

war, unverzüglich Klage vor dem zuständigen Gericht oder Schiedsgericht erhoben wird.<sup>15</sup>

Andreas Reiner

Hon.-Prof. Dr. Andreas Reiner ist Rechtsanwalt in Wien.

## Offenlegung

### Verletzung der Offenlegungspflicht als unlautere Geschäftspraktik nach UWG

§ 245 Abs 1, § 249 Abs 2, §§ 277 und 280 UGB  
§ 1 Abs 1 Z 1 UWG

**1. Die Verletzung der Offenlegungspflicht nach UGB kann nach Maßgabe des § 1 Abs 1 Z 1 UWG auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschaft selbst begründen (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch – Fortschreibung der Rspr zu OGH 24.3.2009, 4 Ob 229/08t).**

**2. Erfolgt keine Offenlegung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts der Konzernmutter, kann sich ihre Tochter, die zugleich als Mutterunternehmen zur Konzernrechnungslegung verpflichtet ist, nicht auf die Befreiungsbestimmung des § 245 Abs 1 UGB berufen.**

OGH 24.6.2014, 4 Ob 95/14w (OLG Linz 3 R 37/14b;  
LG Salzburg 13 Cg 9/13y)

Beide beklagten Gesellschaften sind Holding-Gesellschaften und jeweils Muttergesellschaften einer Tochtergesellschaft mit jeweils mehreren Enkelgesellschaften. Seit 2011 ist die Zweitbeklagte die 100%ige Tochter der Erstbeklagten. Auch die Klägerin ist eine Holding-Gesellschaft.

- ▶ Das Berufungsgericht verpflichtete die Beklagten, Verletzungen der Offenlegungspflicht gem § 277 iVm § 280 UGB zu unterlassen, insb durch eine Verletzung der Pflicht zur Vorlage des Konzernabschlusses beim zuständigen Firmenbuchgericht innerhalb von neun Monaten nach dem Bilanzstichtag. Es liege ein Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG vor. Der Konzernabschluss sei ein reines Informationsinstrument und solle einen leichteren Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage einer Unternehmensgruppe ermöglichen, die aus mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen besteht, die aber beteiligungs- und managementmäßig miteinander verflochten sind, also eine wirtschaftliche Einheit bilden. Es wäre bei großen international agierenden Konzernen schwierig, sich einen profunden Überblick über die Lage der Unternehmensgruppe zu verschaffen, müsste man sich die Einzelabschlüsse aller Konzernunternehmen vorlegen lassen. Es sei nicht möglich, im Konzernabschluss die Ertragslage zu schönen oder eine höhere als die tatsächliche Liquidität vorzutäuschen. Die Konzernrechnungslegung diene vorrangig der Information von Interessenten. Die Kenntnis der wirtschaftlichen Lage könne sowohl das Verhalten der Marktgegenseite (Kunden und Lieferanten) als auch jenes der Mitbewerber beeinflussen. Das gelte nicht zuletzt auch im unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien. Eine unterschiedliche Offenlegungspraxis verletze das lauterkeitsrechtliche Postulat der gleichen rechtlichen Ausgangsbedingungen für alle Wettbewerber.
- ▶ Der OGH wies den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Parteien zurück.

#### Aus der Begründung des OGH:

Das Berufungsgericht hat die Grundsätze der E 4 Ob 229/08t in vertretbarer Weise auf einen vergleichbaren Sachverhalt angewendet. Eine erhebliche Rechtsfrage liegt – entgegen der

Auffassung der Rechtsmittelwerber – nicht schon allein deshalb vor, weil lediglich eine einzige Vorentscheidung des OGH vorliegt, zumal diese eingehend begründet ist und das Ergebnis trägt (vgl Zechner in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze IV/1<sup>2</sup>, § 502 ZPO Rz 29 mit Nachweisen aus der Rspr und RIS-Justiz RS0103384).

Die Zulassungsbeschwerde zeigt auch sonst keine erhebliche Rechtsfrage auf:

1.1. Der Ausnahmetatbestand nach § 249 Abs 2 letzter Satz UGB (Entfall der Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses für ein Mutterunternehmen, das nur Tochterunternehmen von untergeordneter Bedeutung besitzt) ist restriktiv anzuwenden (vgl 6 Ob 157/08v, Pkt 5.1.).

1.2. Die Vorinstanzen haben diese Bestimmung zutreffend im Lichte ihres unzweideutigen Wortlauts dahin ausgelegt, dass auch mittelbare Tochterunternehmen dem Mutterunternehmen zuzurechnen sind („Als Rechte, die einem Mutterunternehmen zustehen, gelten auch die einem Tochterunternehmen zustehenden Rechte ...“), und das Vorliegen des Tatbestands nach den Umständen des Einzelfalls in vertretbarer Weise verneint. Die gegenteilige Auslegung der Beklagten ist angesichts der unmissverständlichen Textierung des § 244 Abs 4 Satz 1 UGB nicht vertretbar.

2.1. Das Vorliegen des Befreiungstatbestands nach § 245 Abs 1 UGB (Einbeziehung eines Tochterunternehmens in einen aufgestellten und überprüften Konzernabschluss) hat das Berufungsgericht deshalb verneint, weil der übergeordnete Konzernabschluss nicht veröffentlicht worden ist. Es ist damit von höchstgerichtlicher Rspr nicht abgewichen.

2.2. In der ausführlich begründeten E 6 Ob 254/05d wird unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung (Umsetzung insb der 7. Richtlinie 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss durch das RLG, BGBl 1990/475) überzeugend dargelegt, dass jeder (verpflichtend) aufgestellte Konzernabschluss auch offenzulegen ist und die Befreiung eines Mutterunternehmens, das zugleich Tochterunternehmen ist, von der Pflicht, den konsolidierten Teilabschluss aufzustellen, ua auch die Offenlegung des konsolidierten Abschlusses ihres Mutterunternehmens voraussetzt (so ausdrücklich Art 7 der 7. Richtlinie 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss). Dass es sich beim Mutterunternehmen im damaligen Anlassfall um eine Privatstiftung gehandelt hat, ändert nichts an den dort gewonnenen allgemeinen Aussagen zu § 245 Abs 1 UGB.

3.1. Zu Unrecht stellen die Rechtsmittelwerber den Informationswert eines Konzernabschlusses für Dritte in Frage. Zu verweisen ist dazu zunächst auf die Erwägungsgründe der genannten 7. Richtlinie, wonach die vorgesehene Koordinierung im Bereich des konsolidierten Abschlusses auf den Schutz der gegenüber Kapitalgesellschaften bestehenden Interessen abstellt. In Fällen, in denen ein Tochterunternehmen selbst Mutterunternehmen ist, ist es danach im Interesse einer vollständigen Information grundsätzlich erforderlich, einen konsolidierten Abschluss aufzustellen (6 Ob 254/05d).

3.2. Auch die E 6 Ob 239/08b (Pkt 3.9.) betont die nicht unwesentliche wirtschaftliche Bedeutung eines Konzernabschlusses und führt aus, dass Mutterunternehmen mit der Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses gezwun-

<sup>15</sup> Siehe die zum österreichischen materiellen Recht gehörende Bestimmung in § 584 Abs 4 ZPO; dazu Reiner, Das neue österreichische Schiedsrecht (2006) Anm 61.

gen werden, (zumindest) jährlich die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns so darzustellen, als ob die rechtlich selbständigen Unternehmen ein einziges Unternehmen wären (§ 250 Abs 3 UGB; Fiktion der wirtschaftlichen Einheit), weshalb der Konzernabschluss in der Kapitalgesellschaft ein bedeutendes Informationsinstrument ist.

3.3. Unter diesen Umständen ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Rechtsbruch der Beklagten sei geeignet, den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen, nicht zu beanstanden. Ob dadurch auch eine spürbare Beeinflussung des Wettbewerbs zulasten der Verbraucher erfolgt, ist hingegen im hier allein geltend gemachten mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG) unerheblich.

4. Die Befürchtung der Zweitbeklagten, sie werde sich künftig selbst dann nicht auf die Ausnahmebestimmung des § 245 UGB berufen können, wenn der sie befreiende Konzernabschluss der Erstbeklagten veröffentlicht worden ist, ist unbegründet. Es besteht kein zwingender Anlass, Rechtfertigungsgründe und daraus resultierende Ausnahmen vom gerichtlichen Verbot in den Spruch aufzunehmen, gelten diese doch aufgrund des Gesetzes unabhängig davon, ob sie im Spruch des Unterlassungsgebotes ausdrücklich erwähnt werden oder nicht. Liegt der rechtfertigende Tatbestand vor, kann aufgrund des hier ergangenen gerichtlichen Unterlassungsgebots nicht erfolgreich Exekution geführt werden (RIS-Justiz RS0114017).

#### Anmerkung:

Obwohl der OGH die außerordentliche Revision mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen hat, ist die Entscheidung für einen Zurückweisungsbeschluss sehr ausführlich begründet; ihr ist auch zuzustimmen.

#### 1. Zum Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG:

Die Klägerin nahm die Beklagten wegen der Nicht-Veröffentlichung ihrer (Teil-)Konzernabschlüsse wegen Rechtsbruchs gem § 1 Abs 1 Z 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch. Schon vor der UWG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/79) judizierte der OGH, dass jede Verletzung einer generellen Norm auch einen Verstoß gegen § 1 UWG begründen kann. Die Verletzung war aber nach der stRspr nur dann sittenwidrig, wenn sich jemand durch einen zu Wettbewerbszwecken begangenen Rechtsbruch einen Vorsprung gegenüber Mitbewerbern verschaffte und das gesetzwidrige Handeln geeignet war, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken. Trotz der in der Lehre dagegen vorgebrachten Kritik (*Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> [1997] § 33 Rz 94 ff; *W. Schuhmacher*, Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, FS Koppensteiner [2007] 137 [153 ff]) hielt der OGH auch nach der UWG-Novelle 2007 an dieser Rspr fest (OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b, *Stadtrundfahrten*, ÖBl 2008/48 [*Mildner*] = *ecolex* 2008/199 [*Tonninger*]). Entscheidend für die Wettbewerbsrelevanz der Verletzung einer Norm ist nach stRspr des OGH die tatsächliche Auswirkung auf den Markt. Eine solche Auswirkung ist immer dann anzunehmen, wenn ein Unternehmer durch die Verletzung der Norm im Ergebnis einen spürbaren Vorteil gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern erlangen kann. In einem solchen Fall sprechen die Interessen der Mitbewerber für eine (auch) lauterkeitsrechtliche Sanktionierung des rechtswidrigen Verhaltens. Durch die Aufnahme der Eignung des beanstandeten Verhaltens zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs in den Tatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 UWG habe der Gesetzgeber nach Ansicht des OGH – dessen Rspr folgend – ein für den Rechtsbruchtatbestand konstitutives Element verallgemeinert (siehe auch *Schmid in Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup>, § 1 Rz 721 ff).

In der – nach der UWG-Novelle 2007 ergangenen – Entscheidung vom 24.3.2009, 4 Ob 229/08t, *Offenlegung II*, GesRZ 2009, 296 (*Haberer*) = *ecolex* 2009/271 (*Tonninger*) = ÖBl 2009/42 (*Thöni*), hielt der OGH die Anwendung von § 1 UWG bei einem Verstoß gegen Offenlegungspflichten für gemeinschaftsrechtlich unbedenklich. Nach Art 6 lit a der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG hätten die Mitgliedstaaten geeignete Maßregeln zumindest für den Fall anzudrohen, dass die in Art 2 Abs 1 lit f vorgeschriebene Offenlegung der Rechnungsunterlagen unterbleibt. Auch wenn die Zwangsstrafenregelungen des § 283 UGB zu diesen Maßregeln gehören, kann aus dem Gemeinschaftsrecht nicht abgeleitet werden, dass das nationale Recht nicht auch weitere Sanktionsmöglichkeiten vorsehen kann. Diese können auch in lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen bestehen, sodass § 283 UGB lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen daher nicht entgegensteht. Mit der Unvertretbarkeit der Rechtsauffassung und der Eignung des Verhaltens zur nicht bloß unerheblichen Beeinflussung des Wettbewerbs enthält § 1 Abs 1 Z 1 UWG zusätzliche (wenngleich teils ungeschriebene) Tatbestandsmerkmale, die über die bloße Nichteinreichung des Jahresabschlusses hinausgehen. Die Rechtslage ist daher nicht anders als bei Verstößen gegen (andere) verwaltungsrechtliche Vorschriften oder gegen das Kartellrecht: Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Einhaltung bestimmter Verhaltensregeln mit Verwaltungsstrafen oder Geldbußen bewehrt, ändert nichts daran, dass bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs 1 Z 1 UWG auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche bestehen.

Dementsprechend wird in der besprochenen Entscheidung der mit der Verletzung der Offenlegungspflicht gem § 277 iVm § 280 UGB verbundene Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG nicht weiter thematisiert.

#### 2. Zum Ausnahmetatbestand des § 249 Abs 2 UGB:

Bei den Beklagten handelte es sich jeweils um Holding-Gesellschaften, die wiederum jeweils Muttergesellschaften einer Tochtergesellschaft mit jeweils mehreren Enkelgesellschaften sind. Die Zweitbeklagte ist seit 2011 eine 100%ige Tochter der Erstbeklagten. Der Konzern der Zweitbeklagten ist daher ein Teilkonzern der Erstbeklagten.

Trotz Anonymisierung sind die Beklagten der Tagespresse zu entnehmen (vgl. „Die Presse“ vom 29.7.2014: „Spar muss offenlegen – Der Handelskonzern muss laut OGH-Entscheidung seinen Konzernabschluss veröffentlichen“).

Dennoch hatten die Beklagten (zumindest in der außerordentlichen Revision) versucht, mit dem Ausnahmetatbestand des § 249 Abs 2 UGB zu argumentieren.

Gem § 249 Abs 2 UGB muss ein Tochterunternehmen dann nicht in einen Konzernabschluss einbezogen werden, wenn es für die Verpflichtung, ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns zu vermitteln, von lediglich untergeordneter Bedeutung ist. Entsprechen mehrere Tochterunternehmen diesen Voraussetzungen, so sind sie dennoch in den Konzernabschluss einzubeziehen, wenn sie zusammen nicht von untergeordneter Bedeutung sind. Nur für Mutterunternehmen, die ausschließlich Tochterunternehmen haben, die für sich und zusammen genommen von untergeordneter Bedeutung sind, entfällt die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und Konzernlageberichts.

Die Beurteilung der untergeordneten Bedeutung hat nicht nur auf Ebene des einzelnen Tochterunternehmens, sondern auch auf Ebene aller Tochterunternehmen, die nicht einbezogen werden sollen, zu erfolgen. Die Bestimmung ist nach ganz hM restriktiv anzuwenden (*Deutsch-Goldoni in Straube*, UGB II<sup>3</sup>, § 249 Rz 21; *N. Müller/Ruzicka in U. Torggler*, UGB [2013] § 249 Rz 8 – jeweils mwN). Dass diese Ausnahmebestimmung auf die Spitzengesellschaften des zweitgrößten österreichischen Einzelhandelskonzerns nicht anwendbar ist, bedarf mit dem OGH keiner weiteren Begründung.

#### 3. Zum Befreiungstatbestand des § 245 Abs 1 UGB:

Gem § 245 Abs 1 UGB sind Tochterunternehmen, die in Österreich ihren Sitz haben und in einen Konzernabschluss samt Konzernlagebericht einbezogen sind, der nach österreichischen oder diesen gleichwertigen ausländischen Vorschriften aufgestellt und geprüft

worden ist, nur dann verpflichtet, selbst einen Konzernabschluss aufzustellen, wenn dies vom Aufsichtsrat oder einer qualifizierten Minderheit verlangt wird. Nach dem Gesetzeswortlaut wäre daher die Ansicht der Zweitbeklagten vertretbar, dass sie – vorausgesetzt, ihre Muttergesellschaft hätte einen Konzernabschluss aufgestellt und dieser wäre geprüft worden – nicht verpflichtet ist, einen Konzernabschluss aufzustellen und offenzulegen.

Das Berufungsgericht hatte die Anwendbarkeit dieser Bestimmung dennoch verneint, weil der übergeordnete Konzernabschluss (der Erstbeklagten) nicht veröffentlicht worden ist. Der OGH teilt diese Auffassung unter Verweis auf seine Entscheidung vom 1.12.2005, 6 Ob 254/05d, in der der OGH unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung überzeugend dargelegt habe, dass jeder (verpflichtend) aufgestellte Konzernabschluss auch offenzulegen sei und die Befreiung eines Mutterunternehmens, das zugleich Tochterunternehmen ist, von der Pflicht, den konsolidierten Teilabschluss aufzustellen, ua auch die Offenlegung des konsolidierten Abschlusses seines Mutterunternehmens voraussetze (Art 7 Abs 2 lit b sublit bb der Konzernabschlussrichtlinie 83/349/EWG). In der vom OGH zitierten Entscheidung war es ebenso wie in der E 4 Ob 229/08t um den Konzernabschluss eines Teilkonzerns gegangen, dessen Muttergesellschaft jeweils eine Privatstiftung war. Privatstiftungen sind zwar gem § 18 PSG verpflichtet, einen Konzernabschluss aufzustellen, sie sind aber nicht verpflichtet, diesen auch zu veröffentlichen. In beiden Fällen hatten die Rechtsmittelwerber erfolglos argumentiert, dass sie von den Befreiungsvoraussetzungen des § 245 UGB (bzw HGB) Gebrauch machen könnten, obwohl der Mutter-Konzernabschluss in rechtlich zulässiger Weise nicht veröffentlicht werden musste. In ausführlicher Auseinander-

setzung mit der Literatur und der Konzernabschlussrichtlinie kam der OGH damals zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber des RLG nicht voraussehen konnte, dass ein künftiger Rechtsträger (nämlich die Privatstiftung) anders als die bisher bekannten als Konzernmutter auftreten könnte, ohne verpflichtet zu sein, die aufgestellten und geprüften Konzernabschlüsse offenzulegen. Er habe diesen Fall daher bei der Formulierung des § 245 HGB nicht bedenken können. Deshalb habe er auch nicht von der weiteren Möglichkeit des Art 38 Abs 4 der Konzernabschlussrichtlinie Gebrauch gemacht, anstelle der Verpflichtung zur Offenlegung iSd Art 3 der Publizitätsrichtlinie die Bereithaltung der Unterlagen am Sitz der Muttergesellschaft vorzusehen. Zutreffend ging der OGH daher in der besprochenen Entscheidung davon aus, dass es für die Inanspruchnahme der Befreiungsbestimmung des § 245 UGB auf die Offenlegung des übergeordneten Konzernabschlusses ankommt.

In dem am 23.9.2014 vom Justizministerium versandten Begutachtungsentwurf zum Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014, mit dem primär die Jahresabschlussrichtlinie 2013/34/EU umgesetzt werden soll, sind auch Änderungen des § 245 UGB und des § 18 PSG vorgesehen. § 245 UGB sieht nach dem Entwurf künftig ausdrücklich vor, dass für die Inanspruchnahme der Befreiung der übergeordnete Konzernabschluss auch veröffentlicht ist. In § 18 PSG erfolgt eine Verweisanpassung, wonach künftig Privatstiftungen, die einen Konzernabschluss aufstellen, diesen auch offenzulegen haben.

Rainer Herzig

Dr. Rainer Herzig ist Rechtsanwalt in Wien.

## Rezension

### Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratshaftung

Von RA Dr. Matthias M. PITKOWITZ, LL.M., XXXV und 210 Seiten, Preis € 65,- [D] bzw € 66,90 [A], Verlag C.H. Beck, München 2014.

Die Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern hat längst die oberstgerichtliche Judikatur im Bereich sowohl des Zivil- als auch des Strafrechts erreicht. Markante Entscheidungen der letzten Monate geben Zeugnis davon. Die Verantwortung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder war auch Thema des diesjährigen Deutschen Juristentages. Die Haftung der Leitungs- und Aufsichtsorgane beschäftigt die Praxis ständig in ihrer täglichen Entscheidungsfindung. Das Thema liegt in der Luft. *Matthias M. Pitkowitz* hat nunmehr ein konzises „Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratshaftung“ vorgelegt, das sich sowohl dem deutschen als auch dem österreichischen Leser zuwendet. Zwar sind die Rechtsfragen in §§ 76 und 70 AktG und §§ 93 und 84 dAktG über weite Strecken parallel, dennoch ist es lohnend, die grundlegenden Fragen für beide Rechtsordnungen heraus-

zuarbeiten und für die Praxis Gestaltungslösungen und Varianten vorzustellen. Das Buch zeichnet sich nicht nur durch die gezielte Adressierung an deutsche und österreichische Leser zugleich aus, sondern auch durch praxisnahe, grafische Auflockerungen des Textes, wodurch komplexe Fragen und Zusammenhänge verständlicher gemacht werden. Das Buch bietet einen soliden Einstieg in die Verantwortung der Organe und beschäftigt sich intensiv mit Fragen des unternehmerischen Ermessens und der Business Judgment Rule, der Zulässigkeit nützlicher Gesetzesverletzungen und der Abwägung des unternehmerischen Ermessens. Verdienstvoll ist auch die Verklammerung mit Fragen der D&O-Versicherung und der endgültigen Schadensermittlung und Schadenstragung. Jeder Praktiker und jeder Interessierte hat mit dieser aktuellen und doppelt ausgerichteten Darstellung einen einfachen und wertvollen Zugriff, um eine erste Orientierung seiner rechtlichen Situation zu bekommen. Das Buch wird sich gewiss in nächster Zukunft in anstehenden Verfahren bewähren.

Susanne Kals