

## Auf ein Wort

Der Sommer neigt sich dem Ende zu. Auch wenn es temperaturmäßig keine wirklich heißen Phasen gegeben hat, haben verschiedene Rechtsprobleme zu hitzigen Debatten und Ergebnissen geführt. In einem besonders prekären Fall hat ein namhaftes Kärntner Bankinstitut in völliger Unterschätzung des Tatbestandes der verbotenen Einlagenrückgewähr eine Pfandsicherheit von mehreren Hunderttausend Euro verloren. Dieses in der Praxis oft unterschätzte Thema ist Gegenstand unseres Leitartikels damit auch Sie eine Sensibilität zu diesem Thema entwickeln.

Wir haben auch sonst wieder viele interessante Entscheidungen und Themen aufbereitet, die wir in der gebotenen Kürze, versehen mit unseren Praxistipps, in dieser Ausgabe präsentieren.

Wir von bucher | partner RECHTSANWÄLTE wünschen Ihnen einen schönen Sommerausklang und viel Lesevergnügen mit unserer neuen Ausgabe von Inside Legal.

Mit den  
besten Grüßen  
Joachim Bucher



### WIRTSCHAFTSRECHT

# Verbot der Einlagenrückgewähr: dauerhaftes Missverständnis

Der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr ist in § 82 Abs. 1 GmbHG geregelt. Beispiele der Praxis zeigen, dass sowohl Gesellschafter als auch Banken dieses Gebot geflissentlich „übersehen“ um ihre höchstpersönlichen Ziele umzusetzen. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit solcher Rechtsbeziehungen, die den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr erfüllen, wird vielerorts unterschätzt.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr bedeutet ein Ausschüttungsverbot. Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kann offen oder verdeckt verstoßen werden. Verboten sind beide Tatbestände. In der Praxis ergibt sich eine Vielzahl von Beispielen, die sowohl von Gesellschafterebene als auch von Dritten unterschätzt werden. Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen etwa:

- Geschäfte zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter, die einem „Drittvergleich“ nicht standhalten bzw. die nicht „fremdüblich“ sind (Beispiel: Die GmbH zahlt dem Vermieter, der gleichzeitig Gesellschafter ist, eine Miete für den Geschäftsraum, die über dem marktüblichen Mietzins liegt).
- Erlassen von Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter (Paradebeispiel ist das Erlassen von Verbindlichkeiten, die auf Verrechnungskonten gebucht sind).
- Überhöhte Gehälter und/oder Pensionszusagen zugunsten von Gesellschafter-Geschäftsführern!
- Überlassen eines KFZ zur privaten Nutzung.

In vielen Fällen sind auch Dritte, nämlich Nichtgesellschafter oder Banken von diesem Tatbestand umfasst.

Wenn etwa die GmbH Gesellschaftsvermögen als Sicherheit für einen Privatkredit eines Gesellschafters bestellt, verwirklicht dies den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr. Die Begründung liegt darin, dass die Gesellschaft für einen Nichtgesellschafter, also Dritten, ebenso keine Veranlassung hätte, Sicherheiten zu bestellen.



### Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer verbotenen Einlagenrückgewähr sind vielfältig:

- Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen das Verbot verstoßen wurde, sind der Gesellschaft gegenüber zum Rückersatz verpflichtet.
- Geschäftsführer haften für einen derartigen Rückersatz aufgrund der Verletzung von Sorgfaltspflichten solidarisch.
- Der wissentliche Befugnismissbrauch eines Geschäftsführers kann den Straftatbestand der Untreue erfüllen.
- Unter Umständen kann das Verbot der Einlagenrückgewähr auch den Straftatbestand der betrügerischen Krida verwirklichen.

Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen sind absolut nichtig. Insbesondere im Zusammenhang mit Bankfinanzierungen von Gesellschaftern, für die die GmbH Sicherheiten leistet, ist dies für die Banken gravierend, zumal das Sicherheitsgeschäft (Pfandgeschäft) rückwirkend nichtig ist und damit als nicht zustande gekommen gilt, sohin die Sicherheit nicht gegeben ist. | Joachim Bucher

### bucher | partner RECHTSANWÄLTE

### TIPP

Bei jedem Rechtsgeschäft, das zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern oder mit Dritten zum Vorteil von Gesellschaftern geschlossen werden soll, ist dringend juristischer Rat einzuholen, damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit vermieden wird.

### Handelsvertreter – Ausgleichsanspruch

Der EuGH hat jüngst entschieden, dass der Begriff „neuer Kunde“ im Sinne der Berechnung des Ausgleichsanspruches nicht eng ausgelegt werden darf. Auch wenn ein Kunde bereits mit dem Unternehmen Geschäftsbeziehungen unterhalten hat, kann diese Person als neuer Kunde – im Sinne des Ausgleichsanspruches – angesehen werden, wenn der Handelsvertreter neue Geschäftsfelder eröffnet hat. (EuGH 07.04.2016, C-315/14) |

### EuGH bremst Führerschein-Tourismus

Der EuGH hat festgestellt, dass Verkehrssünder sich nach dem Entzug ihres Führerscheins nicht ohne weiteres Ersatz in einem anderen Mitgliedsstaat besorgen können. Andere Mitgliedsstaaten dürfen dem Kandidaten nur dann eine Fahrerlaubnis ausstellen, wenn dieser im Land lebt und eine gewisse Sperrfrist abgelaufen ist. (EuGH C-329/06 und C-343/06) |



### EuGH kippt Bedarfsprüfung bei Apotheken

Am 30.06.2016 hat der EuGH eine Entscheidung getroffen, die für das Apothekenwesen in Österreich schwerwiegende Folgen hat.

Schon im Jahr 2014 hat der EuGH ausgesprochen, dass das starre Festhalten des österreichischen Apothekengesetzes an einer Versorgungsgrenze von 5.500 zu versorgenden Personen dem Unionsrecht widerspricht. Der VwGH hat in Folgedessen diese starre Versorgungsgrenze nur bei Bedarfsprüfungen in ländlichen oder abgelegenen Regionen nicht zur Anwendung gebracht. Im nunmehrigen Erkenntnis hat der EuGH klargestellt, dass die starre Versorgungsgrenze von 5.500 zu versorgenden Personen allgemein keine Anwendung mehr finden und von den Behörden in dieser Form auch nicht mehr angewendet werden darf. Eine Bedarfsprüfung wird grundsätzlich nicht beanstandet, jedoch hat diese sowohl für städtische als auch für ländliche Regionen gleich ausgestaltet zu sein und sich nicht an der starren 5.500-Personen-Grenze zu orientieren. (EuGH RS C-634/15) |



GESELLSCHAFTSRECHT / GMBH

## Die führungslose GmbH im Insolvenzverfahren

Mit dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (GesRÄG) 2013 wurde in § 69 Abs. 3a IO eine subsidiäre Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters einer insolvenzreifen Kapitalgesellschaft geschaffen. Unklar ist, ob der Mehrheitsgesellschafter in Ermangelung einer Geschäftsführung auch während der Insolvenz vertretungsbefugt ist.

Im österreichischen GmbH-Recht ist das Prinzip der Fremdorganschaft normiert. Gesellschaftern kommt kraft ihrer Gesellschafterstellung keine Vertretungsbefugnis zu, lediglich den bestellten Organen.

In §69 Abs. 3a IO wurde dem Mehrheitsgesellschafters das Recht eingeräumt bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Eigenantrag im Namen der GmbH auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Nicht geregelt ist, ob der Mehrheitsgesellschafters über die Antragstellung hinaus eine Vertretungsbefugnis im Insolvenzverfahren hat. Jedenfalls außerhalb des Insolvenzverfahrens ist unbestritten, dass im Falle einer organlosen GmbH gemäß §15 GmbHG ein Notgeschäftsführer vom Gericht zu bestellen ist. Im Zuge eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH ist §15a GmbHG weiterhin anwendbar und wird man auch den Insolvenzverwalter als antragslegitimierte „Beteiligte“ ansehen müssen. Grundsätzlich agieren Insolvenzverwalter dahingehend restriktiv, da die Kosten des Notgeschäftsführers die Masse vermindern.

Das OLG Wien hat in einer jüngsten Entscheidung klargestellt, dass eine

»Auch Mehrheitsgesellschafters einer GmbH sind nicht vertretungsbefugt.«

Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters im rechtskräftig eröffneten Insolvenzverfahren nicht gegeben ist bzw. mit der Eröffnung (als Antragsteller) endet und eine Notgeschäftsführerbestellung gemäß §15a GmbHG zulässig und auch durchzuführen ist.

Inwiefern die Nichteinsetzung eines Notgeschäftsführers und damit die Abwicklung einer GmbH-Insolvenz ohne vertretungsbefugtes Organ zulässig ist oder nicht, bleibt jedoch offen. |

Joachim Bucher

#### bucher | partner RECHTSANWÄLTE TIPP

*Ist der Geschäftsführer einer GmbH vor Eröffnung der Insolvenz zurückgetreten, sollte, unabhängig von der Möglichkeit, dass der Mehrheitsgesellschafters den Insolvenzeröffnungsantrag stellen kann, jedenfalls auch der Antrag gemäß §15a GmbHG zur Bestellung eines Notgeschäftsführers bei Gericht eingebracht werden, damit auch die Interessen der Gesellschaft - und indirekt der Gesellschafter! - ordentlich gewahrt werden können.*

# OGH stärkt Betriebsrat bei Änderungskündigungen

Der Oberste Gerichtshof ergreift eine weitere Maßnahme zur Festigung der Stellung des Betriebsrates. Änderungskündigungen sollen nunmehr ebenfalls an die Zustimmung des Betriebsrates gebunden sein, um Arbeitnehmern die Last einer übereilten Entscheidung bei verschlechternden Bedingungen abzunehmen (8 Ob A 63/15w).

## Rechtslage vorher

Gesetzlich ist vorgesehen, dass der Betriebsrat diverse Mitwirkungsrechte zur Interessenswahrung der Arbeitnehmer hat. Hierzu zählen vor allem ein Mitspracherecht bei Kündigungen und ein Vetorecht bei Versetzungen.

Wichtig ist hierbei, dass bei einer Versetzung das Dienstverhältnis erhalten bleibt und der Arbeitsvertrag lediglich angepasst wird. Jegliche dauernde (d.h. länger als 13 Wochen andauernde) Veränderung des Arbeitsplatzes ist dem Betriebsrat mitzuteilen und bedarf seiner Zustimmung. Hier hat der Betriebsrat also ein Vetorecht.

Bei Änderungskündigungen wird das Arbeitsverhältnis jedoch beendet und ein neuer, geänderter Arbeitsvertrag entsteht, sofern der/die Arbeitnehmer/in der Änderung durch ausdrückliche und vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots zustimmt. Hierbei besitzt der Betriebsrat lediglich ein Informationsrecht. Dann erst besteht der allgemeine Kündigungsschutz und die Kündigung kann aus den taxativ aufgezählten Gründen angefochten werden.

## Entscheidung des OGH vom 28.06.2016

Nunmehr hat der Oberste Gerichtshof jedoch entschieden, dass zum Schutz der Arbeitnehmer auch eine Änderungskündigung der Zustimmung des Betriebsrates bedarf! Es ist also notwendig, den Betriebsrat nicht nur zu informieren, sondern sein Einverständnis einzuholen; dies ungeachtet einer Zustimmung durch den/die Arbeitnehmer/in selbst.

In seiner Entscheidung erläutert der OGH, dass eine Änderungskündigung oft dazu genutzt werde, eine Versetzung und somit das Widerspruchsrecht des Betriebsrates zu umgehen. Die unternehmerfreundliche Entscheidung des in erster Instanz zur Entscheidung berufenen Arbeits- und Sozialgerichtes, wonach ein Betriebsrat nach ausdrücklicher Zustimmung durch den/die Betroffene/n selbst kein Vetorecht habe und die Kündigung durch den ohnehin bestehenden allgemeinen Kündigungsschutz des §105 ArbVG gerichtlich überprüfbar wäre, wurde vom Höchstgericht somit „umgedreht“.

Der OGH hielt nämlich fest, dass es dem/der Arbeitgeber/in zumutbar wäre sowohl bei Versetzungen als auch bei Änderungskündigungen die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen. | **Martin Schiestl**



## Brexit: Wie sieht es nun wirklich aus?

Die Abstimmung vom 23. Juni hat ganz Europa erschüttert. Großbritannien ließ seine Bürger/innen über den Austritt aus der EU abstimmen; dies mit dem bekannten Ergebnis. Diese Abstimmung bedeutet jedoch nicht, wie oftmals behauptet, den tatsächlichen Austritt.

Gemäß Art. 50 EUV ist ein grober Verfahrensablauf für einen möglichen Austritt vorgesehen. Zunächst muss der Austritt formell vor dem Europäischen Rat erklärt werden, welcher dann Leitlinien für die Verhandlungen über die Einzelheiten des Austritts vorgibt. Das Resultat ist ein Abkommen, welches die weitere Beziehung des Staates zur Union regelt. Mit Inkrafttreten dieser Vereinbarung, spätestens aber zwei Jahre nach der Austrittserklärung, finden die EU-Verträge auf den Staat keine Anwendung mehr, es sei denn der Europäische Rat stimmt einer Fristverlängerung zu. Mangels Fristverlängerung wird der Staat aus der EU „ausgeschlossen“ und zu einem sogenannten „Drittstaat“ ohne jeglichen Bezug zur Union. Was bedeutet dies also für Großbritannien?

Worst-Case-Szenario wäre die Beendigung der Mitgliedschaft nach zweijährigen Verhandlungen. Bisweilen hat Großbritannien eine privilegierte Stellung in der EU inne, welche es bei einem hinkünftigen erneuten Beitrittsansuchen nicht mehr erlangen wird. Mangelnde Mitbestimmung, geringer Spielraum, eine erheblich schlechtere Verhandlungsposition und der Verlust aller EU-Förderungen sind die Konsequenz.

Wie sich der Brexit auf den Rest der EU auswirken würde, ist offen. | **Lisa El Imshati**



**Schockrechnung**

Ein Telefondienstanbieter, dem tägliche Verrechnungsdaten seines Kunden vorliegen, ist (nebenvertraglich) verpflichtet, diesen zu warnen, wenn ihm aufgrund vermehrter und unerklärlicher Auslandsverbindungen des Kunden auffallen musste, dass eventuell ein „Hackerangriff“ erfolgt ist. Bei Unterlassung einer solchen Warnung besteht kein Anspruch auf Bezahlung der „Schockrechnung“ (OGH 15.06.2016, 4 Ob 30/16 i). |

**Kein uneingeschränktes Kündigungsrecht des Rechtsschutzversicherers**

Der OGH hat klargestellt, dass ein uneingeschränktes Kündigungsrecht des Rechtsschutzversicherers im Schadenfall bei Bestätigung der Rechtsschutzdeckung rechtsunwirksam ist, da dies gröblich benachteiligend für den VN ist, der eventuell über Jahre Prämienleistungen erbracht hat und beim ersten (Bagatell-)Schaden gekündigt wird (OGH 25.05.2016, 7 Ob 84/16 b). |

**Einmalige Kreditbearbeitungsgebühr**

Eine einmalige Kreditbearbeitungsgebühr ist Bestandteil des Entgeltes für die Kapitalüberlassung beim Kreditvertrag und unterliegt als solche nicht der Inhaltskontrolle des §879 Abs. 3 ABGB. Die Höhe der Einmalgebühr muss nicht exakt mit dem tatsächlichen Aufwand des Kreditgebers übereinstimmen. Auch eine wertabhängige Gestaltung ist zulässig (OGH 30.03.2016, 6 Ob 13/16d). |

**Tochterunternehmen in Malaysia**

Das mit Handlingmaschinen weltweit führende tätige Unternehmen mechatronic systemtechnik gmbH hat ein Tochterunternehmen in Malaysia zur Optimierung ihrer Tätigkeiten gegründet. bucher | partner RECHTSANWÄLTE begleiten dieses Unternehmen seit 1998 und wünschen für diesen Schritt viel Erfolg. | [www.mechatronic.at](http://www.mechatronic.at)

# Was sich noch ereignet hat...

**b**ucher | partner RECHTSANWÄLTE freuen sich mitteilen zu können, dass uns ein neues Teammitglied verstärkt.

Madelaine Wriessnegger verstärkt seit März unser Team. Sie wird derzeit Schritt für Schritt durch alle Abteilungen geführt und verstärkt primär Manuela Gfrerer in der Zusammenarbeit mit Joachim Bucher (madelaine.wriessnegger@bucher-partner.com).

**Ferialpraxis bei****bucher | partner RECHTSANWÄLTE**

Lisa El Imshati, Studentin der Rechtswissenschaften am Juridicum Wien, unterstützt unser Team bereits den vierten Sommer. Mit Lisa haben wir eine Mitarbeiterin, die sowohl im Sekretariat als auch in der juristischen Arbeit



Madelaine Wriessnegger (li.) und Lisa El Imshati

wertvolle Hilfe leistet und mit ihrer offenen Art und ihrem Wissen uns und unseren Klienten große Freude bereitet. Für die anstehenden Prüfungen wünschen wir ihr weiterhin viel Erfolg. |

**Goldgräberstimmung**

bucher | partner RECHTSANWÄLTE durften dank Karin Eder (vormals Hotel Post, Gästehaus Schober Heiligenblut) einen Erlebnistag in Heiligenblut inklusive Goldwaschen erleben. Trotz namhafter Goldfunde wird die Kanzlei bucher | partner RECHTSANWÄLTE weitergeführt. |

**ortner**  
cleanrooms unlimited

**Ortner Cleanroom Unlimited**

Die Ortner Reinraumtechnik Gruppe hat ihr 30-jähriges Firmenjubiläum gefeiert. Wir sind stolz darauf den Aufstieg dieses Unternehmens zu einem hoch spezialisierten Player in der Halbleiter- und Pharmabranche begleitet zu haben, wünschen weiterhin viel Erfolg und bedanken uns für die außerordentlich gute Zusammenarbeit. | [www.ortner-group.com](http://www.ortner-group.com)

**Lukas Müller**

Er verunglückte im Jänner 2016 beim Schiffliegen schwer. Der Weg zurück ist ein harter. bucher | partner RECHTSANWÄLTE sind stolz darauf zumindest einen Teil dieser Aufgaben mit und für Lukas zu erledigen und das gesamte Team wünscht Lukas weiterhin große Fortschritte und gute Besserung.