

# Newsletter

02 2019



## 10 Jahre HLMK!

„Wann immer du ein erfolgreiches Geschäft siehst,  
hat jemand einmal eine mutige Entscheidung getroffen.“  
Peter F. Drucker (1909 – 2005)

### INHALT

- 01 10 Jahre HLMK!
- 02 OGH verbietet Diskriminierung von Frauen im Gesellschaftsvertrag
- 02 Elektronische Abfrage von Exekutionen
- 03 UWG-Novelle: Neuregelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
- 03 Der knifflige Fall
- 04 Aktienrecht: Rücktritt eines Vorstandsmitglieds
- 04 Nachforschungspflichten des Maklers
- 05 Privatstiftung: Keine Übertragung der Kunstsammlung infolge formungültigen Notariatsakts!
- 05 Kreditschädigung: Verbreitung unwahrer Tatsachen im Internet
- 05 Vertragsstrafen: OGH zur Ausübung des richterlichen Mäßigungsrechts
- 06 Verbotene Einlagenrückgewähr: Verdeckte Gewinnausschüttungen an Begünstigte einer Privatstiftung?
- 06 Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie
- 06 Einlagenrückgewähr: Rückforderung ohne Gesellschafterbeschluss
- 07 EU-Recht: Brexit und Rechtsfolgen
- 07 Lösung: Der knifflige Fall
- 08 Impressionen: 10 Jahresfeier HLMK
- 10 Arbeitsrecht: Konventionalstrafen für den Fall der gemeinsamen Abwerbung von Mitarbeitern  
Keine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers zur Aufklärung über Arbeitnehmerrechte
- 11 Was sagt der „Trend“? Wieder Spitzennennungen für HLMK!
- 11 Impressum
- 11 Das Letzte: Unfall am Restaurant-WC

Es war ein großes Fest! Im Rahmen eines stimmungsvollen und informativen Abends im Palais Wertheim durften wir mit Ihnen – also mit Mandanten, Kooperationspartnern und Freunden von HLMK – das **10jährige Jubiläum unserer Kanzlei** feiern. Den ausschließlich erfreulich positiven Rückmeldungen zufolge können wir zufrieden sein, dass Sie einen unvergesslichen Abend genossen haben.

Ebenso erfreulich waren für uns die Medienberichte (ua in der Presse, im Trend und im Kurier) über unsere offenbar wirklich gelungene Veranstaltung.

Anlässlich unserer Feier haben wir Sie ja nicht nur über die Philosophie von HLMK sowie über traditionelle und neue fachliche Schwerpunkte unserer Kanzlei (wie etwa den von Monika Ploier intensiv betreuten Bereich des Gesundheits- und Medizinrechts) informiert, sondern Ihnen auch unsere **neue Website [www.hlmk.at](http://www.hlmk.at)** präsentiert. Wie hoffen, das überarbeitete Design überzeugt Sie ebenso wie der

etwas adaptierte, nunmehr auch für Mobilgeräte kompatible Aufbau der Website.

Dem Relaunch unseres Internetauftritts folgend haben wir auch unseren Newsletter grafisch angepasst. Die inhaltliche Richtung des HLMK-Newsletters bleibt freilich unverändert.

Wie bisher informieren wir Sie zwei bis drei Mal jährlich über aktuelle Entscheidungen und neue Gesetze aus der weiten Welt des Wirtschaftsrechts. Auch der traditionelle „Knifflige Fall“ und die beliebte Rubrik „Das Letzte“ bleiben Bestandteil unseres Newsletters.

Außerdem finden in dieser Ausgabe auf den Seiten 8 und 9 einige Fotos von unserer Feier!

Gerhard Hochedlinger  
Wolfgang Luschin  
Johannes Marenzi  
Ingo Kapsch  
Paul Höntschn  
Monika Ploier



SEIT 1.1.2019 WIEDER MÖGLICH:

## Elektronische Abfrage von Exekutionen

Seit 1.1.2019 können **anwaltlich vertretene Gläubiger** zur Beurteilung, ob sie einen Rechtsstreit oder ein Exekutionsverfahren gegen einen Schuldner einleiten sollen, wieder – allerdings unter Bedachtnahme gewisser Restriktionen – **Einsicht in das Exekutionsregister** nehmen. Dabei hat der Gläubiger seine Forderungen ebenso wie berechnete Zweifel an der Bonität des Schuldners zu bescheinigen.

Im Zuge der Abfrage mitgeteilt werden im Wesentlichen **die gegen den Schuldner derzeit anhängigen Exekutionsverfahren** (Exekutionsgericht, Höhe der betriebenen Forderung, ergebnislose Vollzugsversuche, etc.). Die Verrechnungsstellen haben die Abfragen zu protokollieren sowie die abfragende Person und den Zeitpunkt der Abfrage festzuhalten.

Die im Zuge der Abfrage erlangten **Daten sind besonders geschützt**, müssen gesondert aufbewahrt und spätestens nach einem Jahr vernichtet werden.

Eine ähnliche – etwas großzügigere – Regelung zur Abfrage beim Exekutionsregister hatte es bereits bis zum Jahr 2009 gegeben. Diese wurde aber aufgrund datenschutzrechtlicher Bedenken aufgehoben, insbesondere deswegen, weil Unternehmen das Exekutionsregister gewerbsmäßig für Bonitätsauskünfte genutzt hatten.



MITTELBARE WIRKUNG VON GRUNDRECHTEN:

# OGH verbietet Diskriminierung von Frauen im Gesellschaftsvertrag

**D**rei Männer, alle samt Holzindustrielle, hatten **im Jahr 1963 eine Kommanditgesellschaft gegründet** und in deren Gesellschaftsvertrag zur Anteilsabtretung unter Lebenden festgehalten, dass eine (ansonsten bei Personengesellschaften erforderliche) Zustimmung zur Übertragung dann nicht erforderlich ist, wenn es sich beim Anteilserwerber um einen **männlichen Nachkommen eines Gesellschafters** handelt. Für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters wurde die Regelung getroffen, dass „dessen gesetzliche männliche Erben“ in seine Rechte und Pflichten eintreten und die Gesellschaft mit diesen fortgesetzt wird.

**„Nur Söhne sollen Gesellschafter werden“**

Nachdem der Komplementär der Gesellschaft in den Jahren 2016 und 2017 seine Mitgesellschafter **vergeblich um Zustimmung zur Anteilsübertragung an seine Tochter** (als künftige Erbin seines Gesellschaftsanteils) gebeten hatte, begehrte dieser die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der frauendiskriminierenden Klauseln im Gesellschaftsvertrag.

Die Gerichte hatten also zu entscheiden, ob das **verfassungsgesetz-**



Monika Ploier

**liche Gleichbehandlungsgebot** mittelbar auch auf Gesellschaftsverträge Anwendung findet, bejahendenfalls ob dieses den aus dem Eigentumsrecht abgeleiteten **Grundsatz der Privatautonomie** durchbricht.

**OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h**

Der OGH bejahte dabei die **Nichtigkeit der im vorliegenden Gesellschaftsvertrag enthaltenen frauendiskriminierenden Bestimmungen**; dies obwohl nach Auffassung des Höchstgerichts die strittigen **Klauseln zum Zeitpunkt der Errichtung der Gesellschaft** – bis Ende 1975 galt in Österreich in familienrechtlicher Hinsicht ein patriarchalisches Modell – **nicht gegen die guten Sitten im Sinne des § 879 ABGB verstießen**.

Ein Vertragspartner kann nämlich ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, auch dann anfechten, wenn er dies bei Vertragsabschluss gewusst und dennoch keinen Vorbehalt gemacht hat. Umso mehr muss dies lt OGH dann gelten, wenn nicht ursprüngliche Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, sondern eine solche vorläge, würde die privatrechtliche Vereinbarung erst heute geschlossen.

**UWG-NOVELLE:**

# Neuregelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Regelmäßig lassen Unternehmen ihre Ideen durch gewerbliche Schutzrechte (zB als Patent oder Gebrauchsmuster) absichern. Ein solcher Schutz ist aber mitunter mit erheblichen Kosten verbunden.

Als **Alternative zu diesen Registerschutzrechten** bietet sich in manchen Fällen der **Schutz als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis** im Rahmen des UWG an. Ein solcher Schutz ist zwar im Gegensatz zu Patenten nicht absoluter Natur (dh dass zB ein Dritter, der durch Rückbau eines Produktes Informationen zum Geschäftsgeheimnis erhält („reverse engineering“), diese in aller Regel rechtmäßig erworben hat und sie im Geschäftsverkehr nützen kann); gelingt hingegen die Geheimhaltung der sensiblen Information, wirkt der **Schutz als Geschäftsgeheimnis** im Gegensatz zum Patent theoretisch **zeitlich unbegrenzt**. Die „Coca-Cola Formel“ etwa wurde und wird auf diese Weise länger als jedes Patent geschützt.

Gewisses Know-how (wie etwa Marktanalysen, Kunden- und Lieferantendaten) schließlich kann nur als Geschäftsgeheimnis (und nicht auch als Patent odgl) gesichert werden. Dieser Schutz von Geschäftsgeheimnissen hat mit einer kürzlich in Kraft getretenen **UWG-Novelle** erhebliche Neuerungen erfahren.

Die Frage, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt, ist nun nicht länger mehr oder weniger ausschließlich vom subjektiven Geheimhaltungswillen des Unternehmers abhängig; vielmehr müssen mehrere Merkmale kumulativ vorliegen: Die betreffende, **nicht allgemein zugängliche Information** muss vom Unternehmer **bewusst geheim gehalten** werden, einen gewissen **kommerziellen Wert** haben, und darüber hinaus „Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen **Geheimhaltungsmaßnahmen**“ sein (§ 26b UWG).

Mit anderen Worten: Ein Geschäftsgeheimnis, mag es noch so vertraulich und wirtschaftlich relevante Fakten enthalten, ist jetzt nicht mehr geschützt,



Paul Höntsch

wenn das betreffende Unternehmen keine Schritte zu seinem Schutz gesetzt hat. Welche konkreten Maßnahmen dabei zu treffen sind, hängt naturgemäß von den Umständen des Einzelfalls ab. Zu denken ist etwa an die Erstellung einer Liste der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, an die daran knüpfende Etablierung entsprechender **IT- oder sonstige Sicherheitsmaßnahmen** (wie zB spezielle Zugangsregelungen oder Verbote von Kameras und Mobiltelefonen an bestimmten Orten) zum Schutz des Know-how, an Mitarbeitergespräche zur Sensibilisierung für die Vertraulichkeit gewisser Informationen, etc.

## Dokumentationsaufwand zur Sicherung von Geschäftsgeheimnissen

Trotz dieses künftighin vermehrten Aufwands sind die in Umsetzung der **EU-Richtlinie 2016/943/EU über den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** ergangenen neuen Regeln zum Geheimnisschutz gesamt gesehen zu begrüßen. Viele Fälle der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen blieben nämlich bisher deswegen ungeahndet, weil zur Begründung einer Klage wegen Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses eben dieses offenzulegen war. Nunmehr muss im Wesentlichen nur noch das Vorliegen eines Geheimnisses behauptet und dieses lediglich soweit offengelegt werden, als sich der Anspruch daraus schlüssig ableitet.

## Prozessuale Erleichterungen zur Durchsetzung von Ansprüchen

Das Gericht hat Maßnahmen zu treffen, dass der **Verfahrensgegner sowie sonstige Personen keine Informationen über das Geschäftsgeheimnis erhalten**, etwa indem die Offenlegung des behaupteten Geschäftsgeheimnisses nur gegenüber einem vom Gericht bestellten Sachverständigen erfolgt. Vertrauliche Dokumente werden nun vom Gericht in einem gesonderten Aktenteil geführt, der weder dem Gegner noch Dritten zugänglich ist.



## Der knifflige Fall

Herr Pichler ist **Pächter einer Tankstelle** und (ausschließlich) dort berechtigt, im Namen und auf Rechnung der A AG **Autobahnvignetten** zu vertreiben. Nachdem der Pachtvertrag zum Betrieb seiner Tankstelle nicht verlängert wurde und zum 31.7.2016 auslief, vermeinte Herr Pichler seinen Agenturvertrag mit der A AG zum Vertrieb von Vignetten aufkündigen zu müssen. Mit E-Mail vom 15.6.2016 teilte daher Herr Pichler mit, seinen Vertriebsvertrag zum 31.7.2016 kündigen zu wollen.

Weil der Pächter wenige Tage darauf von seinem Rechtsvertreter dahingehend aufgeklärt wurde, dass ihm bei Selbstkündigung des Handelsvertretervertrags zur Vermittlung von Vignettenverkäufen kein Ausgleichsanspruch von der A AG für den von ihm für diese aufgebauten Kundenstock zusteht, erklärte Herr Pichler mit E-Mail vom 28.6.2016 „den **Widerruf der Kündigung aufgrund Irrtums und da diese nicht der vertraglichen Kündigungsbestimmung entspricht**“. In der Tat sah der Vertrag zum Vertrieb der Vignetten eine Kündigung „mit eingeschriebenem Brief“ sowie eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vor.

Am 1.8.2016 stellte Herr Pichler, nachdem dieser ja nicht mehr Tankstellenpächter war, den Vertrieb der Vignetten ein und beehrte von der A AG einen Ausgleichsanspruch, was diese allerdings ablehnte. Der Rechtsvertreter von Herrn Pichler belangte daraufhin die A AG gerichtlich und führte in seiner Klagschrift aus, dass seinem Mandanten für die gegenständlich vorliegende „**Vertragsbeendigung durch einvernehmliche Auflösung sehr wohl ein Ausgleichsanspruch**“ zustünde. Jedenfalls hätte Herr Pichler nicht rechtswirksam gekündigt; sollten die Gerichte nicht von einer einvernehmlichen Vertragsbeendigung ausgehen, stünde seinem Klienten ein Ausgleichsanspruch zu, weil er nun „einfach keine Geschäfte mehr für die A AG vermitteln.“

Wie ist die Rechtslage? Lösung Seite 7!




**MAKLERRECHT:**

## Wie weit gehen Nachforschungspflichten des Maklers?

Mit der Frage, ob ein Makler wichtige Informationen seines Auftraggebers überprüfen muss, bevor er diese an Kaufinteressenten weitergibt, hatte sich kürzlich der OGH zu beschäftigen.

Der Auftraggeber hatte einen Makler mit dem Verkauf eines bereits älteren Hotels mandatiert, wobei der **Makler** bei seinem Auftraggeber diverse Informationen einholte und in diesem Zusammenhang auch **fragte, ob „die Baugenehmigungen passen“** würden. Dies bejahte der Auftraggeber ausdrücklich.

### Fehlende Baubewilligung!

Der Makler fand einen Käufer für das Hotel, der nach Durchführung des Kaufvertrags jedoch feststellen musste, dass es sich gegenständlich um einen „Schwarzbau“ handelte.

Der Käufer klagte daraufhin den Makler auf Schadenersatz und verneinte, der Makler hätte die Pflicht gehabt, den Käufer über die fehlenden Baubewilligungen zu informieren.

Die Gerichte teilten indes die Auffassung des Klägers nicht und führten aus, dass Makler **grundsätzlich nicht für die Richtigkeit einer bloß weitergegebenen Information eines Dritten haften**, es sei denn, es bestünde für den Makler konkrete Veranlassung, an der Richtigkeit der Auskunft zu zweifeln. Letzteres war aber gegenständlich nicht der Fall.

OGH 24.1.2019, 9 Ob 96/18k


**AKTIENRECHT:**

# Rücktritt eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund?

Nach einhelliger Auffassung kann ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund vorzeitig sein Amt niederlegen. Die Rücktrittserklärung muss gegenüber dem Aufsichtsrat abgegeben werden.



Wolfgang Luschin

## Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit als Voraussetzung für den Rücktritt aus wichtigem Grund

Die Frage, wann ein wichtiger Grund vorliegt, der dem Vorstandsmitglied die weitere Zusammenarbeit unzumutbar macht, lässt sich regelmäßig nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls beurteilen.

Im entscheidungsgegenständlichen Fall hatten die Aktionäre die Satzung der Gesellschaft dahingehend geändert, dass – neben der Bestellung von ein oder zwei Vorstandsmitgliedern wie bisher – künftighin auch die Bestellung eines weiteren, also eines dritten Vorstandsmitglieds möglich sein soll.

### Unzumutbare Satzungsänderung?

Der Vorsitzende des bislang aus zwei Personen bestehenden Vorstands erachtete eine solche Satzungsänderung für

unzumutbar, und zwar im Hinblick auf sein ihm nach § 70 Abs 2 AktG zustehendes **Dirimierungsrecht**, wonach bei Stimmengleichheit im Vorstand die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt. Nur bei einem zweiköpfigen Vorstand kann der Vorstandsvorsitzende nie überstimmt werden.

### OGH 27.2.2019, 6 Ob 29/19m

In seiner Entscheidungsbegründung verwies der OGH auf prominente Literaturstimmen, welche ein **Dirimierungsrecht bei einem aus bloß zwei Mitgliedern bestehenden Vorstand ohnehin für problematisch** erachteten, weil dies letztlich auf eine Über- und Unterordnung innerhalb des Vorstands hinauslaufe. Wenn also nun die Aktiengesellschaft ihre Satzung dahingehend änderte, dass ein drittes Vorstandsmitglied bestellt werden konnte, werde damit im Ergebnis letztlich den in der Lehre geäußerten Bedenken Rechnung getragen.

Nicht hingegen kann eine solche Satzungsänderung für den bisherigen Vorstandsvorsitzenden eine „Unzumutbarkeit der Fortsetzung seiner Tätigkeit als Vorstand“ bedeuten.

**PRIVATSTIFTUNG:**

# Keine Übertragung der Kunstsammlung infolge formungültigen Notariatsakts!

Wenige Tage vor seinem Ableben hatte ein renommierter Künstler im Krankenhaus unter Beisein eines Notars eine Privatstiftung errichtet, um dieser seine Kunstsammlung zu übertragen. Ziel der Stiftungserrichtung war einerseits die angemessene Versorgung der Kinder des Künstlers, andererseits der Erhalt und die professionelle Verwaltung seiner Kunstwerke.



Ingo Kapsch

**Notariatsakts** fest, wobei die Frage der Geschäftsfähigkeit des Stifters wenige Tage vor seinem Ableben dahingestellt bleiben konnte.

Bei einer Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 lit d Not-AktsG) und bei einer Widmung von Vermögen in einer Stiftungserklärung (§ 39 PSG) ist nämlich ein Notariatsakt zu errichten.

## Schenkungsgegenstand war bloß Beilage zum Notariatsakt!

Ein solcher Notariatsakt wurde zwar im vorliegenden Fall aufgenommen, jedoch wurden die gewidmeten Vermögensgegenstände und damit der eigentliche Inhalt des Geschäfts (§ 68 Abs 1 lit e NO) nur in einer – vom Notar nicht verlesen – Beilage zum Notariatsakt angeführt, was vom OGH als nicht ausreichend erachtet wurde.

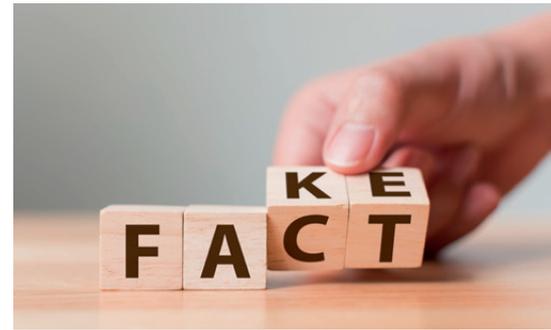
Die rund 1.300 Kunstwerke stehen daher nicht der vom Künstler errichteten Stiftung, sondern seinen (minderjährigen) Kindern zu.

## Anfechtung durch die Erben

Dieser Rechtsakt wurde nach dem Ableben des Künstlers von dem zur Vertretung des Nachlasses eingesetzten Kurator angefochten. Insbesondere hatte dieser Zweifel, ob der bereits schwer kranke Stifter so kurz vor seinem Tod überhaupt noch die Tragweite seiner Handlungen erkennen konnte. Das Gericht sollte prüfen, ob der womöglich überhastet vorbereitete Rechtsakt unwirksam ist.

## OGH 30.10.2018, 2 Ob 13/18b

Nach jahrelangem Rechtsstreit stellten die Gerichte die **Unwirksamkeit des No-**


**KREDITSCHÄDIGUNG:**

## Verbreitung unwahrer Tatsachen im Internet

Der Tatbestand der **Kreditschädigung nach § 1330 ABGB** liegt vor, wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und der Verbreiter diese Behauptungen die Tatsache ihrer Unwahrheit kannte oder kennen musste.

Nach Rechtsprechung des OGH ist der Tatbestand des „Verbreitens“ einer solchen Äußerung erfüllt, wenn diese von einer Website abrufbar ist, und zwar auch dann, wenn sie aus der jeweils aktualisierten Seite der **Website in deren Archiv verschoben** wurde, von welcher ein Download nur kostenpflichtig möglich ist.

## OGH 21.9.2018, 3 Ob 132/18k

**VERTRAGSSTRAFEN:**

## OGH zur Ausübung des richterlichen Mäßigungsrechts

Vereinbarte Konventional- oder Vertragsstrafen unterliegen einem richterlichen Mäßigungsrecht. Die Ausübung dieses Mäßigungsrechts kann nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalls erfolgen.

Dabei stellt die **Höhe des tatsächlichen Schadens** zwar das primäre Mäßigungskriterium dar, doch soll die Konventionalstrafe auch ideelle Nachteile abdecken und auf den Verpflichteten einen gewissen Erfüllungsdruk ausüben.

Im **Arbeitsrecht** sind bei der Beurteilung, ob die vereinbarte Konventionalstrafe überhöht ist, auch Kriterien wie die **wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmers**, seine Einkommensverhältnisse sowie Vermögensverhältnisse ebenso wie Art und Ausmaß seines Verschuldens an der Vertragsverletzung zu berücksichtigen.

Die Beweislast für die Unbilligkeit einer vereinbarten Konventionalstrafe trifft denjenigen, der zur Zahlung dieser Pönale verpflichtet ist.

## OGH 30.10.2018, 9 ObA 97/18g


**BÖRSENNOTIERTE GESELLSCHAFTEN:**
**Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie**

Im Mai 2017 wurde die **Aktionärsrechte-Richtlinie (EU) 2017/828** beschlossen, die bis 10.6.2019 in nationales Recht umzusetzen ist. In diesem Sinne sollen va das **AktienG** und das **BörseG** geändert werden.

Kernstück der Gesetzesnovelle ist, dass auch börsennotierte Gesellschaften in den Stand versetzt werden, ihre Aktionäre zu kennen („**know your shareholder**“). Va Banken als Intermediäre haben künftig der Gesellschaft die Daten der Aktionäre offenzulegen. Bestimmte Transaktionen der Gesellschaft mit Aktionären und Organmitgliedern („**related party transactions**“) müssen nun im Vorfeld vom Aufsichtsrat genehmigt werden. Auch eine Pflicht zur Veröffentlichung des wesentlichen Inhalts dieser Geschäfte wird eingeführt.

Schließlich ist die Hauptversammlung mit der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat zu befassen („**say on pay**“). Der Aufsichtsrat hat der Hauptversammlung zumindest alle vier Jahre die Vergütungspolitik darzulegen.

**EINLAGENRÜCKGEWÄHR:**
**Rückforderung ohne Gesellschafterbeschluss**

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind nichtig und seitens der Gesellschaft vom betreffenden Gesellschafter zurückzuverlangen. Dazu bedarf es lt OGH keines Gesellschafterbeschlusses. Der Beschlussfassung der Gesellschafter einer GmbH unterliegen gemäß § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die der Gesellschaft aus der Errichtung oder Geschäftsführung gegen die Geschäftsführer, deren Stellvertreter oder den Aufsichtsrat zustehen, sowie die Bestellung eines Vertreters zur Prozessführung, wenn die Gesellschaft weder durch die Geschäftsführer noch durch den Aufsichtsrat vertreten werden kann.

Die **Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen gemäß § 83 GmbHG** wegen Leistungen der Gesellschaft, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen haben, **bedarf keines vorausgehenden Gesellschafterbeschlusses** nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG.

**OGH 24.1.2019, 6 Ob 219/18a**


**VERBOTENE EINLAGENRÜCKGEWÄHR:**

# Verdeckte Gewinnausschüttungen an Begünstigte einer Privatstiftung?

Nach § 82 GmbHG haben die Gesellschafter einer GmbH lediglich Anspruch auf den sich nach dem Jahresabschluss ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags von der Verteilung ausgeschlossen ist.

Von solchen Gewinnausschüttungen abgesehen, ist (außerhalb der Liquidation der Gesellschaft) jede Leistung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und folglich das Vermögen der Kapitalgesellschaft wirtschaftlich verringert, verboten (sog. „Einlagenrückgewähr“).

**Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften**

Die Einräumung eines **lebenslangen unentgeltlichen Wohnungsgebrauchsrechts an einem im Eigentum der Gesellschaft stehenden Penthouse** durch die GmbH an Gesellschafter stellt daher grundsätzlich einen Verstoß gegen besagte Kapitalerhaltungsvorschriften dar.

**OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x**

Im Streitgegenständlichen Fall waren es allerdings nicht (unmittelbar) die Gesellschafter, welche ein derartiges unentgeltliches **Wohnungsnutzungsrecht** für sich in Anspruch nahmen, sondern **Begünstigte**

einer Privatstiftung, die **Gesellschafterin der GmbH** war.

**Einfluss der Begünstigten auf die Privatstiftung**

Weil nun diese Begünstigten insbesondere als Mitglieder des Stiftungsbeirats, der zur Bestellung des Stiftungsvorstands berechtigt war, faktisch großen

Einfluss auf die Stiftung hatten und nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene **Zuwendungen der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten** dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen, wurde das Streitgegenständliche Wohnungsgebrauchsrecht als unzulässig angesehen. Die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG dürfen schließlich auch nicht durch Zwischenschaltung einer Privatstiftung unterlaufen werden.

Rechtsfolge war im Übrigen nicht bloß die von den Beklagten hilfsweise vorgebrachte Teilnichtigkeit (im Sinne eines Wegfalls bloß der Unentgeltlichkeit) des eingeräumten Wohnungsgebrauchsrechts, sondern die **gänzliche Nichtigkeit des Vertrags**, mit welchem den Stiftungsbegünstigten die Nutzung der im Eigentum der GmbH stehenden Luxuswohnung gestattet wurde.



Gerhard Hochedlinger

## EU-RECHT:

# Brexit und Rechtsfolgen

Das Personalstatut von Gesellschaften, die im Ausland gegründet wurden, jedoch in Österreich den tatsächlichen Sitz der Geschäftsführung haben, wird grundsätzlich nach § 10 IPRG beurteilt. Die in dieser Bestimmung normierte **Sitztheorie** wird allerdings europarechtlich von der Niederlassungsfreiheit



Johannes Marenzi

durchbrochen. Die Rechtspersönlichkeit einer zB in Deutschland errichteten GmbH, die aber ihren tatsächlichen (Verwaltungs-)Sitz in Österreich hat, wäre folglich zwar grundsätzlich nach österreichischem Recht zu beurteilen; weil aber Deutschland und Österreich Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind, ist deutsches Recht für die Beurteilung des Personalstatuts dieser in Deutschland gegründeten Gesellschaft maßgeblich: Die in Deutschland errichtete **juristische Person macht von der europarechtlichen Personenfreizügigkeit Gebrauch** und lässt sich gleichsam – als noch immer deutsche Rechtsperson (dh dt GmbH) – in Österreich nieder.

## Personalstatut von „pseudo foreign companies“

Wie aber ist die Rechtslage für englische **Private Limited Companies**, die nach der Gründung ihren faktischen **Sitz nach Österreich** verlegt haben?

Ohne entsprechende gesonderte Regelung in einem Austrittsvertrag („**No-Deal-Brexit**“) wäre das österreichische IPRG nicht mehr von europarechtlichen Vorgaben überlagert; das Personalstatut solcher „österreichischen Limiteds“ wäre demnach nach österreichischem Recht zu beurteilen. Weil aber das österreichische Recht keine Limited kennt, müsste diese –

je nach dem, ob sie einen oder mehrere Gesellschafter hat – als Einzelunternehmen bzw Gesellschaft bürgerlichen Rechts (mit entsprechenden Haftungsfolgen!) qualifizieren werden.

## Brexit-Begleitgesetz 2019

Um genau diese Rechtsfolgen abzufedern, wurde im März das

**Brexit-Begleitgesetz 2019** beschlossen, das im Falle eines ungeordneten Austritts des Vereinigten Königreichs in Kraft tritt und eben dargestellten „österreichischen Limiteds“ **bis 31.12.2020** weiterhin als **britische Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit** anerkennt.

## Vollstreckbarkeit von Urteilen?

Ohne EU-Austrittsvereinbarung problematisch werden des Weiteren insbesondere die in zahlreichen zwischen Vertragsparteien geschlossenen Verträgen **vereinbarten Gerichtsstandsklauseln**, welche für den Fall von Rechtsstreitigkeiten die **Zuständigkeit der englischen Gerichte** vorsehen. Nachdem diejenigen **europarechtlichen Bestimmungen**, welche die **Vollstreckbarkeit von Urteilen** eines jeden Gerichts eines Mitgliedsstaats im gesamten EU-Raum gewährleisten, nicht mehr anwendbar wären, wäre künftighin eine Entscheidung eines englischen Gerichts in Österreich nicht mehr viel wert, wenn dieses Urteil hierzulande nicht mehr vollstreckt werden kann.

Umgekehrt wäre die Vollstreckbarkeit von Entscheidungen österreichischer Gerichte im Vereinigten Königreich nicht länger gewährleistet. Eine zeitgerechte Anpassung derartiger Verträge muss daher angeraten werden.



## Lösung: Der knifflige Fall

Genau mit dem hier geschilderten Sachverhalt hatte sich vor wenigen Monaten der Oberste Gerichtshof zu befassen.

Gemäß § 24 HVertG steht einem **Handelsvertreter** bei Beendigung des Handelsvertretervertrags grundsätzlich – unter anderem auch **bei einvernehmlicher Vertragsbeendigung!** – ein **Ausgleichsanspruch** zu, dh er erhält für den von ihm aufgebauten Stammkundenstock eine Entschädigung.

Ein solcher **Ausgleichsanspruch** steht dem Handelsvertreter hingegen insbesondere in aller Regel **dann nicht zu, wenn er das Vertragsverhältnis selbst gekündigt hat**.

Die frist- und formwidrige Kündigung des Handelsvertreters wertete der OGH als vom Handelsvertreter gewollte Vertragsbeendigung. Die gegenständliche **Willensübereinstimmung zur Verkürzung der Kündigungsfrist allein bewirkt im Zweifel noch keine einvernehmliche Auflösung des Vertragsverhältnisses**.

Der **Vertriebsvertrag endete gleichanspruchsvernichtend infolge Kündigung durch Pächter Pichler**. Eine Vertragskündigung ist mit dem Zeitpunkt des Zugangs an den Erklärungsempfänger wirksam und kann einseitig nicht mehr widerrufen werden.

Überhaupt kam es für den OGH im vorliegenden Fall entscheidend darauf an, **wessen Sphäre der Kündigungsgrund zuzurechnen** ist. Nachdem Pächter Pichler gemäß den Bestimmungen des mit der A AG geschlossenen Vertrags die Autobahnvignetten nur an der gepachteten Tankstelle vertreiben durfte und dies Pächter Pichler nach Beendigung des Tankstellenpachtvertrags nicht länger konnte, liegt der Beendigungsgrund in der Sphäre des Tankstellenpächters.

Soweit der Rechtsvertreter von Herrn Pichler im Rechtsstreit hilfsweise argumentierte, dass der Vertrag zum Vertrieb der Vignetten überhaupt nie aufgekündigt worden sei, sondern „einfach keine Geschäfte mehr für die A AG abgeschlossen“ werden, hielt der OGH dieser Argumentation entgegen, dass diesfalls Herr Pichler mangels Beendigung des Vertriebsvertrags erst recht kein Ausgleichsanspruch zustünde.

OGH 27.2.2019, 7 Ob 92/18g



IMPRESSIONEN:

# 10 Jahresfeier HLMK






**ARBEITSRECHT:**

## Keine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers zur Aufklärung über Arbeitnehmerrechte

Dem hier höchstgerichtlich entschiedenen Fall lag die Beschwerde einer Arbeitnehmerin zu Grunde, ihr (vormaliger) Arbeitgeber hätte seine Fürsorgepflichten verletzt, weil er die Arbeitnehmerin bei Inanspruchnahme der Mutterkarenz nicht darüber informiert hatte, bis wann die Arbeitnehmerin während der in Anspruch genommenen Mutterkarenz zu kündigen habe, um Abfertigungsansprüche nicht zu verlieren.

Der OGH führte aus, dass es keine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers gibt, den Arbeitnehmer über seine Arbeitnehmerrechte aufzuklären. Insbesondere ist der **Arbeitgeber nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer über allfällige nachteilige Rechtsfolgen einer Arbeitnehmerkündigung aufzuklären.**

Anderes könnte ausnahmsweise etwa dann gelten, wenn der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber eine entsprechende konkrete Frage richtet. Das war aber gegenständlich unbestrittenermaßen nicht der Fall.

OGH 17.5.2018, 9 ObA 26/18s


**ARBEITSRECHT:**

## Konventionalstrafen für den Fall der gemeinsamen Abwerbung von Mitarbeitern

Mehrere Mitarbeiter eines Unternehmens waren nach den Bestimmungen ihres Dienstvertrags unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe in Höhe von € 2.500,00 pro Fall verpflichtet es zu unterlassen, während der Dauer ihres Dienstverhältnisses Kollegen für andere Arbeitgeber abzuwerben.



Valentina Gottfried

lich solidarisch haften, sodass jeder der beiden letztlich nur seinen Anteil zu ersetzen hat, wandten sich die Beklagten an den OGH, der aber dem klagenden Dienstgeber Recht gab.

OGH 27.9.2018, 9 ObA 87/18m

Das Höchstgericht gestand zu, dass vereinbarte Konventional-

### Verstoß gegen das Abwerbeverbot

Dennoch sprachen zwei Mitarbeiter mehrere ihrer Kollegen mit dem Ziel an, diese zu einem Wechsel zu einem Mitbewerber des Arbeitgebers zu bewegen.

Ausgehend von sieben erfolgreichen und fünf nicht erfolgreichen gemeinsamen Abwerbungen – hinsichtlich letzterer erfolgte eine richterliche Mäßigung der Konventionalstrafe auf € 1.000,00 pro Fall – verurteilte das Erstgericht die beiden **gegen das Abwerbeverbot verstoßenden Dienstnehmer** jeweils zu einer Zahlung von € 22.500,00.

### Volle Vertragsstrafe für jeden Dienstnehmer?

Mit der Rechtsfrage, ob bei konventionalstrafbewehrter **Abwerbung ein und derselben Person durch zwei Dienstnehmer** der Dienstgeber von beiden die vereinbarte Konventionalstrafe zur Gänze verlangen kann oder ob beide Dienstnehmer dem Dienstgeber gegenüber ledig-

lich solidarisch haften, sodass jeder der beiden letztlich nur seinen Anteil zu ersetzen hat, wandten sich die Beklagten an den OGH, der aber dem klagenden Dienstgeber Recht gab.

Das Höchstgericht gestand zu, dass vereinbarte Konventionalstrafen nach § 1336 ABGB zwar **einerseits den Schuldner zur korrekten Erfüllung seiner Vertragspflichten veranlassen** sollen, **andererseits** aber auch dem **vereinfachten Ausgleich des dem Geschädigten entstandenen Schadens** durch Pauschalierung dienen sollen.

### Zweck der Konventionalstrafe?

Im gegenständlichen Fall stand jedoch weniger die schadenersatzrechtliche Ausgleichsfunktion, sondern vielmehr die **Abschreckungsfunktion der Konventionalstrafe** im Vordergrund. Würden nämlich mehrere Dienstnehmer, die sich gesondert zur Unterlassung von Abwerbungen verpflichtet haben, bei gemeinsamer Abwerbung eines Kollegen lediglich solidarisch haften, also der Arbeitgeber die Konventionalstrafe nur einmal verlangen können, so wäre die Abschreckungsfunktion erheblich entwertet. Schließlich gilt es zu verhindern, dass ein konventionalstrafbewehrter Verpflichteter umso weniger Strafe befürchten muss, je mehr Mittäter er hat.



**DAS LETZTE:**

# Unfall am Restaurant-WC

Zu bereits etwas späterer Stunde suchte ein Gast eines Restaurants die Herrentoiletten auf. In nach den Feststellungen des Erstgerichts zwar „leicht alkoholisiertem Zustand, jedoch motorisch nicht beeinträchtigt“ wusch er sich dort die Hände und stützte sich danach mit beiden Händen, allerdings mit (lediglich) einem Teil seines Körpergewichts, auf dem – leider fehlerhaft montierten – Waschbecken auf. Dieses gab plötzlich nach, der Gast stürzte und verletzte sich schwer.

Mit der Argumentation, der Restaurantbetreiber hätte für die fehlerhafte Montage des Installateurs einzustehen, begehrte der verletzte Gast Schmerzensgeld vom Gastwirt und stützte sich dabei auf zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen, in welchen eine **Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB** großzügig bejaht wurde.

**OGH 21.11.2018, 6 Ob 185/18a**

So hatte in der Vergangenheit schon das Reichsgericht den Betreiber eines Bade- und Kurmittelhauses für die unsachgemäße Reinigung des Bodens durch einen Dritten haftbar gemacht (RG 30.7.1941, VIII 70/41), und auch der OGH bejahte etwa die Haftung eines Hoteliers für das Verschulden eines Aufzugwärters, der eine zeitgerechte Wartung der Aufzuganlage unterließ (OGH 29.5.1962, 8 Ob 164/62). Ebenso hatte ein Hotelbetreiber für ein Installationsunternehmen einzustehen, das eine Wasserversorgungsanlage nur unzureichend kontrolliert hatte (OGH 29.8.2013, 8 Ob 106/12i), und auch die Haftung eines Krankenanstaltenbetreibers für mangelhafte Arbeiten eines Dachdeckers – infolge fehlerhafter Ausführung

der Arbeiten war ein Ziegel vom Dach gefallen und hatte einen Besucher verletzt – wurde bejaht (OGH 27.11.1984, 2 Ob 657/84).

Im hier gegenständlichen Fall bejahte das Höchstgericht zwar das **Vorliegen eines Vertragsverhältnisses** zwischen dem Wirt und seinem Gast, wobei dieser **Bewirtungsvertrag** nicht bei den Getränken oder den Speisen ende: Ein Wirt muss lt OGH auch dafür sorgen, dass seine Gäste die Toilettenanlagen gefahrlos und ohne sich zu verletzen benutzen können.

**Welche Erfüllungshandlung schuldet der Gastwirt?**

Allerdings – und das wurde gegenständlich dem Gast zum Verhängnis – **unterscheidet die Rechtsprechung zwischen laufenden Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, die zu den Vertragserfüllungshandlungen zB der Gastwirts gehören (wie etwa Reinigungstätigkeit), und fehlerhaften zugekauften Produkten oder Dienstleistungen, die „nicht Teil der Erfüllungshandlungen“ des Wirtes sind.** In letzterem Sinne hatte der OGH etwa auch schon bisher die Haftung eines Hotelbetreibers für die Verletzung eines Gastes in einem mangelhaft montierten und aus diesem Grund zu Bruch gegangenen Bett verneint (OGH 26.6.1997, 2 Ob 185/97p).

Weil nun ein **Gast regelmäßig nicht annehmen wird, dass der Restaurantbetreiber die Installationen in seinen Toilettenanlagen selbst durchführt**, hatte der Wirt **nicht für die Verletzung aufzukommen**, die sich der Gast auf seinem WC zugezogen hatte.

**WAS SAGT DER „TREND“?**

## Wieder Spitzennennungen für HLMK!

Im kürzlich erschienenen, wohl bedeutendsten **Anwaltsranking** Österreichs, welches sich auf Umfragen und Bewertungen von Rechtsanwaltskollegen stützt und jährlich vom **Wochenmagazin „Trend“** präsentiert wird, haben auch heuer wieder Partner unserer Kanzlei Spitzenplätze belegt.

Wie schon in den Jahren zuvor wurden **Ingo Kapsch** in der Kategorie Anlegeranwälte („Anleger vertrauen auf die Expertise dieser Anwälte“) und **Gerhard Hochedlinger** in der Kategorie Stiftungsrecht („Hier fühlen sich Stifter wohl“) zu den besten Rechtsanwälten des Landes gezählt.

**„10 Jahre HLMK“**

Darüber hinaus widmete das Wirtschaftsmagazin unserer Kanzlei einen kleinen redaktionellen Beitrag, in welchem auf das Kanzleijubiläum sowie den 2018 erfolgten Beitritt von Monika Ploier („Compliance im Gesundheitswesen ist ihr Spezialgebiet“) hingewiesen wurde.

**Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:**

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch Rechtsanwälte GmbH  
[www.hlmk.at](http://www.hlmk.at)

1010 Wien, Gonzagagasse 19

**Fotos:** Tina Herzl, shutterstock  
**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.

