



# NEWSLETTER 02|2011

## INHALT

- 01 Geldwäsche & Korruption
- 02 Verpflichtung zur laufenden Einsichtnahme in die Insolvenzdatei gilt auch für Kleinunternehmer!
- 02 Anspruch des Handelsvertreters auf Rechnungslegung und Buchauszug
- 03 Der gläserne Aktionär
- 03 Ingo Kapsch ist Nummer eins der österreichischen Anlegeranwälte!
- 03 Konsumentenschutz: Voraussetzungen für Terminsverlust
- 04 Korruptionsstrafrecht: UK Bribery Act
- 04 Zusammenarbeit von Österreich und Russland im Bereich der Wettbewerbspolitik
- 04 OGH lockert Anforderung an die Publizität bei der Forderungsabtretung
- 05 Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen Abberufung als GmbH-Geschäftsführer
- 05 Der knifflige Fall
- 06 Neues zur Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands
- 06 Konkurrenzverbot kann nicht als Grunddienstbarkeit eingetragen werden
- 06 Rückwirkende Bestellung von Geschäftsführern?
- 06 Neue Meldepflicht bei Stiftungen!
- 07 Vorsicht bei KFZ-Leasingverträgen!
- 07 Lösung: Der knifflige Fall
- 08 Mietrecht: Befristete Verträge sind stets zu vergebühren!
- 08 HLMK in gbm!

# Geldwäsche & Korruption

*„Wer der Meinung ist, dass man für Geld alles haben kann, gerät leicht in den Verdacht, dass er für Geld alles zu tun bereit ist.“*

Benjamin Franklin (1706-1790)

Vieles, immerhin aber nicht alles im Wirtschaftsleben dreht sich um den schnöden Mammon. Aus rechtlicher Sicht ist zu beobachten, dass immer mehr und immer häufigere gesetzliche Vorgaben – zumeist als Reaktion der Legislative auf tatsächliche und vermeintliche Missstände in der (Wirtschafts-)Praxis – das hehre Ziel haben, unlautere „Mittelbeschaffungen“ sowie illegale Vermögenstransaktionen zu unterbinden.

Das aber hat Auswirkungen auf das gesamte Wirtschaftsleben und ist ständig mit neuen Herausforderungen verbunden. Letztere möchten wir in diesem Newsletter anhand einiger Beispiele aufzeigen.

So wollen wir Sie überblicksartig über den eben erst in Kraft getretenen **UK Bribery Act** informieren, mithin über ein engli-

ches Antikorruptionsgesetz mit Auswirkungen weit über die Grenzen Großbritanniens hinaus; des Weiteren über neue **Meldepflichten bei Privatstiftungen**, welche – ebenso wie das **Namensaktien-Umstellungsgesetz** – ihren Ursprung in der internationalen Bekämpfung von Geldwäsche haben. Auch der diesmalige „knifflige Fall“ hat mit der Verlockung leicht verdienten Geldes zu tun.

Davon abgesehen informieren wir wie gewohnt über Neuerungen im Gesellschafts- und Stiftungsrecht, aktuelle vertriebsrechtliche Judikatur, wettbewerbsrechtliche Fragen sowie über diverse Interna betreffend unsere Kanzlei.

Jedenfalls wünschen wir Ihnen viel Spaß beim Lesen! Möge Ihnen der vorliegende HLMK-Newsletter als Lektüre in Ihrem Sommerurlaub dienen!

Gerhard Hochedlinger  
Wolfgang Luschin  
Johannes Marenzi  
Ingo Kapsch  
Wolfgang Fian



## Anspruch des Handelsvertreters auf Rechnungslegung und Buchauszug:

Kontrollrechte verjähren als typische Nebenansprüche mit dem Hauptanspruch

Der Sachverhalt der gegenständlichen, erst kürzlich höchstgerichtlich entschiedenen Vertriebsrechtscausa stellte sich dergestalt dar, dass ein Handelsvertretervertrag vom Geschäftsherrn aufgekündigt wurde und infolge dessen der Geschäftsherr dem Handelsvertreter zum Beendigungsstichtag eine Provisionsabrechnung für die letzten vier Vertragsjahre übermittelt hat. Zwecks Kontrolle der Abrechnung begehrte der Handelsvertreter Bucheinsicht. Hinsichtlich desjenigen Zeitraums, welcher mehr als drei Jahre zurücklag, verweigerte der Geschäftsherr allerdings das Kontrollrecht des Handelsvertreters mit dem Einwand der Verjährung, zumal für Einsichts- und Kontrollrechte eine dreijährige Verjährungsfrist gelte.

Dieser Rechtsansicht des Geschäftsherrn schlossen sich die Gerichte nicht an. Richtig ist natürlich, dass für Überprüfungs- bzw Kontrollrechte eine dreijährige Verjährungsfrist gilt, diese beginnt jedoch erst mit Vorlage der entsprechenden Provisionsabrechnung zu laufen: **Die Verjährungsfrist für typische Nebenansprüche (Kontrollrechte) richtet sich nach dem Hauptanspruch (Provisionsabrechnung).** Wenn nun der Geschäftsherr erst nach Beendigung des Handelsvertretervertrags für die letzten vier Jahre eine genaue Abrechnung vorlegt, dann beginnt die Verjährung nicht nur für Provisionsansprüche, sondern auch für die Kontrolle der Abrechnung des Geschäftsherrn mit dem Vorliegen der Provisionsabrechnung zu laufen.

OGH 26.4.2011, 8 ObA 22/11k

## Strenge höchstgerichtliche Judikatur für Unternehmer und Geschäftsführer

# Verpflichtung zur laufenden Einsichtnahme in die Insolvenzdatei gilt auch für Kleinunternehmer!

Gemäß § 3 Abs 2 Insolvenzordnung (IO) wird der Schuldner durch Zahlung seiner Schuld an den (Gemein-)Schuldner nach Insolvenzeröffnung nicht befreit – Zahlungen sind nur mehr an den Insolvenzverwalter zu richten! – es sei denn, dass dem Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne sein Verschulden unbekannt war.



Gerhard Hochedlinger

ihre Leistungen erbracht habe. Bei Geschäftsanbahnung sowie bei Vertragsabschluss habe der Auftraggeber Einsicht in das Firmenbuch genommen. Es könne ihm als Kleinunternehmer nicht zugemutet werden, darüber hinaus laufend Einsicht in das Firmenbuch bzw in die Insolvenz-

datei zu nehmen.

### OGH 17.2.2011, 2 Ob 4/11v

Dem erst vor einigen Monaten höchstgerichtlich entschiedenen Fall lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Kleinunternehmen (Jugendbeherbergungsbetrieb mit zwei Mitarbeitern) Umbauarbeiten in Auftrag gab, welche vom betreffenden Bauunternehmen auch umgesetzt wurden. Am 28.2.2008 wurde über das Bauunternehmen der Konkurs eröffnet und mit Beschluss vom 11.3.2008 die Schließung des Unternehmens angeordnet. Unmittelbar nach Konkurseröffnung legte der vormalige Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin – unzulässigerweise, denn dazu war er mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr befugt – per Telefax Rechnung, welche der Auftraggeber am 6.3.2008 dem die Bezahlung der Rechnung täglich urgierenden Geschäftsführer der nunmehrigen Gemeinschuldnerin (nicht aber dem Insolvenzverwalter!) in bar bezahlte. Der Konkursmasse floss dieser vom Auftraggeber geleistete Betrag nicht zu.

Der Insolvenzverwalter begehrte daher vom Auftraggeber die **neuerliche Zahlung des Rechnungsbetrags** an die Masse, wogegen sich dieser mit folgenden Argumenten zu wehren versuchte: Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei ihm nicht bekannt gewesen, auch hätten keine Indizien für wirtschaftliche Schwierigkeiten des Bauunternehmens vorgelegen, welches bis 6.3.2008, mithin auch noch nach Konkurseröffnung all

Anders als das Erstgericht, wollten die Instanzgerichte dieser Argumentation nicht folgen. Bereits seit einigen Jahren judiziert der OGH, dass sich Banken sowie Versicherungen und Großunternehmen **laufend Kenntnis über Insolvenzeröffnungen** verschaffen müssen (OGH 12.6.1996, 9 Ob 2009/96y). Dieser Grundsatz gilt, nachdem ein Internetanschluss heute zur technischen Ausstattung auch von Kleinbetrieben zählt, auch für Klein- und Kleinunternehmen. Eine Einsichtnahme in das Firmenbuch bloß bei Vertragsabschluss oder Rechnungserhalt entspricht nicht der gebotenen unternehmerischen Sorgfalt.

Lediglich bei **Verbrauchern** wird es in aller Regel als eine Überspannung der Sorgfaltspflicht angesehen, wenn sich auch diese als Nichtunternehmer vor geschäftlichen Kontakten vergewissern müssten, ob über das Vermögen des Geschäftspartners ein Insolvenzverfahren anhängig ist (OGH 28.10.1997, 4 Ob 276/97k).



Mehr Transparenz durch das Namensaktien-Umstellungsgesetz

# Der gläserne Aktionär

Revisionsbedarf bei zahlreichen Aktiengesellschaften!

Durch das **Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011 (GesRÄG 2011)** werden mit dem Umgründungs-Vereinfachungsgesetz (UmgrVerG; vgl dazu bereits HLMK-Newsletter 01/2011) und dem Namensaktien-Umstellungsgesetz (NamUG) zwei im Begutachtungsstadium noch getrennte Gesetzesprojekte zusammengeführt.



Ingo Kapsch

**ändern und ausgegebene Aktienurkunden umtauschen.** Allerdings wird dafür vom Gesetzgeber eine angemessene Frist (bis Ende 2013) gewährt.

**Umstellung auf Namensaktien und Führung eines Aktienbuchs**

Mit der Ausgabe von Namensaktien ist die Verpflichtung zur Führung eines **Aktienbuchs** verbunden. Dies bedeutet für die Gesellschaften zwar einerseits einen höheren Verwaltungsaufwand, andererseits stehen damit allen nicht börsennotierten Gesellschaften künftig unternehmensinternen Aufzeichnungen über die Identität der Aktionäre zur Verfügung, die diese für ihre Investor Relations nützen können. Aktionäre müssen dabei neben Name, Geburtsdatum, Anschrift und Firmenbuchnummer auch ihre Kontoverbindung, auf die sämtliche Zahlungen (zB Dividenden) erfolgen, anführen.

Für **börsennotierte Gesellschaften** besteht weiterhin ein **Wahlrecht zwischen Inhaberaktien und Namensaktien**. Entscheidet sich die Gesellschaft für Inhaberaktien, so sind diese in einer Sammelurkunde zu verbriefen, die spätestens zum Zeitpunkt der Börsennotierung bei einer Wertpapiersammelbank zu hinterlegen ist. Damit sind Aktienübertragungen nur mehr über Depots bei Banken möglich, wodurch Transaktionen transparent und nachvollziehbar werden.

**Einhaltung internationaler Transparenzrichtlinien**

Mit dem NamUG soll dem vom Minister rat beschlossenen Paket zur Verbesserung der Transparenz bei Gesellschaften entsprochen werden, indem alle Aktiengesellschaften – mit Ausnahme jener, deren Aktien an einer Börse notieren – zur Ausgabe von Namensaktien verpflichtet werden. Damit sollen **Namensaktien zum Standardinstrument** werden und Inhaberaktien im Regelfall nur noch bei börsennotierten Gesellschaften zulässig sein, um so – die Gesetzesnovelle ist eine Reaktion auf einen Prüfbericht der FATF (Financial Action Task Force) – der Bedrohung durch Terrorismus und Geldwäsche in Österreich wirksam entgegenzutreten.

Abgesehen von den Fällen eines geplanten erstmaligen Börsengangs werden nicht börsennotierte Gesellschaften auf Namensaktien festgelegt. Dies gilt auch für bereits bestehende Aktiengesellschaften: Diese müssen gegebenenfalls ihre **Satzung**



**Aktuelles Format Ranking:**

Ingo Kapsch ist Nummer eins der österreichischen Anlegerranwälte!

Im wohl bekanntesten Anwaltsranking Österreichs, jährlich publiziert von der Wochenzeitschrift Format, ist **Ingo Kapsch** als bester Anlegerranwalt des Landes ausgewiesen! „Speziell bei Meisl und Madoff“, so Format, „hat sich Ingo Kapsch mit seinen Kollegen von HLMK einen Namen gemacht.“

Ebenso erfreulich: Im Ranking der österreichischen „Privatstiftungsrechtsprofis“ hat es **Gerhard Hochedlinger** unter die Top 10 gebracht!

Das jährliche Format-Ranking basiert auf einer Umfrage unter Österreichs Rechtsanwälten.

[Link -> Format Anwaltsranking 2011](#)

**Konsumentenschutz:**  
Voraussetzungen für  
Terminsverlust

Hat ein Verbraucher seine gegenüber einem Unternehmer bestehende Schuld in Raten (zB Kreditraten) zu zahlen und wurde zugunsten des Unternehmers ein Terminverlust vereinbart, so darf der Unternehmer gemäß § 13 KSchG davon nur Gebrauch machen, wenn „er selbst seine Leistung bereits erbracht hat, zumindest eine rückständige Leistung des Verbrauchers seit mindestens sechs Wochen fällig ist sowie der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminverlustes und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat.“

Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung wird die gesetzlich geforderte **qualifizierte Mahnung** ihrer Warnfunktion im Allgemeinen nur dann entsprechen, wenn für den Schuldner daraus klar erkennbar ist, wie hoch der Rückstand ist, durch dessen fristgerechte Zahlung er den ihm angedrohten Terminverlust vermeiden kann.

OGH 22.2.2011, 8 Ob 37/10i





### Kartellrecht:

## Zusammenarbeit von Österreich und Russland im Bereich der Wettbewerbspolitik

Am 19.5.2011 ist ein zwischen der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde und dem russischen Antimonopoldienst geschlossenes **Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik** in Kraft getreten. Es regelt vor allem einen behördlichen Informationsaustausch und ist für Unternehmen künftig wohl insofern von Relevanz, falls etwa Zusammenschlussanmeldungen sowohl in Österreich als auch in Russland angemeldet werden müssen.

## OGH lockert Anforderung an die Publizität bei der Forderungsabtretung

Bis dato war strittig, wie bei einer Forderungsabtretung der Buchvermerk in der EDV-Buchhaltung zu setzen ist, um eine wirksame Sicherheit zu begründen. Der OGH hat dies nunmehr in Sinne der Wirtschaft gelöst. Bislang war es für die Gültigkeit nötig, eine aufwendige, fälschungssichere Software zu verwenden, bei der sämtliche Veränderungen nachträglich feststellbar waren. Ab sofort kann auch eine einfachere Software benützt werden. Für die Wirksamkeit der Zession ist nicht mehr die bloße Möglichkeit einer nachträglichen, nicht dokumentierten Beseitigung des Vermerks maßgeblich, sondern, ob tatsächlich eine Veränderung durchgeführt wurde.

Gleichzeitig klärte der OGH eine weitere Zweifelsfrage: Im entschiedenen Fall verwies der Zessionsvermerk auf das Datum des zugrunde liegenden Zessionsvertrages, nicht aber auch auf jenes, zu dem der Zessionsvermerk selbst gesetzt wurde. Die Anführung des Datums der Setzung des Buchvermerks ist nun nicht (mehr) als Wirksamkeitserfordernis anzusehen.

OGH 23.2.2011, 3 Ob 155/10f

## Korruptionsstrafrecht

# UK Bribery Act

Am 1. Juli 2011 ist in **Großbritannien** ein neues Bestechungsgesetz in Kraft getreten. Mit dem Bribery Act wurde ein im internationalen Vergleich außerordentlich strenges Korruptionsstrafrecht erlassen. **Österreichische Unternehmen mit Aktivitäten in England sollten sich mit den Regelungen vertraut machen, denn sie können sich nach dem englischen Gesetz strafbar machen!**



Johannes Marenzi

Für in Großbritannien tätige österreichische Unternehmen sind folgende, überblicksartig dargestellte, Aspekte interessant:

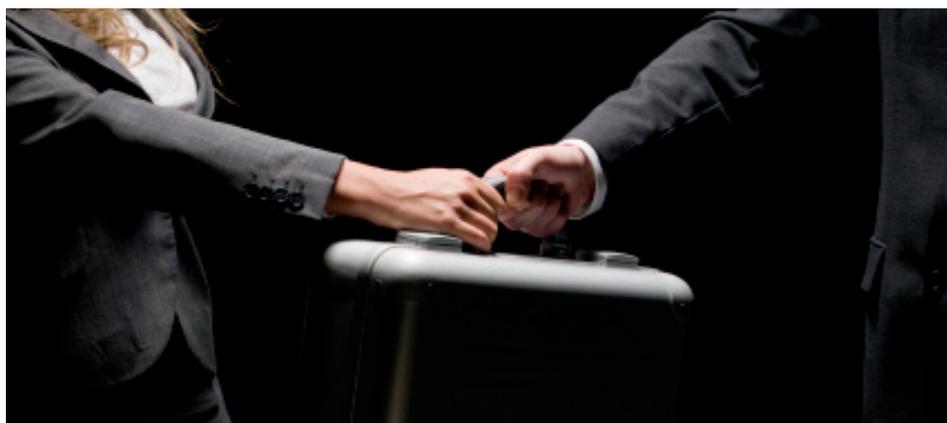
- Das Gesetz sieht einen weiten territorialen Anwendungsbereich vor. So macht sich etwa ein österreichisches Unternehmen für Bestechungen in einem Drittland strafbar, falls das Unternehmen einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt zu Großbritannien hat. Dies trifft auf alle in Großbritannien tätigen Unternehmen zu. Das Geschäft, auf das sich die Bestechung bezieht, muss keinen Bezug zu Großbritannien haben.
- Unternehmen haften für Bestechungen durch ihnen zurechenbare Personen. Mitarbeiter sind dem Unternehmen jedenfalls zuzurechnen; darüber hinaus können aber unter bestimmten Voraussetzungen auch Vermittler, Subunternehmer, Zulieferer, Tochterunternehmen und Joint Ventures die Haftung des Unternehmens begründen.
- Die Haftung für zurechenbare Personen besteht, sofern das Unternehmen nicht nachweisen kann, dass den strengen englischen Standards entsprechende betriebsinterne, risikoadäquate Anti-Korruption

tions-Richtlinien bestanden und gelebt wurden (Beweislastumkehr). Die Anforderungen an die internen Maßnahmen orientieren sich an den konkreten Verhältnissen wie etwa der Unternehmensgröße und dem Korruptionsrisiko (Tätigkeitsbereich, Länderrisiko, Due Diligence in Bezug auf Auswahl der „Gehilfen“ und Geschäftspartner).

Ein nach diesen Grundsätzen eingerichtetes Antikorruptions-Prozedere kann strafmindernd, unter Umständen sogar strafbefreiend wirken.

- Besonders bedenklich ist, dass selbst „corporate hospitality“ d.h. im Geschäftsleben übliche Aufmerksamkeiten und karitative Zuwendungen von den Strafbestimmungen erfasst werden können. Generell verboten sind sogenannte „facilitation payments“, d.h. geringfügige Zahlungen, um (Amts-)Handlungen zu bewirken bzw. zu beschleunigen, auf die bereits ein Rechtsanspruch besteht.
- Das Gesetz stellt Bestechung sowohl im öffentlichen als auch im privatwirtschaftlichen Bereich unter Strafe.
- Bei einer Verurteilung droht Unternehmen eine unbeschränkte Geldstrafe, Privatpersonen bis zu 10 Jahren Haft. Besonders gravierend für (manche) Unternehmen ist die Gefahr des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen.

**Fazit:** Alle in Großbritannien tätigen österreichischen Unternehmen sollten sich eingehend mit den Bestimmungen des Bribery Act vertraut machen. Zudem sollten diese ihre Anti-Korruptions-Richtlinien auf Basis des Bribery Acts über- bzw. – sofern noch nicht vorhanden – ausarbeiten lassen.





## Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen Abberufung als GmbH-Geschäftsführer

Bescheinigung einer konkreten Gefährdung erforderlich!

Dem hier entschiedenen Fall liegt – soweit ersichtlich – folgender Sachverhalt zugrunde: Nach dem Tod des Alleingeschafters einer GmbH wurde der mit dem Verstorbenen eng verbundene und für alle wirtschaftlichen Aktivitäten der GmbH verantwortliche Geschäftsführer von den Erben des vormaligen Eigentümers der Gesellschaft abgesetzt. Nachdem er als Geschäftsführer der GmbH mit Generalversammlungsbeschluss abberufen worden war, begehrte er mit Klage die Feststellung der Unwirksamkeit des Abberufungsbeschlusses. Zur Sicherung des Anspruchs begehrte er darüber hinaus in einem Provisorialverfahren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, damit die Ausführung des Generalversammlungsbeschlusses bis zur rechtskräftigen Erledigung der Klage aufgeschoben werde. Dabei behauptete der Geschäftsführer eine Gefährdung sowohl seiner selbst als auch der beklagten Gesellschaft, zumal im vorliegenden Fall der Geschäftsführer als jene Person angesehen würde, die das Unternehmen mitaufgebaut habe und die für die Kontinuität und den wirtschaftlichen Ruf des Familienunternehmens stehe. Die

Abberufung könne Gefahr in sich bergen, einen Schaden für die beklagte Gesellschaft herbeizuführen, der in der Verunsicherung von Kunden oder Mitarbeitern bestehen könne, was einen negativen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit und das Betriebsergebnis haben und darüber hinaus eine in Geld schwer messbare Beeinträchtigung des Rufs des Unternehmens bewirken könne.

Anders als das erstinstanzliche Gericht wies der OGH die beantragte einstweilige Verfügung mit der Begründung ab, dass eine **bloß abstrakte Gefährdung** (des Geschäftsführers bzw der Gesellschaft) **für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht ausreicht**. Vielmehr hätte der Geschäftsführer eine konkrete Gefährdung glaubhaft machen müssen, welche über eine bloß (theoretische) Möglichkeit von drohenden Nachteilen hinausgeht. Die mangelnde Bescheinigung der (konkreten) Gefährdung der Gesellschaft kann auch durch eine Sicherheitsleistung nicht ersetzt werden.

**OGH 17.12.2010, 6 Ob 230/10g**

### Der knifflige Fall

Z. Zocker und G. Glücksritter besuchen eine Veranstaltung der „Freien Spielgemeinschaft Pyradonis“, bei der den beiden ein neues „Schenkungs-spiel“ vorgestellt wird: Jeder Spieler muss bereits vorhandenen Spielteilnehmern EUR 5.000,00 schenken und bekommt dafür in weiterer Folge, wenn er (vereinfacht gesprochen) genügend weitere Spieler angeworben hat, von letzteren insgesamt EUR 80.000,00 geschenkt. Z und G (sowie auch allen anderen Teilnehmern der Veranstaltung) wird als potenziellen neuen Spielern offen gelegt, dass es sich beim gegenständlichen Spiel um ein sogenanntes „progressives System“ handelt, welches „von der Rechtsprechung als sittenwidrig eingestuft werden kann und ein Totalverlust des Einsatzes möglich ist, wenn in Hinblick nicht genügend Mitspieler bereit sind, am Spiel teilzunehmen.“

Z erklärt sich sofort zur Teilnahme am ihm präsentierten Pyramidenspiel bereit, G hingegen lehnt eine Teilnahme freundlich ab. Als Z einige Wochen später realisiert, dass das System bereits im Stocken ist und dringend neue Mitspieler benötigt werden, versucht er G zur Teilnahme am Spiel zu überreden. Letzteres gelingt Z nach mehreren Anläufen schließlich damit, indem er G – mündlich – zusagt, G schadlos halten zu wollen, wenn er sein eingesetztes Kapital nicht rückerstattet erhalten sollte. Darüber, dass die Spielpyramide bereits im Wanken ist, wird G von Z nicht informiert.

Nun nimmt auch G mit einem Einsatz von EUR 5.000,00 am Spiel teil, hofft er doch insgeheim – abgesichert durch die Zusage der Schadloshaltung durch Z – völlig risikolos doch (noch) zu den Begünstigten des Pyramidenspiels zu gehören. Letztlich erhalten aber weder G noch Z infolge „Zusammenbruchs der Pyramide“ ihren Einsatz retour.

Als nun G von Z die Rückerstattung des von G gesetzten Betrags verlangt, beruft sich Z darauf, dass seine „Garantiezusage“ mangels Schriftform nichtig sei. Außerdem habe G genau gewusst, worauf er sich beim gegenständlichen Pyramidenspiel, welches gemäß § 879 ABGB ein nichtiges Glücksgeschäft sei, aus dem daher G weder Schadenersatz noch Vertragsanfechtung ableiten könne, einlasse. Jedenfalls aber treffe G zumindest ein Mitverschulden.

*Wie sind die Erfolgchancen des G im Falle einer Klagsführung gegen Z?*

## Rückwirkende Bestellung von Geschäftsführern?

Die Bestellung eines Geschäftsführers ist ein zweiseitiger Akt, welcher der Zustimmung des Geschäftsführers bedarf und außerdem in aller Regel mit Pflichten des bestellten Geschäftsführers einhergeht. Eine rückwirkende Bestellung oder eine rückwirkende Änderung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers ist daher nicht möglich. Eine rückwirkende Bestellung eines Geschäftsführers wirkt daher erst mit dem Tag der Beschlussfassung.

**OLG Wien 28.1.2009, 28 R 295/08w**

## Neue Meldepflicht bei Stiftungen!

Durch Artikel 28 Z 1 Budgetbegleitgesetz 2011 wurde der Bestimmung des § 5 PSG, welche den Begriff des Begünstigten der Stiftung (mehr oder weniger genau) definiert, folgender Satz angefügt: „Der Stiftungsvorstand hat den ... Begünstigten dem für die Erhebung der Körperschaftsteuer der Privatstiftung zuständigen Finanzamt unverzüglich elektronisch mitzuteilen.“

Die Einführung dieser neuen gesonderten **Meldepflicht im PSG** geht auf eine Kritik der FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering) zurück. Die Mitteilung ist über FinanzOnline vorzunehmen.

Einige im Zusammenhang mit den Modalitäten der Begünstigtenmeldung strittige Fragen wurden mit **BMF-Information vom 21.6.2011, BMF-010216/0023-VI/6/2011** geklärt. Personen, die etwa nach den Bestimmungen der Stiftungserklärung erst aufgrund einer gesonderten Feststellung, zB mit Beschluss des Stiftungsvorstands, als Begünstigte auserwählt werden, gelten erst ab dieser Feststellung als Begünstigte im Sinne der Meldepflicht; eine so entstehende Begünstigtenstellung ist vom Vorstand binnen 4 Wochen zu melden. Bloß potenziell Begünstigte können, müssen aber nicht gemeldet werden. Für die Vergangenheit sind nur jene Begünstigten zu melden, deren Begünstigtenstellung zum 31.3.2011 noch aufrecht war.

Diese Klarstellungen sind insofern erfreulich, als Stiftungsvorstände, die nicht melden, mit bis zu **EUR 20.000,00 Geldstrafe** je verschwiegenem Begünstigten belangt werden!

## Privatstiftungsrecht: Änderungen durch Gesetzgeber und Judikatur!

# Neues zur Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands

### Budgetbegleitgesetz 2011

Wie bereits berichtet (vgl HLMK-Newsletter 02/2010), hat der Gesetzgeber mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 wesentliche Bestimmungen des Privatstiftungsgesetzes (PSG) novelliert. Insbesondere ist jetzt die langjährige Streitfrage gesetzlich geregelt, dass die in sehr vielen Stiftungen als „fakultative Organe“ eingerichteten **Stiftungsbeiräte mehrheitlich mit Begünstigten besetzt sein dürfen**. Unter bestimmten Voraussetzungen (qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse, etc) ist es sogar denkbar, dass derartige begünstigendominierte Beiräte Mitglieder des Stiftungsvorstands, jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, vorzeitig abberufen können.

Nichts hingegen sagt das Gesetz darüber, ob auch dem Stifter selbst in der Stiftungsurkunde die Kompetenz zuerkannt werden kann, Mitglieder des Stiftungsvorstands vorzeitig abzurufen.

### OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k

Die Frage der Möglichkeit der Bestellung bzw Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch den Stifter hat allerdings kürzlich der OGH weitestgehend bejaht. Jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes können sogar begünstigte Stifter Vorstandsmitglieder abberufen; erst recht kann daher Stiftern in der Stiftungsurkunde die Kompetenz eingeräumt werden, Vorstandsmitglieder der Privatstiftung zu bestellen.

Generell betont aber der OGH gleich mehrfach das Postulat der Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands, indem er ua auch die bis dato im Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage der **Mindestbestelldauer des Stiftungsvorstands** thematisiert und festhält, dass grundsätzlich von einer Mindestbestelldauer von **drei Jahren** auszugehen ist.

[Link → zu ausführlichem Beitrag](#)

# Konkurrenzverbot kann nicht als Grunddienstbarkeit eingetragen werden

**G**runddienstbarkeiten (Realservituten) sind beschränkte dingliche Nutzungsrechte an fremden Immobilien. Als Beispiel sei etwa das Recht des Eigentümers einer Liegenschaft genannt, das Nachbargrundstück zu überqueren oder darauf Leitungen zu verlegen.

Eine (Grund-)Dienstbarkeit besteht aber nur dann, wenn sich die Duldung oder Unterlassung, zu welcher der Eigentümer der belasteten Liegenschaft verpflichtet ist, auf die Nutzung des Grundstücks selbst bezieht. Die Verpflichtung des Eigentümers, auf seiner (in diesem Sinne „belasteten“) Liegenschaft ein bestimmtes Gewerbe nicht auszuüben, kann nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein. Unter Verweis auf seine

ständige Rechtsprechung hat der OGH daher vor etwa einem Jahr ausgesprochen, dass ein vertraglich vereinbartes Verbot der Errichtung und des Betriebs eines Lebensmitteldiskontmarktes nicht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden kann (**OGH 22.6.2010, 5 Ob 62/10v**).

Ganz auf dieser Linie hat der OGH auch etwa ein Jahr zuvor eine vertragliche Verpflichtung, das Betreiben einer Tankstelle auf einer bestimmten Liegenschaft zu unterlassen, als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert, der bloß obligatorischer Charakter zukommt und als lediglich schuldrechtliche Verpflichtung eine Dienstbarkeit nicht begründen kann (**OGH 9.6.2009, 5 Ob 83/09f**).

# Vorsicht bei KFZ-Leasingverträgen!

„Kleingedrucktes“ und AGBs mitunter gröblich benachteiligend...

Ein Rechtsanwalt hatte als Leasingnehmer mehrere Kfz zur Nutzung im Rahmen seiner österreichischen Kanzlei geleast. Nebenbei betrieb er ein Rechtsberatungsunternehmen – keine Anwaltskanzlei im Sinne der österreichischen Rechtsordnung – in der Schweiz. Die dem Leasingvertrag zugrunde liegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers enthielten eine Klausel, wonach dieser zur sofortigen vorzeitigen Auflösung des Leasingvertrags berechtigt sei, wenn der Leasingnehmer sein Geschäft (Unternehmen) aufgibt. Als der Anwalt die Berechtigung zur Ausübung des Anwaltsberufes niederlegte, kündigte der Leasinggeber den Vertrag aus der vorerwähnten Klausel, zog die Fahrzeuge ein und verwertete diese. Dagegen ging der Anwalt gerichtlich vor – allerdings mit wenig Erfolg.

## OGH 3.9.2010, 9 Ob 52/10b

Der OGH hat dazu ausgesprochen, dass die Vertragsgrundlage in der einvernehmlich unterstellten Nutzung des Leasingobjekts für die unternehmerische Tätigkeit besteht, die zur Erreichung des Unternehmenszwecks typischerweise ausgeübt wird. Dies sei die Tätigkeit im Rahmen der Rechtsanwaltskanzlei in Österreich. Diese



Wolfgang Luschin

Tätigkeit sei durch Zurücklegung der Anwaltschaft erloschen. Unbeachtlich sei eine (unternehmerische) Tätigkeit in der Schweiz, da diese keine anwaltliche Tätigkeit darstelle.

## § 879 Abs 3 ABGB als Korrektiv?

**Fazit:** Betreibt ein Unternehmer mehrere Unternehmen und least er für geschäftliche Zwecke ein Fahrzeug (oder andere Mobilien), tut er gut daran, derartige in den AGBs des Leasinggebers enthaltene Klauseln abzulehnen oder aber darauf zu bestehen, dass der Leasinggeber kein außerordentliches Kündigungsrecht erhält, solange der Leasingnehmer überhaupt (irgend)eine unternehmerische Tätigkeit ausgeübt. Wurde der Vertrag allerdings schon mit einer solchen außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit abgeschlossen, so bleibt nur noch der Weg, die Sittenwidrigkeit einer solchen Klausel geltend zu machen. Der OGH musste sich mit der Frage, ob eine derartige Klausel den Leasingnehmer nicht gröblich benachteiligt und damit sittenwidrig iSv § 879 Abs 3 ABGB ist, leider nicht auseinandersetzen: Der Anwalt hatte es nämlich verabsäumt, dazu ein entsprechendes Vorbringen zu erstatten.

## Lösung: Der knifflige Fall

Der diesmalige „knifflige Fall“ ist nahezu identisch mit einer Causa, welche der OGH vor einigen Monaten zu entscheiden hatte (vgl. **OGH 27.1.2011, 2 Ob 202/10k**).

Anders als die Vorinstanzen bejahte dabei der OGH den vom Kläger geltend gemachten Anspruch mit folgender Argumentation: Aus einer bloß mündlichen Garantiezusage als solcher ist für G nichts gewonnen, zumal derartige Zusagen nach ständiger Judikatur wie Bürgschaftserklärungen der Schriftform bedürfen. Ein grundsätzlich formfrei möglicher Schuldbetritt des Z liegt ebenfalls nicht vor, weil nicht ersichtlich ist, welcher (rechtswirksamen) Verbindlichkeit Z beigetreten wäre. Pyramidenspiele sind nämlich verboten und daher nichtig.

Allerdings liegt eine bewusst falsche Beratung durch den Beklagten vor. Gemäß **§ 1300 2. Satz ABGB** haftet ein Ratgeber „für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem andern verursacht hat.“ Eine derartige **wissentlich falsche Auskunft** des Z – der Ratschlag, am Spiel teilzunehmen, ist einer „Auskunft“ iSv § 1300 ABGB gleichzuhalten – liegt nun in der Tat vor. Aufgrund seines Wissens, dass das System bereits ins Stocken geraten war, musste dem Beklagten klar gewesen sein, dass der Kläger als Neueinsteiger keine realistischen Gewinnchancen mehr hatte. Hinsichtlich des von G erlittenen Schadens reicht ein sogenannter **„bedingter Schädigungsvorsatz“** (*dolus eventualis*) aus, dh Z hat nicht nur wissentlich eine falsche Auskunft erteilt, sondern dabei auch in Kauf genommen, dass G aufgrund seiner infolge Auskunftserteilung vorgenommenen „Investition“ ein Schaden entsteht. Z hat demnach in Kauf genommen, dass G sein eingesetztes Geld nicht durch spätere Gewinne aus dem Spiel wieder hereinbringen und so endgültig verlieren werde.

Weil im vorliegenden Fall noch erschwerend hinzukommt, dass Z ein großes Eigeninteresse an der Teilnahme weiterer Spieler hatte und er den ohnehin skeptischen G erst durch seine Rückzahlungszusage (auch wenn diese wie dargelegt keinen selbständigen Verpflichtungsgrund darstellt) für den Fall des Verlustes zur Spielteilnahme motiviert hatte, kann dem G nicht einmal ein ins Gewicht fallendes Mitverschulden zugemessen werden. Z hat daher G den Betrag von EUR 5.000,00 zu ersetzen.

Ob dem Beklagten auch Betrug im Sinne von § 146 StGB zur Last fällt, war in einem Zivilverfahren nicht zu klären.



## HLMK in gbm!

Wie bereits berichtet, ist HLMK einziges österreichisches Mitglied der renommierten IFLA (International Franchise Lawyers Association). In der Mai-Ausgabe des **Global Business Magazine (gbm)** wurde ausführlich über die IFLA und einige deren Mitglieder, darunter HLMK, berichtet.



**Herausgeber, Medieninhaber  
und Verleger:**

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch

Rechtsanwälte GmbH

[www.hlmk.at](http://www.hlmk.at)



Büro Wien: 1010 Wien, Gonzagagasse 19

Büro Linz: 4020 Linz, Mozartstraße 11/7

**Fotos:** Wolfgang Zajc, Lucia Bartl, iStock,

fotolia (M&S Fotodesign – Fotolia.com

Maksim Toome – Fotolia.com

Günter Menzl – Fotolia.com

Benjamin Haas – Fotolia.com)

**Corporate Design:** [www.so-da.at](http://www.so-da.at)

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

Alle Rechte, auch nach § 44 Abs 1 u 2 UrhG, sind vorbehalten. Eine Übernahme von in diesem Newsletter abgedruckten Beiträgen ist nur nach schriftlicher Zustimmung von HLMK gestattet. Gerne sind wir aber auf Anfragen bereit, einzelne Beiträge zum Abdruck in anderen Medien, gegebenenfalls nach entsprechender Überarbeitung, freizugeben.



## Mietrecht

# Befristete Verträge sind stets zu vergebühren!

Mietverträge insbesondere über Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten unterliegen bekanntlich stets dann einer Vergebührung, wenn der betreffende Vertrag schriftlich abgeschlossen wurde, dh wenn der Vertrag sowohl vom Vermieter als auch vom Mieter unterschrieben wurde. Bloß mündlich geschlossene (und – was in der Praxis immer wieder vorkommt – aus Beweisgründen mit Video dokumentierte) Verträge sind nicht zu vergebühren.

Aber Achtung: Soll der **Mietvertrag** von vornherein **befristet** eingegangen werden, bedarf es gemäß § 29 MRG zwingend eines **schriftlichen Vertrags**, wobei bei Wohnungen (anders als bei Geschäftsräumlichkeiten) die Befristung **mindestens drei Jahre** zu betragen hat!

### Aktuelle Judikatur zur Befristung bzw zum Schriftformgebot

In diesem Zusammenhang interessant sind zwei vom OGH vor nicht allzu langer Zeit ergangene Entscheidungen.

#### OGH 20.12.2010, 5 Ob 208/10i:

Obwohl die Bestimmung des § 29 MRG grundsätzlich erfordert, dass ein befristeter Mietvertrag am Ende des Textes so-

wohl vom Vermieter als auch vom Mieter unterzeichnet ist, ließ der OGH im gegenständlichen Fall eine Befristung in einer Vereinbarung gelten, die vom Mieter auf der ersten Seite und am Ende des Vertragstextes, vom Vertreter des Vermieters hingegen bloß auf der ersten Seite – auf der sich allerdings die Befristungsregelung fand – unterfertigt wurde: Da die für beide Seiten bestehende Beweisfunktion und die nur auf Seite des Mieters bestehende Aufklärungs- und Warnfunktion des Schriftformerfordernisses gewahrt erscheinen, ist die Befristungsvereinbarung formgerecht zustande gekommen.

Zudem hielt das Höchstgericht fest, dass ein mündliches Vollmachtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dessen Vertreter für den Abschluss eines befristeten Vertrags ausreicht.

#### OGH 24.1.2011, 5 Ob 184/10k:

Der vermeintliche „Trick“, eine gesetzwidrige Befristung eines Mietverhältnisses (zB 2 Jahre für Wohnungen) durch eine vom Mieter vor oder bei Mietvertragsabschluss eingegangene Räumungsverpflichtung zum unzulässigen Endtermin zu umgehen, wurde vom OGH für unwirksam erklärt.