



# GRAUZONEN

*Unternehmen im Recht.*

ISSN 2708-5767

Schwerpunkt

## Die Servicegesellschaft

- ▶ **Weisungserteilung durch gesamtvertretungsbefugte Organe**  
Roman Alexander Rauter
- ▶ **Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und Organfunktion**  
Bernhard Hainz
- ▶ **Verdeckte Ausschüttungen**  
Erik Pinetz und Melanie Raab
- ▶ **Strafbarkeitsrisiko und strafbefreiende Zustimmung**  
Günther Rebisant

### Redaktion

Bernhard Hainz, Erik Pinetz, Roman Alexander Rauter, Günther Rebisant

# Der Einsatz von Servicegesellschaften aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive

Beim Einsatz von Servicegesellschaften in Konzernen weicht die Praxis regelmäßig von den Idealvorstellungen des Gesellschaftsrechts ab. Eine straffe Leitung der Servicegesellschaft (in der Rechtsform der GmbH) ist gesellschaftsrechtlich umsetzbar und hat regelmäßig Auswirkungen auf das Pflichtenprogramm der GmbH-Geschäftsführer, die grundsätzlich auf die Sorgfaltsmäßigkeit von Weisungen vertrauen dürfen. Rechtliche Risiken ergeben sich insb im Zusammenhang mit Verdachtslagen für eine pflichtwidrige Weisungserteilung.

Von Roman Alexander Rauter

GRAU 2020/3

## Inhaltsübersicht:

- A. Gesellschaftsrecht und Strafrecht
- B. Grauzonen der Konzernorganisation
- C. Die dienende (Service-)Gesellschaft
- D. Die aktive Muttergesellschaft
- E. Umsetzung von Anweisungen
- F. Einwirkung auf die Pflichten des Geschäftsführers
- G. Perspektive der Muttergesellschaft
- H. Perspektive des Mitarbeiters und Geschäftsführers
- I. Vertrauen auf Organhandeln
- J. Sorgfaltswidrige und rechtswidrige Weisungen
- K. Kern des Problems
- L. Abschließende Bemerkung

## A. Gesellschaftsrecht und Strafrecht

Wenn man Hauptverhandlungsprotokolle von Strafprozessen in Fällen von (angeblicher) Wirtschaftskriminalität liest, so stößt man häufig auf Fragestellungen des Gesellschaftsrechts. Man sieht das **Gesellschaftsrecht** diesfalls **mit der strafrechtlichen Brille**. Die Fragen des Gerichts spiegeln möglicherweise eine Perspektive wider, die der Gesellschaftsrechtler bisweilen so gar nicht kennt: Es erscheinen Verhaltensweisen der Praxis heikel, obwohl der unternehmerische Alltag jene gewohnt ist und auch in aller Regel nicht problematisiert. Das Phänomen ist bekannt, muss mE aber noch bekannter werden.

Ob eine solche Verhaltensweise rechtskonform oder rechtswidrig ist, klärt der Gesellschaftsrechtler oder – sollte es zu einer Strafverfolgung kommen – das Strafgericht.<sup>1)</sup> So mancher Angeklagte mag dabei der vertanen Chance nachtrauern, eine rechtliche Prüfung rechtzeitig zu beauftragen. Aber dieser gedankliche Vorgang wird sich nicht selten erst spät einstellen: So kann es vorkommen, dass der Angeklagte stets von der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens ausgegangen ist und er erst nach geraumer Zeit zur Einsicht gelangt, dass das Gericht seine Sichtweise nicht teilt.<sup>2)</sup> Der Strafgerichtler mag in einem solchen Fall bestätigen, dass eine

Wissentlichkeit bezüglich des Befugnismissbrauchs<sup>3)</sup> nicht gegeben ist und somit die Strafbarkeit ausscheidet. Das ist aber die Theorie und nicht stets die Praxis.

## B. Grauzonen der Konzernorganisation

Festzuhalten ist, dass Verhaltensweisen praktisch gefährlich sein können, wenn sie **nicht eindeutig rechtskonform** sind. Im Gesellschaftsrecht sind zahlreiche Fragestellungen umstritten. Soweit dies der Fall ist, besteht zumindest der Vorteil, dass man sich auf einen günstigen (vertretbaren) Meinungsstandpunkt stellen kann: Das ist nicht per se pflichtwidrig<sup>4)</sup> und es liegt auch nicht ohne Weiteres der Verdacht nahe, man habe wissentlich rechtswidrig gehandelt. Gefährlich sind jene Fälle, welche ein Schattendasein in der Rechtswissenschaft führen, weil infolgedessen häufig nicht klar ist, wo die Trennlinien zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtskonformität verlaufen (sog **Grauzonen** bzw Graubereiche). Die unternehmerische Praxis entfernt sich häufig vom Wortlaut des Gesetzes, zumeist aus Praktikabilitätsgründen und sicherlich nicht stets aus krimineller Energie. Oft ist die Organisation eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe einerseits vom Wunsch nach (insb wirtschaftlicher) Optimierung getrieben, andererseits vom Bedürfnis der involvierten Personen, sich das Leben nicht allzu schwer zu machen. Das gilt entsprechend für eine Vielzahl unternehmerischer Arbeitsprozesse.

Die Organisation eines Unternehmens hat viele Facetten. Wenn es aus Sicht des Gesellschaftsrechts um die **Gesellschafts- und ggf Konzernorganisation** geht, sind die Kompetenzen der einzelnen Gesell-

1) Allenfalls ein strafrechtlicher Senat des OGH, sofern die Rechtsfrage tatsächlich Thema einer Nichtigkeitsbeschwerde wird.

2) Manche Beschuldigte beauftragen nicht einmal einen Rechtsanwalt, weil sie meinen, die Vorwürfe würden sich in Luft auflösen.

3) So erforderlich für die Untreue (§ 153 StGB).

4) Siehe *Reich-Rohrig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (2015) § 25 Rz 55; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> (2011) Rz 2/57.

schaftsorgane und die Schranken für deren Tätigwerden bedeutsam. Innerhalb grober Kompetenzabgrenzungen wird das Verhalten der handelnden Organmitglieder ohne konkrete gesetzliche Vorgaben insb über die rechtlich gebotene „Sorgfalt“ feingesteuert (ua § 25 GmbHG, § 84 AktG). Für die Arbeitnehmer unterhalb der Organebene interessiert sich das Gesellschaftsrecht (fast) gar nicht.<sup>5)</sup> Die Perspektive der Arbeitnehmer ist anhand des arbeitsrechtlichen Rechtsrahmens zu beurteilen, was durchaus Parallelen zur gesellschaftsrechtlichen Beurteilung aufweist, jedoch nicht stets anhand eines vergleichbar strengen Sorgfaltsmaßstabs erfolgt.<sup>6)</sup> Für Arbeitnehmer besteht das Problem häufig eher darin, dass man ihnen die Beitragstäterschaft im Zusammenhang mit einer Straftat von Organwaltern (dh ihrer Vorgesetzten) vorwirft.<sup>7)</sup>

### C. Die dienende (Service-)Gesellschaft

Eine Sonderkonstellation – in der Praxis aber gar nicht selten anzutreffen – ist der Fall, dass ein Arbeitnehmer einer Gesellschaft in einer Tochtergesellschaft als Organwalter fungiert. Verbreitet ist die Übernahme einer Geschäftsführerposition in einer GmbH, weil sich die GmbH gut als Untergesellschaft in einer Unternehmensgruppe (Konzern) eignet.<sup>8)</sup> Wird die Tochter-GmbH von der Muttergesellschaft zudem weitgehend bloß zur Umsetzung bestimmter Aufgaben eingesetzt (und ggf von der Muttergesellschaft gesteuert), spricht man von einer „Servicegesellschaft“.<sup>9)</sup> Aufgaben der Tochtergesellschaft können bspw sein: Bündelung von Abrechnungen im Konzern (Corporate Finance), Bündelung der Logistik oder des Marketings.

Während die wesentliche unternehmerische Tätigkeit durch die Muttergesellschaft oder andere Konzerngesellschaften verfolgt wird, besitzt die Servicegesellschaft grundsätzlich bloß dienende Funktion. Der Arbeitnehmer der Muttergesellschaft, der (zusätzlich) in der Tochtergesellschaft als Geschäftsführer tätig ist, verrichtet seine Arbeit nach eigener Wahrnehmung (zB) im Wesentlichen als Abteilungsleiter der Muttergesellschaft, während der Vollzug der Ergebnisse bzw Entscheidungen der Muttergesellschaft in den Tochtergesellschaften bloß als Formalität gesehen wird.

Mit dem Einsatz von Servicegesellschaften entfernt sich die Praxis von den **Idealvorstellungen des Gesetzgebers**, der eine eigenständige GmbH mit einem grundsätzlich selbst unternehmerisch denkenden Geschäftsführer vor Augen hatte. Gerade für diesen Idealfall besteht nämlich Regelungsbedarf, weil der Geschäftsführer – ohne ständige Beaufsichtigung durch die Gesellschafter – eigenständig tätig wird, womit der Principal-Agent-Konflikt<sup>10)</sup> angesprochen ist.

Die vorgenannte Abweichung vom gesetzgeberischen Grundkonzept bringt es mit sich, dass über die Grenzen des Zulässigen nachzudenken ist. Im Folgenden sollen einige gesellschaftsrechtliche Eckpunkte in der gebotenen Kürze dargestellt werden; für weitere Hinweise sei auf die anderen Beiträge in diesem Heft verwiesen.

### D. Die aktive Muttergesellschaft

Ist die Alleingesellschafterin selbst eine Gesellschaft,<sup>11)</sup> so werden Weisungen grundsätzlich durch organ-schaftliche Vertreter der Gesellschafterin erteilt. Eine persönliche **Ausübung des Weisungsrechts** durch die Organe ist jedoch nicht erforderlich, sodass sich die organschaftlichen Vertreter wiederum dritter Personen bedienen können.<sup>12)</sup> Ein ermächtigter Vertreter ist jederzeit in der Lage, Gesellschafterbeschlüsse – unabhängig von der formellen Einberufung einer Generalversammlung der Tochter-GmbH – zu fassen. Der artikulierte Wille<sup>13)</sup> ist (unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Wirksamkeit) als **Gesellschafterbeschluss** zu qualifizieren und einem formellen und ggf beurkundeten Generalversammlungsbeschluss gleichwertig; die Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses ist bei der Rechtsform GmbH nicht Voraussetzung für die Beschlusswirksamkeit.<sup>14)</sup> GmbH-Geschäftsführer müssen im Rahmen des Willensbildungsprozesses der Gesellschafter nicht beigezogen werden; die Entscheidung, ob eine Mitwirkung des Geschäftsführers im Rahmen der Willensbildung tunlich ist oder lediglich eine Weisung an den Geschäftsführer erfolgen soll, obliegt den Gesellschaftern.<sup>15)</sup>

Wie ein **Konzern** strukturiert wird und wie die Aufgabenverteilung bzw -erledigung im Konzern erfolgt, wird – bei Tochtergesellschaften in Rechtsform der GmbH – vom Geschäftsführungsorgan der Muttergesellschaft (zB Vorstand der AG) bindend festgelegt. Dieses Organ bzw das ermächtigte Mitglied ist somit kompetent, im Rahmen des zwingenden Rechts über die Intensität der einheitlichen Konzernleitung zu entscheiden.

Geschäftsführer einer Tochter-GmbH haben keinen Anspruch darauf, dass sie die Geschäfte ihrer GmbH

5) Siehe jedoch etwa zur Prokura § 18 Abs 3, § 28 Abs 2, § 35 Abs 1 Z 4 GmbHG.

6) Zum Sorgfaltsmaßstab im Arbeitsrecht ausf *Brameshuber*, Die Sorgfalt des Arbeitnehmers (2019). Eine Anwendung des § 1299 ABGB wird etwa bei Behauptung besonderer Fähigkeiten bejaht und eine Übertragung besonderer Aufgaben kann zu einer Vereinbarung bzgl höherer Arbeitsintensität und -qualität (ggf schlüssig) führen (s *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1153 Rz 26 ff mwN). Für den Anstellungsvertrag von Geschäftsführern wird idR wiederum die gesellschaftsrechtliche Pflichtenlage ausstrahlen (vgl *Brameshuber*, aaO 107 ff).

7) Dem Umstand, dass der Angeklagte „nur“ Arbeitnehmer war, kommt diesfalls nicht per se Bedeutung zu. Es geht praktisch darum, ob das Gericht dem Angeklagten glaubt, dass dieser nicht mit Vorsatz gehandelt hat.

8) Die Weisungsgebundenheit folgt aus § 20 Abs 1 GmbHG.

9) Der Begriff kann auch enger gefasst werden. Siehe etwa den Vorschlag des Forum Europaeum on Company Groups für einen Rechtsrahmen zur erleichterten Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in Europa (hierzu in *Hommelhoff/Lutler/Teichmann*, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, ZGR-Sonderheft 20 [2017] 259 [264 ff]).

10) Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 3/16; *Baumgartner/U. Torggler* in *Klang<sup>3</sup>* (2019) § 1002 Rz 31f.

11) Beispielfall soll im Rahmen dieses Beitrages von einer AG ausgegangen werden.

12) *Ott* in *van Kann*, Vorstand der AG<sup>2</sup> (2012) Rz 545.

13) Anerkannt ist, dass eine Weisung nicht als solche explizit bezeichnet werden muss; vgl ua *Brand* in *Walbert*, Haftung von leitenden Angestellten und Geschäftsführern (2020) Rz 4.10.

14) HM; s *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (2013) § 40 Rz 8.

15) Siehe statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 34 Rz 11.

selbst führen.<sup>16)</sup> Die GmbH-Gesellschafter dürfen die Geschäftsführer **hinsichtlich der Entscheidungsfindung ersetzen**,<sup>17)</sup> sofern nicht ausnahmsweise speziell geregelte Pflichten der Geschäftsführer berührt sind (zB Insolvenzantragspflicht). Die Geschäftsführer einer Tochter-GmbH müssen ihre bloß ausführende Rolle somit in aller Regel hinnehmen und es lassen sich aus einer solchen Organisationsstruktur auch nicht per se sachliche Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Konzernstruktur ableiten.

### E. Umsetzung von Anweisungen

Auch wenn die Geschäftsführer der Tochter-GmbH die Geschäfte (inhaltlich) nicht selbst führen, geben sie Mitarbeitern regelmäßig Anweisungen, damit diese Entscheidungen umsetzen. Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, wer die Entscheidung getroffen hat – im Fall der hier gegenständlichen Servicegesellschaft unter dem Einfluss der operativ tätigen Muttergesellschaft wird dies regelmäßig die Muttergesellschaft sein. Die angewiesenen Mitarbeiter nehmen die „Anweisungen“ wohl in aller Regel als etwas für sie Verbindliches hin, weshalb die Bezeichnung auch zutreffend ist. Allerdings muss der Geschäftsführer eben nicht auch die Entscheidung selbst getroffen haben, sondern er könnte auch bloß die (bindenden) Aufträge des Vorstands der Muttergesellschaft umsetzen. Eine solche **Differenzierung** wird von Mitarbeitern oft nicht gemacht, möglicherweise weil sie die Kompetenzverteilung auf Managementebene gar nicht kennen. Entsprechend werden sie auch sprachlich nicht differenzieren: So wird es selten vorkommen, dass ein Mitarbeiter von sich aus mitteilt,<sup>18)</sup> dass der Geschäftsführer gleichsam bloßer Bote der Anweisungen des Vorstands der Muttergesellschaft ist. Dies muss man bedenken, wenn man zB in einem Strafverfahren die Aussagen von Mitarbeitern nachliest. Es mag zu schnell der **Eindruck** entstehen, dass der Geschäftsführer einer Tochter-GmbH selbst Entscheidungsbefugnis besitzt (oder wie in der Praxis häufig gesagt: Pouvoir hat).

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Soweit ein Geschäftsführer (bzw Abteilungsleiter) Mitarbeitern Weisungen erteilt, kann er dies uU aufgrund eigener Entscheidungsbefugnis tun oder eben nicht. Je mehr die Muttergesellschaft (oder deren Vertreter) die Befugnis an sich zieht, desto mehr **reduziert sich die Befugnis des Geschäftsführers**. Soweit die Gesellschafterin dies umfassend tut, wird der Geschäftsführer auch nur als Bote („Sprachrohr“) des Willens der Gesellschafterin fungieren.<sup>19)</sup>

Freilich gehört zur Tätigkeit des Geschäftsführers häufig mehr: Er wird die Umsetzung des Willens der Gesellschafterin praktisch organisieren. Aber auch hierbei ist zu bedenken: Falls der Gesellschafterwille eine bestimmte Form der Umsetzung gebietet, hat der Geschäftsführer nach dem in der Praxis der GmbH etablierten Schema bzw Standard vorzugehen.

Daher: Die Einräumung von Vertretungsmacht (mag es sich um eine Formalvollmacht durch Bestellung zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft handeln oder um eine Vollmacht im Zusammenhang mit der Leitung einer Abteilung in der Muttergesellschaft)

bedeutet noch nicht zwingend, dass sich damit auch eigenständige Entscheidungsbefugnisse verbinden.<sup>20)</sup>

### F. Einwirkung auf die Pflichten des Geschäftsführers

Soweit sich die Gesellschafter die Geschäftsführung vorbehalten bzw diese an sich ziehen, **reduzieren sie die Verantwortung der Geschäftsführer**. Die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung wird dadurch eingeschränkt und, soweit die Gesellschafter selbst unternehmerisch entscheiden, fast zur Gänze suspendiert, weil dies einerseits dem Willen der Gesellschafter entspricht und ein Geschäftsführer andererseits nur eine Rolle erfüllen kann/darf, welche ihm von den Gesellschaftern zugedacht wird (eine Ausnahme greift aber bei Missachtung spezieller gesetzlicher Verpflichtungen). Das ist gesellschaftsrechtlich zulässig, weil die Verantwortlichkeit der Rolle der Gesellschaft und der Rolle der Geschäftsführer angepasst wird. Dass der Sorgfaltsmaßstab nach verbreiteter Meinung nicht herabgesetzt werden kann,<sup>21)</sup> steht dem mE nicht entgegen: Geschäftsführer verantworten nämlich grundsätzlich nur die Erfüllung jener Aufgaben, welche ihnen aufgrund des Gesellschafterwillens zugewiesen sind.<sup>22)</sup> Bspw sind Geschäftsführer in aller Regel nicht befugt, etwas prüfen zu lassen, wenn dies dem Gesellschafterwillen widerspricht. Gleiches gilt für die Planung: Erfolgt die Planung für eine Tochter-GmbH in der Muttergesellschaft und werden auch einzelne geschäftliche Entscheidungen von der Muttergesellschaft getroffen, so besteht insoweit keine Planungs- und Entscheidungskompetenz der Geschäftsführer der Tochter-GmbH. Die Muttergesellschaft kann die **Planung für die Tochter-GmbH** durch ihre eigenen Mitarbeiter erledigen lassen und die Geschäftsführer der Tochter-GmbH auf die Durchführung von Vertretungshandlungen beschränken (denn die schlichte Vertretung – unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Entscheidungsbefugnis der Geschäftsführer – ist nicht den Gesellschaftern, sondern den Geschäftsführern zwingend zugewiesen). Ein Mitspracherecht der Geschäftsführer der Tochter-GmbH besteht grundsätzlich nicht. Auch eine eigenständige Geschäftsführungsentscheidung treffen die Geschäftsführer diesfalls nicht; sie sind weisungsgebunden und setzen den Gesellschafterwillen schlicht um. →

16) Vgl auch *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>6</sup> (2014) 14; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 11 (4. Lfg, 2010).

17) Siehe ua *Mennicke*, Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des Geschäftsführers in der mitbestimmungsfreien GmbH, NZG 2000, 622 (623); vgl auch *Nicolussi*, Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer, in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) Rz 15.

18) ZB in einer Zeugeneinvernahme in einem Strafverfahren.

19) Wenngleich die organschaftliche Vertretungsmacht in der GmbH beim Geschäftsführer liegt.

20) Zur grundlegenden Unterscheidung in rechtliches Können (Vertretungsmacht) und rechtliches Dürfen (Handlungsbefugnis, zB Geschäftsführungsbefugnis) s *Baumgartner/U. Torggler* in *Klang*<sup>3</sup> (2019) § 1002 Rz 21, 113.

21) Siehe insb OGH 17. 6. 1959, 5 Ob 202/59; *Fell/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 25 Rz 145ff.

22) Spezielle gesetzliche Pflichten, insb im Gläubigerinteresse, sind allerdings wahrzunehmen.

Insofern ist auch streng zwischen der **Rolle als Arbeitnehmer** der Muttergesellschaft und der **Rolle als Geschäftsführer** einer Tochtergesellschaft zu unterscheiden. Die inhaltliche Zuarbeit für Entscheidungen des Vorstands der Muttergesellschaft erfolgt in der Regel als Mitarbeiter dieser Gesellschaft.

### G. Perspektive der Muttergesellschaft

Die Muttergesellschaft kann eine sehr **straffe Leitung der Tochter-GmbH** umsetzen. Es muss nicht einmal das Tagesgeschäft in der Entscheidungsbefugnis der Geschäftsführer der Tochter-GmbH verbleiben. Dieses Leitungskonzept ist auch aus der Sicht einer Muttergesellschaft grundsätzlich zulässig, mag es sich zB um eine Aktiengesellschaft handeln. Das Aktienrecht beschäftigt sich im Wesentlichen ohnedies nur mit den Organen der AG (Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung), nicht aber mit den unteren Führungsebenen bzw Mitarbeitern der AG. Die Leitung der AG geht vom **Vorstand** aus. Es liegt – von bestimmten gesetzlichen Pflichten abgesehen – in dessen unternehmerischem Ermessen, ob und inwieweit er Aufgaben an Mitarbeiter delegiert und wie er den Informationsfluss im Unternehmen organisiert. Der Vorstand darf sich grundsätzlich in allen Angelegenheiten gegenüber seinen Mitarbeitern die Entscheidungsbefugnis vorbehalten. Es entspricht geradezu dem gesetzlichen Konzept, dass der Vorstand bzw Vorstandsmitglieder entscheiden.<sup>23)</sup> Der Vorstand der AG kann **Beschlüsse** in flexibler Weise fassen<sup>24)</sup> und auch einzelne Mitglieder – sofern sie nicht ohnedies einzelgeschäftsführungsbefugt sind – ermächtigen.<sup>25)</sup> Dem Vorstandsvorsitzenden wird regelmäßig eine besondere Bedeutung im Zusammenhang mit der Organisation des Vorstandshandelns zukommen, insb bei der Koordination des Informationsflusses und der Organisation und Überwachung der Kooperation des Vorstands.<sup>26)</sup> Ein Weisungsrecht gegenüber Vorstandskollegen kommt dem Vorsitzenden allerdings nicht zu.<sup>27)</sup> Ebenso wenig folgt aus der Vorsitzfunktion per se eine besondere Geschäftsführungs- und/oder Vertretungsbefugnis.<sup>28)</sup>

### H. Perspektive des Mitarbeiters und Geschäftsführers

Das Aktienrecht ordnet die Leitungs- bzw Geschäftsführungsaufgaben dem Vorstand zu; die Mitarbeiter der AG sind durch das Aktienrecht nicht unmittelbar angesprochen. Aus dem Aktienrecht ergibt sich somit auch nicht, dass Mitarbeiter die Entscheidungsfindung durch den Vorstand zu kontrollieren hätten (zu Pflichten der Arbeitnehmer s *Hainz*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und Organfunktion in Servicegesellschaften, GRAU 2020, 17 [in diesem Heft]).

Für Geschäftsführer einer Tochter-GmbH gilt, dass diese bei Kenntnis einer kompetenzlosen bzw unwirksamen Anordnung des Vorstands der Muttergesellschaft die Anordnung nicht umsetzen müssen. Die Geschäftsführer der Tochter-GmbH sind im Verhältnis zur Muttergesellschaft „Dritte“,<sup>29)</sup> die auf den Anschein gehöriger Vertretung vertrauen dürfen, wenn ein solcher Anschein vom Vorstand der Muttergesellschaft (zB aufgrund langjähriger Verhaltens) ausgeht (s dazu auch *Rauter*, Weisungserteilung durch gesamtvertre-

tungsbefugte Organe, GRAU 2020, 14 [16] [in diesem Heft]). Der Geschäftsführer einer Tochter-GmbH muss daher grundsätzlich nicht klären, ob sich der für die Muttergesellschaft als Weisungsgeber Auftretende seinerseits gegenüber der Muttergesellschaft rechtskonform verhält und diese Weisung erteilen darf.<sup>30)</sup>

### I. Vertrauen auf Organhandeln

Aus Sicht des Aktienrechts sind die Vorstandsmitglieder einer AG grundsätzlich die zuverlässigsten operativ tätigen Personen, denn sie übernehmen die Positionen mit der größten Verantwortung für die AG. Kontrolliert werden Vorstandsmitglieder durch ihre Vorstandskollegen und durch den Aufsichtsrat, uU auch durch die Hauptversammlung. Unter Organwaltern gilt der gesellschaftsrechtliche **Vertrauensgrundsatz**, welcher besagt, dass man den Aussagen und Maßnahmen von Organmitgliedern grundsätzlich vertrauen darf, sofern es **keine Verdachtsmomente** für ein Fehlverhalten gibt. Nach den Wertungen des Gesellschaftsrechts muss ein Organwalter auf die Korrektheit des Verhaltens seiner Kollegen vertrauen dürfen, solange keine dieses Vertrauen erschütternden Verdachtsmomente vorliegen.<sup>31)</sup> Andernfalls müsste eine Verpflichtung zum Misstrauen postuliert werden und zudem ein Organwalter jeden Arbeitsschritt selbst erledigen bzw nachvollziehen, wozu aufgrund des Gesetzes keine Verpflichtung besteht.<sup>32)</sup> Die aus einem solchen Erfordernis resultierende Beschäftigung mit sämtlichen Geschäftsführungsangelegenheiten würde wegen der individuellen Kompetenz- und Erfahrungsstruktur der einzelnen Organwalter und der knappen Zeitressourcen die Funktionsfähigkeit des Unternehmens beeinträchtigen.<sup>33)</sup>

Der Vertrauensgrundsatz gilt auch zwischen Organwaltern unterschiedlicher Gesellschaftsorgane und wird grundsätzlich auch im Konzern zur Anwendung gelangen,<sup>34)</sup> wenn nämlich eine **arbeitsteilige Organisation**

23) Siehe ua *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> (2018) § 70 Rz 64f.

24) Dazu eingehend *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 157.

25) *Rauter*, Weisungserteilung durch gesamtvertretungsbefugte Organe GRAU 2020, 14 (15) (in diesem Heft).

26) So *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 185.

27) *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 188.

28) *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 190.

29) Sie sind als solche nämlich nicht Organwalter der Muttergesellschaft.

30) Instrukтив *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>19</sup> (2016) § 43 Rz 40, der darauf hinweist, dass Weisungen des Vertreters der Alleingesellschafterin idR haftungsbefreiende Wirkung haben, auch wenn dieser gegen die innere Kompetenzordnung der Muttergesellschaft verstößt. Es bestehe keine Obliegenheit des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft, die Kompetenzmäßigkeit per se zu hinterfragen oder sogar eigene Erkundigungen anzustellen. Nach dem Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht müsse er sich bloß Evidenz eines Vertretungsmangels (oder positive Kenntnis) entgegenhalten lassen. Siehe weiters *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>21</sup> (2017) § 43 Rz 34.

31) Vgl ua *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/303; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 181; jeweils im Zusammenhang mit der Ressortverteilung.

32) Siehe *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 6 (4. Lfg 2010).

33) Vgl auch *Seibt*, Dekonstruktion des Delegationsverbots bei der Unternehmensleitung, in FS K. Schmidt (2009) 1463 (1468).

34) Siehe auch *Schopper*, Compliance im Konzern, in *Kalss/Torggler*, Compliance (2016) 53 (73f).

vorliegt. Die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft handeln auch dann sorgfältig, wenn sie gemäß der Arbeitsteilung im Konzern handeln und auf Informationen zB der Muttergesellschaft vertrauen. Die Informationen müssen mE nicht stets von einem Organwalter der Muttergesellschaft stammen, sondern es genügt, wenn beauftragte Mitarbeiter die Informationen übermitteln.

## J. Sorgfaltswidrige und rechtswidrige Weisungen

Kann der Geschäftsführer der Tochter-GmbH erkennen, dass ihm eine sorgfaltswidrige Weisung erteilt wird, besteht für ihn eine **Warnpflicht**: Er hat auf die Sorgfaltswidrigkeit aufmerksam zu machen, dies bei Bedarf zu begründen und somit Gelegenheit zu geben, dass die Weisung widerrufen bzw abgeändert wird.<sup>35)</sup>

Handelt es sich um **rechtswidrige Weisungen**, so sind diese nicht zu befolgen. Ein spezielles und strittiges Thema sind die sog „gewünschten Gesetzesverletzungen“. Auch bei diesen besteht keine Folgepflicht, mE ist aber eine Haftungsbefreiung gegenüber der Gesellschaft durch die Weisung möglich, weil bzw soweit die Rechtswidrigkeit gegenüber der Gesellschaft durch die Weisungerteilung (welche auch eine Genehmigung beinhaltet) ausscheidet (strittig).<sup>36)</sup> Selbst wenn man den bindenden Charakter der Weisung verneint, bleibt der genehmigende Charakter erhalten, soweit das Gesetz nicht auch diesen durchbricht.<sup>37)</sup>

Praktisch heikel sind **Zweifelsfälle**, in welchen die Rechtswidrigkeit nicht klar erkennbar ist. Aber nicht der bloße Zweifel ist maßgeblich, sondern es müssten – um den Vertrauensgrundsatz zu durchbrechen – Verdachtsmomente vorliegen, dh Umstände, welche auf die Gesetzwidrigkeit der Weisung schließen lassen. Eine Prüfung wird dem Geschäftsführer in der Regel nur möglich sein, wenn er Informationen erhält, was nicht immer der Fall sein wird. Die Muttergesellschaft hat oft kein Interesse, dass der einzelne Organwalter selbst Entscheidungen hinterfragt; sie werden ja ganz bewusst (arbeitsteilig) an anderer Stelle getroffen.

Die **konzernrechtliche Literatur** beschäftigt sich eher mit der Frage des **Informationsflusses** „upstream“.<sup>38)</sup> MaW: Welche Informationen kann die Muttergesellschaft von ihren Tochtergesellschaften erhalten? In der hier relevanten Konstellation der fremdgesteuerten Servicegesellschaft sind diese Überlegungen nicht relevant, weil die Informationen ohnedies der Muttergesellschaft zur Verfügung stehen.

Das Gesellschaftsrecht beantwortet mE aber nicht die Frage (positiv), ob der Mitarbeiter der Muttergesellschaft, der in der Tochter-GmbH als Geschäftsführer fungiert, einen Anspruch auf Informationen hat, über welche die Muttergesellschaft (zB in anderen Abteilungen) verfügt. Wenn das Gesellschaftsrecht einen solchen Anspruch auch nicht einräumt, so wird man dem Geschäftsführer doch in Situationen, in welchen er aufgrund der dürftigen Informationslage vor dem Problem steht, die Rechtswidrigkeit einer Weisung nicht selbst beurteilen zu können, obwohl Verdachtsmomente vorliegen, das Recht einräumen müssen, die **Durchführung der Weisung** (trotz grundsätzlich bestehender Weisungsbindung) **abzulehnen**.

Die Ablehnung der Weisungsdurchführung gewinnt durch den Umstand an Bedeutung, dass die **Rechtsprechung** hinsichtlich nichtiger Weisungen, die sich aus einer Verletzung gläubigerschützender Normen ergibt, eine haftungsbefreiende Wirkung grundsätzlich ablehnt.<sup>39)</sup> Damit nimmt der OGH § 25 Abs 5 GmbHG seinen Anwendungsbereich: Nach anderer (zut) Ansicht kann ein Gesellschafterbeschluss auch in den Fällen des § 25 Abs 3 GmbHG (somit auch in Fällen der Einlagenrückgewähr) entlasten, allerdings mit der Einschränkung, dass der Ersatzanspruch der Gesellschaft nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.<sup>40)</sup> Das ist stimmig, weil der Normzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr eine Einschränkung der Entlastungswirkung nur erfordert, wenn ein Bedürfnis iS der Gläubigerbefriedigung besteht.<sup>41)</sup>

## K. Kern des Problems

Nach dem bisher Gesagten erscheint ein Punkt besonders kritisch: **Verdachtsmomente**. Das Vorliegen solcher Umstände beseitigt den Vorteil des Vertrauensgrundsatzes. Es zwingt dazu, die normalen Bahnen der schlichten Umsetzung von Anweisungen zu verlassen und etwas in der Praxis vermutlich eher Unübliches zu tun, nämlich sich mit der Anweisung des Vorgesetzten (bzw Alleingesellschafters) auseinanderzusetzen und ggf auch einen abweichenden Standpunkt zu beziehen.

Verdachtsmomente sind auch deshalb kritisch, weil sie **nicht stets bereits bei ihrem Auftreten bemerkt** bzw als solche erkannt werden. Ursache dessen kann sein, dass ein Mitarbeiter bzw Geschäftsführer sie sorgfaltswidrig nicht erkannt oder er sie erkannt, aber nicht reagiert hat (wofür diverse Gründe ausschlaggebend sein können). Es wäre aber auch möglich, dass die Verdachtsmomente aus damaliger Sicht gar keine waren. Diesfalls wäre der Vertrauensgrundsatz auch nicht durchbrochen und der handelnden Person gar nicht Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen. Das ist aber die Theorie und nicht stets die Praxis.

Dem Gesellschaftsrechtler ist diese Gefahr einer **nachträglichen Fehlbeurteilung**<sup>42)</sup> im Zusammenhang mit einer Haftung für Organhandeln bekannt.<sup>43)</sup> Rechtlich maßgeblich ist die Perspektive des Organwalters

35) *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/266.

36) Siehe dazu *Rauter*, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, *ecolex* 2012, 944 (945f mwN).

37) Durchbrochen etwa aus Gründen des Gläubigerschutzes durch § 25 Abs 5 GmbHG (betreffend Insolvenz und Einlagenrückgewähr); dazu noch unten.

38) Siehe ua *Schopper*, Informationsweitergabe und Wissenszurechnung im Konzern, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019) 101.

39) Siehe OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f iZm Einlagenrückgewähr.

40) Siehe insb *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 25 Rz 31: Abs 5 beziehe sich auf die Fälle des Abs 3 (mit dem Hinweis, dass aber eine Einflussnahme aller Gesellschafter bzw des Alleingesellschafters erforderlich ist).

41) Zudem ist die Haftung des Geschäftsführers durch Verjährung beschränkt.

42) Rückschaufehler bzw hindsight bias.

43) Dazu ua *U. Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168 (171); *Knötzl/Schacherreiter/Schopper*, Der Rückschaufehler bei der richterlichen Urteilsfindung im Schadenersatzprozess, JBl 2017, 2.

im Zeitpunkt seines Handelns oder Unterlassens (dh: ex ante),<sup>44)</sup> während die praktische Beurteilung nach Kenntnis des Schadens durch den größeren Wissensstand zum Nachteil des angeblich pflichtwidrig handelnden Geschäftsführers verzerrt werden kann. Um dies möglichst zu vermeiden, bedarf es häufig einer intensiven Sachverhaltsaufarbeitung mit entsprechend differenzierendem Blickwinkel.

#### L. Abschließende Bemerkung

Praktisch interessant für den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft könnte (leider) auch die Sorgfalt

der Organe der Muttergesellschaft sein. Aus Sicht des Gesellschaftsrechts bleibt es zwar grundsätzlich bei der Relevanz des Vertrauensgrundsatzes, dh zugleich bei der Maßgeblichkeit von Verdachtsmomenten, anhand welcher eine rechtswidrige Schädigung der eigenen Gesellschaft ggf beurteilt werden kann, doch wäre auch eine Schädigung anderer Gesellschaften im Konzern ein Risiko für den Geschäftsführer. Dies ist immer wieder ein Thema des Strafrechts.

44) Siehe ua OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/64; iZm Strafrecht s etwa OGH 26. 2. 2019, 17 Os 8/18g.

#### → In Kürze

- Das Strafrecht sanktioniert vorsätzliche (wissentliche) Überschreitungen gesellschaftsrechtlicher Handlungsgrenzen. Praktisch besteht die Gefahr, dass Geschäftsführerhandlungen als vorsätzlich begangen ausgelegt werden.
- Die strenge Leitung einer „Servicegesellschaft“ in Form einer GmbH durch die Muttergesellschaft ist grundsätzlich zulässig, unterliegt aber praktisch bedeutsamen Einschränkungen.
- Geschäftsführer der „Servicegesellschaft“ setzen häufig bloß Entscheidungen der Muttergesellschaft ohne eigenen Entscheidungsspielraum um. Die Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers wird dadurch beeinflusst.

→ Wesentliche Folge der Arbeitsteilung ist der Vertrauensgrundsatz, dessen Anwendung allerdings an Verdachtsmomenten scheitern kann. Bei un- ausgeräumten Verdachtslagen kann der Geschäftsführer die Weisungsbefolgung ablehnen. Praktisch gefährlich sind unerkannt gebliebene Verdachtsmomente.

#### → Zum Thema

##### Über den Autor:

Dr. Roman Alexander Rauter ist in einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei tätig.