Aktienmärkte, hoher Steuern und niedriger Zinsen“; „Investment mit Wachstum und Ertrag“. Auf Risiken der Veranlagung wurde in dem Werbefolder nicht gesondert hingewiesen.

In den beiden vom OGH entschiedenen Fällen sahen sich Anleger die **Verkaufsbroschüre** durch und trafen auf dieser Grundlage ihre Entscheidung, den von der M.-Bank beworbenen Immobilität zu erwerben. Aufgrund der Angaben im Folder gelangten die Anleger zur Ansicht, dass bei diesem Wertpapier – im Gegensatz zu anderen Aktien – mit keiner besonderen Schwankung des Börsenkurses zu rechnen sei, weil in Gewerbeimmobilien mit langfristiger Vermietung an gute Kunden investiert würde.

§ 922 ABGB als Anspruchsgrundlage?

Der OGH gab in beiden Verfahren den Klagen der Privatanleger Folge. Er führte aus, dass der von der M.-Bank herausgegebene Werbefolder wesentliche Fehlvorstellungen bei den Klägern verursachte, weshalb diese berechtigt waren, die mit der M.-Bank geschlossenen Kaufverträge über diese Immobilität anzufechten und die Rückzahlung des von ihnen geleisteten Entgelts zu verlangen. Der OGH

anerkannte, dass sich der „durchschnittliche Privatanleger“ grundsätzlich auf Angaben in Verkaufsbroschüren verlassen darf und verwies auf eine Parallele zum Gewährleistungsrecht: Ein Mangel ist die Abweichung des geleisteten vom vertraglich Geschuldeten. **Was geschuldet wird, bestimmt sich nach § 922 ABGB auch nach den „öffentlichen Äußerungen des Übergebers“, wie etwa in der Werbung.** Konnte der Werbefolder bei objektiver Betrachtung bestimmte Vorstellungen über das geringere Risiko gegenüber anderen Aktien erwecken, so wurde diese wertbildende Eigenschaft zum Vertragsinhalt. Da die M.-Bank diesen Verkaufsfolder erstellt hatte, habe sie die Fehlvorstellung der beiden Anleger veranlasst, und zwar unabhängig davon, ob die Anleger zusätzlich noch von einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen beraten wurden.

Bedeutung über den Anlassfall hinaus!

Den beiden oberstgerichtlichen Entscheidungen kommt eine weit über den Anlassfall hinausgehende Bedeutung zu. In diesen beiden Judikaten wird – soweit ersichtlich – erstmals ausdrücklich ausgesprochen, dass der „durchschnittliche Privatanleger“ auf Aussagen in Verkaufsfoldern vertrauen darf, wenn es sich dabei nicht um offensichtlich verkürzte, bloß blickfangartige und möglicherweise als marktschreierisch anzusehende Werbeaussagen, wie etwa Kurzwerbespots oder ähnliches, handelt. Für die Emittentenseite bedeutet dies, sämtlich aktuell verfügbares Informationsmaterial über Wertpapiere kritisch zu hinterfragen und allenfalls zu verdeutlichen.

Jedenfalls erteilte der OGH erteilte der in der Vergangenheit bestandenen Praxis, in Verkaufsfoldern nicht auf mit der Veranlagung verbundenen Risiken hinzuweisen, sondern bloß auf den Kapitalmarktprospekt zu verweisen, eine klare Absage.

Erweiterung des Juristentteams von HLMK!



Mag. Daniela Nemecek verstärkt seit kurzem als Konzipientin unser Juristenteam.

Ihr Studium der Rechtswissenschaften hat sie im Juni 2009 abgeschlossen,

danach das Gerichtsjahr absolviert. Während des Studiums war sie in einer renommierten Wiener Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei als Personalverrechnerin tätig.

Wir freuen uns auf eine gute, hoffentlich langjährige Zusammenarbeit!

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch
Rechtsanwälte GmbH.
www.hlmk.at



Büro Wien: 1010 Wien, Gonzagagasse 19.
Büro Linz: 4020 Linz, Mozartstraße 11/7.

Fotos: Wolfgang Zajc, Lucia Bartl, iStock.
Corporate Design: so-da Agentur für Werbung und Grafikdesign.

Sämtliche Beiträge wurden sorgfältig recherchiert und ausgearbeitet, können jedoch die im Einzelfall notwendige Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit.