

An die  
COVID 19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH - COFAG  
Taborstraße 1-3/14  
1020 Wien

2. Oktober 2023

**Rechtsgutachten**  
**über die Sorgfaltspflichten und die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer**  
**und der Mitglieder des Aufsichtsrats der COVID 19 Finanzierungsagentur**  
**des Bundes – COFAG im Zusammenhang mit der Beachtung von**  
**europarechtlichen Bestimmungen für Zuschüsse und Unterstützungen an**  
**Unternehmen**

**I. Ausgangslage**

1

Die COVID 19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) ist eine GmbH mit Sitz in Wien. Der Gesellschaftsanteil der COFAG steht – bundesgesetzlich durch § 2 Abs 2a ABBAG-Gesetz vorgegeben – im Eigentum der ABBAG. Bei der COFAG handelt es sich also um eine mittelbar über die ABBAG im Eigentum des Bundes stehende Gesellschaft. Sie ist eine Einzelgesellschaft der Republik Österreich. Die Eigentümerrechte an der Tochtergesellschaft ABBAG übt der Bundesminister für Finanzen aus.

Die Aufgaben der COFAG sind (bezüglich der Gewährung finanzieller Maßnahmen) in § 2 Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 7 ABBAG-Gesetz abschließend festgelegt.

Die COFAG erbringt die ihr übertragenen Aufgaben ausschließlich mit den Mitteln des Privatrechts, hoheitliche Befugnisse sind ihr nicht übertragen.

Die COFAG wurde zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe gegründet und wurden ihr diese Aufgaben übertragen. Die Republik Österreich überträgt daher der COFAG die Aufgaben und stellt ihr über mehrere Finanzierungsvereinbarungen alle dafür erforderlichen Mittel zu Verfügung.

2

Die COFAG war durch gesetzliche Grundlage und auf der Grundlage von Richtlinien und Aufträgen des Bundesministers für Finanzen damit betraut, Zuschüsse für Unternehmen, die durch die Corona-Krise in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit beeinträchtigt wurden, zu unterstützen und finanzielle Zuwendungen auszubezahlen; diese Aufgaben sind in § 2 Abs. 2a ABBAG Gesetz abschließend festgelegt.

Dabei wurden für einzelne Hilfsmaßnahmen – dh sogenannte COFAG-Produkte – in unterschiedlicher Weise die Bemessungsgrundlage und die maximale Höchstgrenze festgelegt.

Für die erste Zuschussmaßnahme (COFAG-Produkte), nämlich den Fixkostenzuschuss, der ab dem 26.5.2020 gewährt werden konnte, wurde in den normativen Vorgaben für die Ermittlung der Höchstgrenze die sogenannte Konzernbetrachtung festgelegt (Einbeziehung der verbundenen Unternehmen). Dies wurde in der COFAG auch so angewendet und abgewickelt.

3

Ab den Maßnahmen des Umsatzersatzes sowie des FKZ 800.000 (COFAG-Produkt) wurde bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage und bei der Überprüfung und Festlegung der Höchstgrenze nicht die Konzernbetrachtung vorgenommen, sondern jeweils nur auf die einzelne Gesellschaft abgestellt. Der Umsatzersatz wie auch der FKZ 800.000 konnten ab dem 24.11.2020 gewährt werden. Ab diesem Zeitpunkt wurden alle folgenden Zuschussmaßnahmen (COFAG-Produkte) gemäß den Vorgaben aus den Richtlinien entlang einer Beurteilung für die Einzelgesellschaft abgewickelt.

Die Republik Österreich meldete (über die COFAG) die von ihr gewährten Beihilfen und damit auch die von der COFAG vereinbarten und ausbezahlten Zuschussleistungen in das

Transparency Aid Modul (TAM) der EU; die Meldung einer Änderung von Bemessungsgrundlagen ist nicht vorgesehen. Die ersten Meldungen zum Umsatzeratz und FKZ 800.000 erfolgten im Mai 2021.

Die EU nahm diese Meldungen jeweils **zur Kenntnis, ohne** sich unmittelbar danach an die **Republik Österreich** oder direkt **an die COFAG** zu wenden und **Auskunft** über das **Verständnis** oder die Anwendung zu verlangen. Eine Ablehnung war für die Geschäftsführung der COFAG jedenfalls nicht erkennbar.

Das öffentlich einsehbare Register der EU wurde von externer Seite ausgewertet und medial darüber berichtet.

Im Frühjahr 2021 wandte sich die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission (DGCOMP) an die Beihilfeabteilung im Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaft und teilte diesem mit, dass die Generaldirektion für die von der COFAG ausbezahlten Zuschüsse und Hilfszahlungen „ein allfälliges Problem mit dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen von Art 108 AEUV sehe“.

Das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaft fragte über das Bundesministerium für Finanzen bei der COFAG nach. Die COFAG holte wegen und nach der Medienberichterstattung und wegen der Anfrage der Generaldirektion der Europäischen Kommission ein Rechtsgutachten bei der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr zu dieser Frage ein, welches am 15.6.2021 erstattet und der COFAG übermittelt wurde.

Das Rechtsgutachten mit dem Titel „Zur Anwendung der österreichischen COVID-Beihilfemaßnahmen auf Unternehmensgruppen“ der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr kommt nach einer gründlichen Analyse der Rechtsfragen kurzgefasst zu dem Ergebnis, dass für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage und der Höchstgrenzen auf die einzelne selbstständige Gesellschaft bzw auf den einzelnen Rechtsträger abzustellen sei und keine Konzernbetrachtung vorzunehmen sei.

Die COFAG ihrerseits antwortete – gestützt auf das eingeholte Rechtsgutachten – am 30.6.2021 auf die Anfrage der Europäischen Kommission an das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaft. Das Ministerium leitete dieses Schreiben an die Europäische Kommission weiter. In dem Schreiben führte die Geschäftsführung die Rechtsansicht aus, dass entsprechend

den gesetzlichen bzw ordnungsmäßigen Vorgaben und entsprechend den Aufträgen des

Bundesministers für Finanzen ab November 2021 (Umsatzersatz und FKZ 800.000) auf die einzelne Gesellschaft abzustellen sei.

Ausdrücklich wird im Auftrag des Bundesministers für Finanzen vom 25.2.2021 ausgeführt, dass die Verordnungen Zuschüsse bis zu Maximalbeträgen pro Unternehmen zulassen: *„Die Verordnungen lassen Zuschüsse bis zu Maximalbeträgen pro Unternehmen zu (eine Konzernbetrachtung ist nur beim Fixkostenzuschuss 1 für die Berechnung von hohen Maximalbeträgen vorgesehen) (...).*

*Die Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat und die Beiratsordnung sind anzupassen:*

- (...)
- *Bei der Berechnung des „Schwellenwerts“ (Wesentlichkeitsschwelle) ist keine Konzern- oder Gruppenbetrachtung anzustellen.“*

Am 8.3.2022 übermittelt die europäische Kommission Generaldirektion Wettbewerb ein Schreiben an das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaft, in dem sie ausführt, dass für die Prüfung der Antragsvoraussetzungen für die Genehmigung von Beihilfen und damit auch für die COFAG-Maßnahmen (Zuschussmaßnahmen) die Prüfung nicht nur auf Ebene von Einzelunternehmen (selbstständige Gesellschaft) durchzuführen sei, sondern die wirtschaftliche Einheit des zu begünstigenden Unternehmens zu überprüfen ist.

Der letzte Absatz dieses Schreibens lautet: *„In der Umsetzung der von der Europäischen Kommission genehmigten Beihilfen ist daher die Prüfung der Antragsvoraussetzungen für die Genehmigung von Beihilfen nicht nur auf der Ebene von Einzelunternehmen durchzuführen, sondern dabei ist auch die wirtschaftliche Einheit des zu begünstigenden Unternehmens zu überprüfen und die Einhaltung der Höchstbeträge auf Ebene der Gruppe sicherzustellen.“*

Am 1. Juni 2022 richtete der Bundesminister für Finanzen ein Schreiben an die COFAG, wonach mit dem Stichtag 10. März 2022 die Prüfung von Antragsvoraussetzungen für die Genehmigung von Beihilfen nicht nur auf der Ebene von Einzelunternehmen, sondern für die wirtschaftliche Einheit des zu begünstigenden Unternehmens zu überprüfen ist und die Einhaltung der beihilferechtlichen Regelungen auch auf Ebene der Unternehmensgruppe sicherzustellen ist.

Bei schon genehmigten Beihilfen ist eine Prüfung vorzunehmen und sind Lösungsvorschläge zu erarbeiten.

Am 14. Juli 2023 beauftragte der Bundesminister für Finanzen die COFAG, dass (unter den in diesem HBM-Auftrag definierten Bedingungen) Rückforderungsansprüche gegen Unternehmen geltend zu machen sind, sofern die Leistungen der COFAG gegenüber den Leistungsempfängern nicht den beihilferechtlichen Bestimmungen der EU entsprechen.

Am 10. August 2023 schließlich übermittelte die Europäische Kommission an den Bundesminister für Europäische und Internationale Angelegenheiten der Republik Österreich einen Beschluss,<sup>1</sup> in dem noch einmal festgehalten wird, dass die Auszahlung bestimmter Beihilfen durch die Republik Österreich gegen Art 107 f (Art 108 Abs 3) AEUV verstoßen hat. Zugleich genehmigte die Europäische Kommission ein bestimmtes COVID-Schadensausgleichsregime.

---

<sup>1</sup> Europäische Kommission C (2023) 5416 final.

## II. Unterlagen

- Aufträge des Bundesministers für Finanzen an die COFAG ab 26. Mai 2020 bis 14. Juli 2023<sup>2</sup>
- Insbesondere Auftrag des Bundesministers für Finanzen vom 25.2.2021 betreffend die Corporate Governance zur Klarstellung, wie der Schwellenwert in Höhe von 800.000 pro finanzielle Maßnahme für die Genehmigung durch den Aufsichtsrat zu berechnen ist
- Memorandum der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr vom 15.6.2021
- Schreiben der COFAG an den Bundesminister für Finanzen und die Europäische Kommission vom 30.6.2021
- Schreiben der Europäischen Kommission über die Auslegung der Beihilferegeln des befristeten Rahmens auf Unternehmensgruppen an den Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaft vom 8.3.2022
- Schreiben des Bundesministers für Finanzen an die COFAG vom 1.6.2022
- Frequently Asked Questions (FAQ) zum Fixkostenzuschuss I
- FAQ zum Ausfallsbonus und Umsatzeratz
- Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10.8.2023 über das Ausgleichsregime C (2023) 5416 final.

## III. Rechtsfragen

1. Handelten die Mitglieder der Geschäftsführung der COFAG sorgfaltswidrig, wenn sie bis zum Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 1. Juni 2022 bei Prüfung und

---

<sup>2</sup> - HBM-Auftrag samt Anlagen FKZI Vereinfachtes Genehmigungsverfahren und Beirat Geschäftsordnung vom 20.5.2020

- HBM-Auftrag Umsatzeratz und Geschäftsordnung Änderungen, 9.11.2020
- HBM-Auftrag Umsatzeratz erweitert, 3.12.2020
- HBM-Auftrag KFZ 800.000, 3.12.2020
- HBM-Auftrag 3. Umsatzeratz- und Geschäftsordnungsänderung, 21.12.2020
- HBM-Auftrag Verlustersatz, 21.12.2020
- HBM-Auftrag Änderung der 3. Lockdown-Umsatzeratz Feiertagsnovelle, 14.1.2021
- HBM-Auftrag Ausfallsbonus II, 29.7.2021
- HBM-Auftrag Aufrechnung Rückforderungsbeträge, 29.7.2021
- HBM-Auftrag Ausfallbonus III, 16.12.2021
- COFAG HBM-Auftrag betreffend Verlustersatz III, 25.4.2021
- HBM-Auftrag unterfertigt Auszahlung und Aufrechnung Konzernobergrenze, 14.7.2023

Gewährung von Zuschüssen an die Antragssteller von einer auf die einzelne Gesellschaft bezogene Betrachtung für die Höchstgrenzen und nicht von einer Konzernbetrachtung ausgegangen sind?

2. Handelten die Mitglieder des Aufsichtsrats der COFAG sorgfaltswidrig, wenn sie bis zum Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 1. Juni 2022 bei Prüfung und Gewährung von Zuschüssen an die Antragssteller von einer auf die einzelne Gesellschaft bezogene Betrachtung für die Höchstgrenzen und nicht von einer Konzernbetrachtung ausgegangen sind?

#### **IV. Rechtliche Würdigung**

**1. Frage: Handelten die Mitglieder der Geschäftsführung der COFAG sorgfaltswidrig, wenn sie bis zum Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 1. Juni 2022 bei Prüfung und Gewährung von Zuschüssen an die Antragssteller von einer auf die einzelne Gesellschaft bezogene Betrachtung für die Höchstgrenzen und nicht von einer Konzernbetrachtung ausgegangen sind?**

##### **1. Sorgfaltsmaßstab der Mitglieder der Geschäftsführung**

Die COFAG ist eine GmbH. Auf die Geschäftsführer der COFAG ist daher § 25 GmbHG anzuwenden und bildet diese Bestimmung den maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab. Jeder Geschäftsführer ist gemäß § 25 GmbHG **der Gesellschaft gegenüber verpflichtet**, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Die Verantwortlichkeit besteht nur gegenüber der Gesellschaft selbst.

Der Sorgfaltsmaßstab ist **objektiv**. Er wird also etwa durch persönliche Unfähigkeit oder Unkenntnis des Geschäftsführers nicht geändert. Maßfigur ist der ordentliche Geschäftsführer. Besondere Fachkenntnisse hat der Geschäftsführer jedenfalls einzusetzen, zumal er oft gerade wegen seiner fachlichen Eignung bestellt wird.<sup>3</sup> Der Maßstab ist nicht einheitlich, vielmehr hängen die **konkreten Sorgfaltspflichten** des Geschäftsleiters je nach **Größe**,

---

<sup>3</sup> *Felt/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 25 Rz 18; *Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer<sup>2</sup> (2020) 296.

**Branchenzugehörigkeit, Aufgabenstellung** und Unternehmensgegenstand des von den Geschäftsführern geleiteten Unternehmens ab.<sup>4</sup> Daher richtet sich der Sorgfaltsmaßstab für die Geschäftsführer der COFAG entsprechend der **spezifischen und gesetzlich vorgegebenen** Aufgabe der COFAG. Gemäß § 2 Abs 2 Z 7 und § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz liegt der Geschäftsgegenstand der Gesellschaft darin, finanzielle Maßnahmen und Dienstleistungen für antragstellende Unternehmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Nachteile aus der Corona-Krise vorzunehmen. Somit haben die Geschäftsführer, die für diese Aufgabe üblicherweise erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu leisten.<sup>5</sup> Dabei darf der Sorgfaltsmaßstab nicht überzogen werden.<sup>6</sup> Die Geschäftsführer haben die Geschäfte fachlich einwandfrei, dh nach gesicherten betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen, zu führen.<sup>7</sup>

## 2. Legalitätspflicht

Es ist eine **Kardinalpflicht eines Geschäftsführers**, sich bei seiner Amtsführung **gesetzestreu** zu verhalten.<sup>8</sup> Diese Legalitätspflicht besteht aus zwei Teilbereichen, nämlich

- der **internen Pflichtenbindung** und
- der **externen Pflichtenbindung**.

Die **interne Pflichtenbindung** wird durch das GmbHG, das spezifische Gesellschaftsrecht einer Sondergesellschaft, wie der COFAG, den Gesellschaftsvertrag und die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung konkretisiert.<sup>9</sup> Somit haben die GmbH-Geschäftsführer die spezifischen **GmbH-rechtlichen Regelungen**, wie die Berichtspflichten, Kapitalerhaltungspflichten, etc, ebenso einzuhalten wie die Vorgaben aus dem Gesellschaftsvertrag und aus der Geschäftsordnung.

Zusätzlich zu den GmbH-spezifischen Regelungen unterliegt ein Geschäftsführer auch einer **externen Pflichtenbindung**, dh ein Geschäftsführer hat im Außenverhältnis sämtliche Rechtsvorschriften einzuhalten, die die Gesellschaft treffen.<sup>10</sup> Darunter fallen jedenfalls Gesetze oder **Verordnungen von Verwaltungsbehörden**, unabhängig davon, ob sie als

---

<sup>4</sup> OGH 1 Ob 20/03b; OGH RIS Justiz RS 0118177.

<sup>5</sup> OGH 5 Ob 686/78; OGH 4 Ob 546/91.

<sup>6</sup> OGH 6 Ob 84/16w; OGH 8 ObA 109/20t.

<sup>7</sup> OGH 1 Ob 600/86.

<sup>8</sup> *Schima/Toscani*, Handbuch Geschäftsführer<sup>2</sup> 303; *Fleischer* in MünchKomm zum GmbHG<sup>4</sup> (2023) § 43 Rz 21.

<sup>9</sup> *Fleischer* in MünchKomm zum GmbHG<sup>4</sup> § 43 Rz 22; *Kleindieck* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>20</sup> § 43 Rz 12.

<sup>10</sup> *Schima/Toscani*, Handbuch Geschäftsführer<sup>2</sup> 303 f; *Fleischer* in MünchKomm zum GmbHG<sup>4</sup> § 43 Rz 31.

Verordnung oder sonst wie – etwa als Richtlinie – bezeichnet werden. Verordnungen des Bundesministers für Finanzen sind daher jedenfalls zu befolgen. Als GmbH, die Aufgaben für die Republik Österreich wahrnimmt, die ihr gesetzlich zugewiesen wurden, ist die COFAG bei **ihrer Aufgabenwahrnehmung unter anderem auch an die Grundrechte, insbesondere den Gleichheitsgrundsatz** gebunden.<sup>11</sup> Zu den rechtlichen Vorgaben, die die Gesellschaft und damit ihre Gesellschafter jedenfalls auch einzuhalten haben, gehören auch die Vorschriften des gesamten Zivil- und Wirtschaftsrechts, ua des Kartell- und Wettbewerbsrechts und **daher auch des Beihilfenrechts**.<sup>12</sup>

### 3. Unrichtige Anwendung des Beihilfenrechts

Die „COFAG-Produkte“, dh die Finanzierungsmaßnahmen und Zuschüsse, die die COFAG kraft gesetzlicher Ermächtigung und Anordnung in den Richtlinien leistet, sind als Beihilfen zu qualifizieren, zumal es sich um Zuschüsse an Unternehmen – letztlich von der Republik Österreich – handelt.<sup>13</sup> Die Richtlinien sind als Verordnungen zu qualifizieren. Daher sind auch die EU-rechtlichen Regelungen über Beihilfen anzuwenden. Als **Unternehmen** im Sinne des unionsrechtlichen Beihilferechts gilt jede eine **wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit**.<sup>14</sup> Letztlich, und dies ist hier nicht auszuführen, geht es dabei darum, ob sich jede – eine wirtschaftliche Tätigkeit **ausübende – Einheit** auf eine einzelne Gesellschaft oder über die einzelne Gesellschaft auf mehrere Rechtsträger beziehen kann.

Die Geschäftsführer der COFAG haben mit Ausnahme des Fixkostenzuschusses I für alle anderen COFAG-Maßnahmen den **Unternehmensbegriff** auf die **einzelne Gesellschaft** bezogen und keine Gruppen- oder Konzernbetrachtung vorgenommen. Sie haben den unionsrechtlichen Begriff (Unternehmen = Undertaking) somit eng im Sinne des Einzelunternehmens interpretiert.

---

<sup>11</sup> *Holoubek*, in: Korinek/Holoubek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Kommentar, Art 7 Abs 1 und 2 B-VG, Rz 434 mwN.

<sup>12</sup> LG München, NZG 2014, 345, 346; *Fleischer* in MünchKomm zum GmbHG<sup>4</sup> § 43 Rz 30.

<sup>13</sup> S Beschluss der Europäischen Kommission 10.8.2023 C (2023) 5416 final Rz 55; *Jäger* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2019) I, 735.

<sup>14</sup> EuGH RSc-41/90; *Jäger* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2019) I, 764.

Nunmehr stellt sich heraus, dass diese Anwendung und diese rechtliche Beurteilung nicht richtig gewesen ist, sondern von der europäischen Kommission als unionswidrig qualifiziert wird.<sup>15</sup>

Daher stellt sich nun die Frage, ob die Geschäftsführer der COFAG nunmehr wegen dieser gegen das Unionsrecht verstoßenden Vorgehensweise sorgfaltswidrig gehandelt haben?

#### a. Beurteilungszeitpunkt

Der **maßgebliche Beurteilungszeitpunkt** für die Sorgfaltsgemäßheit des Handelns der Geschäftsführer ist aus Sicht ex ante, dh das ist **der Zeitpunkt des Handelns**.<sup>16</sup> Somit geht es **nicht** darum, **im Nachhinein**, gleichsam **rückschauend und** nach Stellungnahmen der EU-Kommission, es besser zu wissen und zu beurteilen. Maßgeblich ist nunmehr die Sicht, das Wissen und die Rechtsansicht **im Augenblick der Entscheidung** und Durchführung der konkreten Maßnahme.<sup>17</sup> Maßgeblich ist daher für die vorliegende Frage die **damalige und nicht die heutige** Sicht.

Zu beurteilen ist daher das Verhalten der Geschäftsführer im Zeitpunkt der maßgeblichen Durchführung und Beschlussfassung der Maßnahmen. Für die **damalige Ansicht** im Zeitpunkt der Gewährung der finanziellen Leistungen zugunsten der Antragssteller sind folgende Aspekte von Relevanz:

- **Kenntnisnahme** der Europäischen Kommission **ohne Reaktion**;
- **Gesetzeswortlaut** der maßgeblichen Bestimmungen bzw der Wortlaut der innerstaatlichen **Verordnungen** im österreichischen Recht;
- Die **bewusste Änderung der Textierung** der Verordnungen;
- Die Qualifikation der gesetzlich übertragenen **Aufgabe als Gesamtauftrag** mit Einzelweisungen an die COFAG;
- Die **Einholung** eines Rechtsrats.

#### 4. Kenntnisnahme der Europäischen Kommission

---

<sup>15</sup> Europäische Kommission 10.8.2023, C (2023) 54 final Zusammenfassung (S 16).

<sup>16</sup> OGH 6 Ob 58/20b; OGH 7 Ob 58/08t; OGH 1 Ob 179/73.

<sup>17</sup> OGH 6 Ob 58/20b unter Punkt 1.2.; *Kalss*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern im Lichte der aktuellen Entwicklung, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2021, 181, 188.

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, hat die Republik Österreich ihre einzelnen Maßnahmen (COFAG-Maßnahmen) jeweils in **rechtskonformer Weise an die Europäische Kommission gemeldet** und auch den Wortlaut der Regelung der jeweiligen Maßnahme mitübermittelt. Jedenfalls wurden die **Einzelmaßnahmen** an das Transparency Aid Modul (**TAM**) gemeldet und dort eingetragen. Die Europäische Kommission hat diese Mitteilungen entgegengenommen und auch **zur Kenntnis genommen**, ohne dagegen Einspruch zu erheben. Daraus entstand für die Republik Österreich und die – die Regelungen vollziehenden – **Geschäftsführer** der damit beauftragten COFAG der **Eindruck und die Vertrauenslage**, dass die Europäische Kommission die Rechtsansicht der Republik Österreich, dass die Regelungen rechtskonform seien, teilt. Somit wird bereits dadurch ein **entschuldbarer Rechtsirrtum** bewirkt (vgl Punkt 8).

## 5. Der Wortlaut der Verordnung

**Der Wortlaut der Verordnungen spricht jeweils eindeutig nur von Unternehmen oder Gesellschaft und lässt die verbundenen Unternehmen aus.** Damit wird eine **klare Vorgabe** gemacht. Wie ist nun mit dieser Regelung der Verordnung des Bundesministers für Finanzen im Lichte der europäischen Regelungen umzugehen?

Generell dürfen sich die Geschäftsführer **bei auslegungsbedürftiger Rechtslage** auf einen für die GmbH passenden Standpunkt stellen und damit auch **das Risiko** eingehen, dass der GmbH **nachträglich eine Vertrags- oder Gesetzesverletzung** vorgeworfen wird.<sup>18</sup> Die österreichische Rechtslage steht in Widerspruch zur europäischen Vorgabe gemäß Art 107 f AEUV (Art 108 Abs 3 AEUV).

Die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach **innerstaatlicher Rechtstradition** methodisch Erlaubten. Eine **europarechtskonforme Auslegung** darf nicht dazu führen, dass das Regelungsziel des Gesetzgebers in einem wesentlichen **Punkt verfehlt** oder verfälscht wird oder dazu, dass einer nach Wortlaut und Sinn **eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn** gegeben oder der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt wird.

---

<sup>18</sup> Reich-Rohrwig in Wiener Kommentar zum GmbHG § 25 Rz 59.

Europarechtskonforme Interpretation darf den **normativen Gehalt der nationalen Regelung nicht grundlegend neu bestimmen**.<sup>19</sup> Richtlinienkonforme Interpretation kommt nur zur Anwendung, wenn das nationale Recht dem **Rechtsanwender einen Spielraum** einräumt.<sup>20</sup>

Betrachtet man nunmehr die einzelnen Richtlinien in der Rechtsgestalt der **Verordnungen** des Bundesministers für Finanzen, so zeigt sich, dass **jeweils nur von Unternehmen** und gerade nicht von verbundenen Unternehmen gesprochen wird. Die Geschäftsleiter hatten somit keinen Spielraum, sondern mussten den entsprechenden, eindeutigen Vorgaben der Verordnungen in Gestalt der Richtlinien des Bundesministers für Finanzen folgen. Die Geschäftsleiter haben **daher** von dem Ordnungsgeber, dem Bundesminister für Finanzen, **eine klare Orientierung nur für Unternehmen** erhalten und eben nicht für Unternehmen einschließlich der verbundenen Unternehmen.

## 6. Änderung der Vorgaben in den Verordnungen

Während in der ersten Zuschussmaßnahme, in der Richtlinie über den Fixkostenzuschuss I, noch ausdrücklich von „Unternehmen des Konzerns“ und „konzernal verbundenen Unternehmen“ die Rede war, **änderte** der Ordnungsgeber mit dem Lockdown-Umsatzersatz und dem FKZ 800.000 **die Textierung** seiner Verordnung und nannte die konzernal **verbundenen Unternehmen** gerade **nicht** mehr in seinem Normtext. Aus dieser Änderung der Textierung im November 2020 lässt sich der **klare Wille des österreichischen Ordnungsgebers** ableiten, eben nur eine Betrachtung und **Einbeziehung jeweils der einzelnen Gesellschaft** für das Höchstmaß des jeweiligen Zuschusses festlegen zu wollen und nicht den Konzern bzw. die verbundenen Unternehmen.

Der Wortlaut und die systematische Auslegung der Verordnung führen gemeinsam mit der ebenfalls maßgeblichen historischen Interpretation,<sup>21</sup> die sich aus dieser **Änderung der Textierung** ergibt, zu dem Ergebnis, dass die österreichische Verordnung klar nur die **einzelne Gesellschaft** (nach österreichischem Rechtsverständnis) als Maßstab **festgelegt** und die Grenze somit nicht beim Konzern sondern bei der Gesellschaft liegt. Die Geschäftsführer der COFAG

---

<sup>19</sup> OGH 08.09.2005 8 ObS 13/05b.

<sup>20</sup> OGH 31.08.2010 4 Ob 120/10s.

<sup>21</sup> *Bydlinski* in KBB, ABGB, 7. Auflage § 6 Rz 3.

hatten somit ab diesem Zeitpunkt **diese klaren Vorgaben** für die neu festgelegte Bemessungsgrundlage zu beachten und zu vollziehen.

Die österreichische Verordnung gibt somit nach dem Wortlaut einen klaren **Regelungsbefehl** und legt den Anwendungsbereich **klar**. Der Wortlaut mit der eindeutig ausgerichteten Anordnung wurde noch durch die **Änderung der Formulierung** durch den Verordnungsgeber **verstärkt**. Somit wurde damit ganz klar der darauf gerichtete **Regelungswille** des Verordnungsgebers **zum Ausdruck gebracht**. Somit sprechen die für innerstaatliche Verordnungen wesentlichen Auslegungsmethoden der **Wortlaut- und historischen Interpretation** deutlich für dieses Verständnis, auf das sich die Mitglieder der Geschäftsführung zunächst jedenfalls stützen und verlassen konnten.

### **Zwischenergebnis**

Bei neuer und auslegungsbedürftiger Rechtslage sind die Geschäftsführer berechtigt, den für die Gesellschaft am besten passenden Standpunkt einzunehmen.

Die Geschäftsführer der Gesellschaft haben die unmittelbaren normativen Vorgaben, somit die Verordnungen in Gestalt der Richtlinien des Bundesministers für Finanzen, anzuwenden. Der klare Wortlaut dieser Regelungen verwendete ab November 2020 nur mehr den Begriff des Unternehmens und nicht des Unternehmens einschließlich der konzernial verbundenen Unternehmen.

Die Änderung der Textierung der Verordnungen ab November 2020 spricht für den klaren Willen des Verordnungsgebers, nur die einzelne Gesellschaft, nicht aber den Konzern bei der Bemessung der höchsten Zuschussgrenzen zu berücksichtigen. Die Geschäftsführer haben diese unmittelbar geltenden Normen und Vorgaben anzuwenden.

Die Anwendung dieser für sie durch die Präzisierung eindeutigen Vorgaben und Normen des innerstaatlichen Verordnungsgebers (dh des Bundesministers für Finanzen) kann ihnen daher nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Sie sind nicht berechtigt, entgegen der klaren Textierung und dem Willen des Verordnungsgebers die Regelung nicht anzuwenden. Sie haben dessen Vorgaben zu beachten.

Den Geschäftsführern kann daher kein Verschuldensvorwurf für die Nichtberücksichtigung der Konzerngrenze, somit der verbundenen Unternehmen, gemacht werden.

## 7. Auftrag, klare Ausführung und Anweisung

Neben den klaren Vorgaben in der Verordnung sprechen zusätzlich die Aufträge des Bundesministers für Finanzen an die COFAG für diese Sichtweise aus damaliger Perspektive. „Auftrag“ im Sinne des § 2 Abs 2a ABBAG-Gesetz meint den „Gründungsauftrag“, dass die ABBAG eine Tochtergesellschaft mit den gesetzlich vorgesehenen Aufgaben errichtet. Eine weitere unmittelbare Ermächtigung für den Bundesminister für öffentlich-rechtliche Weisungen gegenüber der ABBAG oder ihren Tochtergesellschaften sieht das Gesetz nicht vor. Nur § 3b Abs 3 Z 5 ABBAG-Gesetz sieht im Hinblick auf die Governance der Tochtergesellschaft ausdrücklich vor, dass der BMF in den einschlägigen Richtlinien „Auskunfts- und Einsichtsrechte des Bundes“ festlegen darf. Unter „Auskunfts- und Einsichtsrechten“ sind Informationsrechte zu verstehen.

Für eine **öffentlich-rechtliche Weisung** bedürfte es einer ausdrücklichen **gesetzlichen Regelung**, die aber **fehlt** und auch nicht aus dem allgemeinen Gründungsauftrag in § 3b ABBAG abgeleitet werden kann.

Jedenfalls steht es dem Bundesminister – abgesehen von expliziten Ermächtigungen<sup>22</sup> - aber offen, das **gesellschaftsrechtlich vorgesehene Weisungsrecht** – zweistufig ausgeübt über die ABBAG – oder das **zivilrechtliche Weisungsrecht** gegenüber der COFAG auszuüben.

Wie schon unter Punkt eins ausgeführt, ist die COFAG von Gesetzes wegen als Auftragnehmerin der Republik Österreich anzusehen. Sie erfüllt die von dem ABBAG ausdrücklich vorgegebenen Aufgaben.

Betrachtet man nunmehr das **Rechtsverhältnis zwischen der Republik Österreich** und der COFAG unter **zivilrechtlichen Gesichtspunkten**, so ist dieses **Rechtsverhältnis als Auftrag** im Sinne von § 1002 ABGB zu qualifizieren. Ein Auftrag ist ein Vertrag, der den **Beauftragten**

---

<sup>22</sup> *Holoubek*, Der Staat als Aktionär – Verfassungsrechtliche Vorgaben aus österreichischer Sicht, in: *Kalss/Fleischer/Vogt*, der Staat als Aktionär, 2019, 23, 24; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>7</sup>, 2019, 234 ff.

zur entgeltlichen oder unentgeltlichen **Vornahme eines Rechtsgeschäftes** oder einer sonstigen rechtlichen **Handlung auf Rechnung des Auftraggebers** verpflichtet.<sup>23</sup> Der Auftragnehmer ist somit zu einem **rechtlichen Müssen** gegenüber seinem Auftraggeber verpflichtet. Er hat erlaubte und **gesetzlich oder ordnungsmäßig vorgegebene Geschäfte** zu besorgen.<sup>24</sup> So hat er etwa bestimmte Kauf -oder sonstige Vertragsverhältnisse mit bestimmten Dritten abzuschließen und abzuwickeln.<sup>25</sup>

Die Tätigkeit der Gesellschaft lässt sich – hilfsweise – auch als **Treuhänderin** beschreiben. Die Gesellschaft wird als Treuhänderin tätig. Sie tritt gegenüber ihren Vertragspartnern, somit gegenüber den antragstellenden Unternehmen, im eigenen Namen auf. Im internen Rechtsverhältnis ist sie aber gegenüber **ihrem Treugeber**, dh die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, gebunden. Der Treugeber darf ihr vorgeben, wie sie verfahren soll und darf. Eine Treuhandschaft ist somit im **Innenverhältnis als Auftrag** zu qualifizieren.<sup>26</sup>

Nach §1009 ABGB ist der Auftraggeber verpflichtet, seine Aufgaben emsig und redlich zu besorgen und entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers auszuführen. Eine maßgebliche Verpflichtung aus diesem **Auftragsverhältnis ist die Befolgung der den Auftrag konkretisierenden Weisungen.**<sup>27</sup>

Genau dies wurde durch die gesetzlichen Vorgaben im ABBAG-Gesetz sowie die darauf beruhenden Verordnungen im großen Rahmen **vorgegeben**. Die im Gesetz genannten Richtlinien sind als Verordnungen zu qualifizieren.

Die nunmehr vom Bundesminister für Finanzen weiter erteilten Aufträge sind aus zivilrechtlicher Sicht als Konkretisierungen des allgemeinen Rahmenvertrages (Rahmenverhältnisses) (Auftragsverhältnisses), das zwischen der Republik Österreich – vertreten durch den Bundesminister für Finanzen – und der COFAG besteht. Sie können somit aus zivilrechtlicher Sicht **als konkretisierende Weisungen im Sinne von § 1009 ABGB** qualifiziert werden. Genau diese **Aufträge** präzisieren nämlich die **Pflichten und**

---

<sup>23</sup> *Bydlinski* in KBB, ABGB 7. Auflage (2023) § 1002 Rz 2.

<sup>24</sup> OGH RS 0123043.

<sup>25</sup> OGH RS 0123043.

<sup>26</sup> *Bydlinski* in KBB, ABGB 7. Auflage § 1002 Rz 7.

<sup>27</sup> OGH 6 Ob 791/82; *Bydlinski* in KBB, ABGB, 7. Auflage § 1009 Rz 2.

**Einzelaufgaben** der Gesellschaft und damit der Geschäftsführer als Organe der Gesellschaft. Sie müssen genau diese den vertraglichen Rahmenauftrag konkretisierenden Weisungen des Auftraggebers Republik Österreich umsetzen.

Nach allgemeinem Zivilrecht sind **Weisungen unbedingt zu befolgen**, solange sie nicht als rechtswidrig oder **schädlich** erkannt werden und eine rechtzeitige Rückfrage unmöglich wäre. Betrachtet man nunmehr die Aufträge des Bundesministers für Finanzen, insbesondere den Auftrag vom 25.2.2021 über das Verständnis des Begriffes Unternehmen in den Richtlinien des Bundesministers für Finanzen (= Verordnungen), so wird deutlich, dass die Geschäftsführer der COFAG ganz offenbar **ihren Aufgaben** nachgekommen sind, bei **allfälligen Zweifeln** und bei **allfälligen Überlegungen** bei ihrem Auftraggeber, der Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, nachzufragen und um eine Klärung zu verlangen.

Ganz offensichtlich ist durch diese **Nachfrage dieser konkretisierende** Auftrag erteilt worden. Damit wurde genau vorgegeben, was der Auftraggeber, nämlich die Republik Österreich, unter **Unternehmen** versteht, nämlich eine einzelne Gesellschaft oder ein einzelner Rechtsträger, und dass eine einzelgesellschaftsbezogene Betrachtungsweise vorzunehmen ist.

Gemäß § 1012 ABGB **lösen nur schuldhafte Verletzungen** auftragsrechtlicher Pflichten Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz für erlittene Schäden aus.<sup>28</sup>

Wenn aber der Auftraggeber und damit die COFAG vertreten durch ihre Geschäftsführung, **Weisungen** des Auftraggebers, somit der Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, **befolgt**, handelt sie ihrem Auftraggeber gegenüber vollkommen **rechtskonform** und weder gesetzwidrig noch schuldhaft vorwerfbar.

Die Geschäftsführer haben im Rahmen „des Rechtsverhältnisses Auftrag“ die Weisungen zu befolgen. Dies ist ihre Aufgabe aus der **Geschäftsführung** und Leitung der Gesellschaft, die zu der Befolgung dieser Weisung verpflichtet ist.

Der Umstand, dass möglicherweise die Weisung selbst nicht rechtskonform ist, sondern gegen die europarechtlichen Vorgaben des Beihilferechts verstieß, ändert nichts an der

---

<sup>28</sup> Bydlinski in KBB, ABGB, 7. Auflage § 1012 Rz 1, Schurr in Schwimann, Taschenkommentar ABGB, 4. Auflage § 1012 Rz 1.

**Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise der Geschäftsführung** der COFAG zu dem **damaligen Zeitpunkt** der Entscheidung. Die einzelnen Rechtsakte sind jeweils scharf zu trennen. Damals wurde eben auch wegen dieses Auftrags und dieser Weisung von der Rechtmäßigkeit der Vorgabe ausgegangen. Somit ist **klar zwischen der objektiven Beurteilung der Vorgehensweise der COFAG** und der Beurteilung des **Verhaltens des Geschäftsführers aus damaliger Sicht** zu unterscheiden.

Die COFAG hat ausdrücklich beim Bundesminister für Finanzen nachgefragt, um eine Klärung herbeizuführen, was unter dem Begriff des Unternehmens für die Richtlinie und für den Zuschuss wegen des Umsatzausfalles zu verstehen ist.

Die Geschäftsführer der COFAG sind daher nicht nur **ihrer Befolgungspflicht einer Weisung** und den konkreten Vorgaben nachgekommen. Vielmehr hat die Geschäftsführung der COFAG auch ihrer Pflicht entsprochen, bei **Unklarheit oder Rechtsunsicherheit nachzufragen** oder allfälliger Schädigung durch rechtswidrige Vorgabe beim Auftraggeber nachzufragen. Das Ergebnis dieser Nachfrage war die **klare Vorgabe durch den Auftrag** des Bundesministers für Finanzen vom 25.2.2021.<sup>29</sup> In diesem Auftrag führte der Bundesminister für Finanzen eindeutig aus, wie die COFAG und damit die Geschäftsführung der COFAG, in dieser Frage vorzugehen haben und den Begriff des Unternehmens bezogen auf die Bemessungsgrundlage zu verstehen haben. Unter Unternehmen war eben nach Vorgabe des Auftraggebers Republik Österreich nur das Einzelunternehmen, nur der Einzelrechtsträger, zu verstehen.

Da damit die COFAG diese Weisung befolgt hat und die Mitglieder der Geschäftsführung dieser **Weisung entsprechend gehandelt** haben, kann ihnen dies **nicht zum Vorwurf** gemacht werden.

Eine **Parallele zum Gesellschaftsrecht** zeigt dies deutlich. Die zivilrechtliche Weisung des Bundesministers für Finanzen könnte gesellschaftsrechtlich als zweigestufte Weisung gestaltet werden. Er könnte nämlich als Gesellschafter (Generalversammlung) der ABBAG an die Geschäftsführung der ABBAG eine Weisung erteilen und diese anweisen, ebenso eine Weisung zu geben. Der Bundesminister für Finanzen könnte eine Weisung in diesem Sinn erteilen. Diese

---

<sup>29</sup> Zur Zeit zwischen November 2020 und diesem Auftrag vgl unten im Text und oben unter Punkt 6.

könnte wiederum als Gesellschafter (Generalversammlung) der COFAG an die Geschäftsführung der COFAG, eine inhaltsgleiche Weisung erteilen.

Eine **gesellschaftsrechtliche Weisung**, die in rechtswidriger Weise abgegeben wird, etwa weil sie gegen **zwingende Vorschriften** im öffentlichen Interesse verstößt, **ist absolut nichtig**.<sup>30</sup> Bei Ausführung eines nichtigen Weisungsbeschlusses besteht die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich weiter. Die **Haftung ist jedoch zu verneinen**, wenn der Geschäftsführer die Nichtigkeit trotz Anwendung der gebotenen **Sorgfalt zum Zeitpunkt der Ausführung nicht erkennen** kann.

Es kann nicht **sein, dass der Gesellschafter zuerst in rechtswidriger Weise** ein bestimmtes Verhalten verlangt und sodann bei Schädigung der Gesellschaft **genau wegen dieser angeordneten Verhaltensweise einen Ersatz vom Geschäftsführer verlangt**, der genau dieses Verlangen des Gesellschafters erfüllt hat. Dies käme einem **Bruch des anerkannten Vertrauensschutzes des Geschäftsführers** gegenüber der Gesellschaft gleich.<sup>31</sup> Dies drückt sich im Verbot des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des *venire contra proprium factum* aus.

Dem Geschäftsführer ist daher **wegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums** kein Vorwurf zu machen.<sup>32</sup> **Mangels Verschuldens** würde daher unter diesem Gesichtspunkt eine Schadenersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern ausscheiden.

Unter diesem Aspekt kommt eine Haftung der Geschäftsführer der Mitglieder der Geschäftsführung gegenüber **der Gesellschaft** nicht in Betracht. Eine Verantwortlichkeit und Haftung können gemäß § 25 GmbHG nur gegenüber der Gesellschaft bestehen.

Wie schon vorhin ausgeführt (Punkt 6. am Ende) sprechen sowohl der Wortlaut der Verordnung als auch der klar darauf ausgerichtete Wille des Verordnungsgebers, nämlich des Bundesministers für Finanzen, für das von den Geschäftsführern zugrunde gelegte Verständnis.

## **Zwischenergebnis**

---

<sup>30</sup> Reich-Rohrwig in Wiener Kommentar zum GmbHG § 25 Rz 95.

<sup>31</sup> Felt/Told in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz Rz 164.

<sup>32</sup> Reich-Rohrwig in Wiener Kommentar zum GmbHG § 25 Rz 95.

Die COFAG ist eine Gesellschaft nach österreichischem Recht, die gesetzlich vorgegebene Aufgaben für die Republik Österreich besorgt. Die COFAG wird für die Republik Österreich als Auftragnehmerin oder Treuhänderin tätig, um die verschiedenen Zuschuss- und Hilfsleistungen für Unternehmen im Zuge der Covid-Krise abzuwickeln.

Im Rahmen dieses Auftragsverhältnis hat die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, eine Reihe von Einzelweisungen durch die einzelnen „Bundesminister-Aufträge“ (HBM-Aufträge) erteilt, um die Aufgaben der COFAG zu konkretisieren. Die Aufträge des Bundesministers für Finanzen sind als konkretisierende Einzelweisungen des Gesamtauftrages zu verstehen.

Die COFAG ist dabei ihren Aufgaben der Befolgung von Einzelweisungen im Rahmen des gesamten Auftrages nachgekommen. Sie hat die Einzel-Aufträge nicht nur befolgt, sondern hat auch nachgefragt und bei Unklarheiten um Klarstellung gebeten, die von der Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Finanzen – insbesondere in dem Auftrag vom 25. Februar 2021 – vorgenommen wurden. In dem Auftrag wurden klare Vorgaben für das Verständnis des Begriffes Unternehmen im Sinn von Einzelgesellschaft und Einzelrechtsträger gegeben.

Da die COFAG als Auftragnehmerin ihren Pflichten – auch nach Rückfrage und Überprüfung vertragskonform nachgekommen ist, haben auch die Geschäftsführer der Gesellschaft ihre Pflichten – erfüllt.

Sie sind – gleich wie bei einer gesellschaftsrechtlichen Weisung – nicht mit Verschulden vorgegangen. Ihnen kann aufgrund dieser Weisungsbefolgung und Nachfrage bei Unklarheit kein Vorwurf, dh Verschulden, vorgehalten werden.

## **8. Rat der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr**

Wie unter Punkt 1 ausgeführt, lag im Zeitpunkt der Gewährung von Zuschüssen ab November 2020 eine neue und für die konkrete Frage nicht bekannte Rechtslage vor. Die Regelungen waren neu und wurden erst aufgrund der **besonderen Ausnahmesituation** geschaffen. Bei neuer und nicht klar festgelegter Rechtslage trifft die Geschäftsführer zunächst eine Pflicht, sich der **neuen Rechtslage** zu vergewissern.

Die Geschäftsführung hat daher die **neuen rechtlichen Zusammenhänge** eingehend zu prüfen und bei entsprechender Bedeutung der neuen Frage einen internen und allenfalls auch einen externen **Rechtsrat** einzuholen.<sup>33</sup> Gerade bei neuen Rechtsvorschriften, deren Auslegung noch nicht klar ist, besteht die Pflicht, durch einen **rechtlichen Rat Klarheit** zu schaffen.<sup>34</sup> Dieser Rat muss nicht unbedingt sofort, sondern muss bei Klarstellungsbedarf oder bei Zweifeln zum bisherigen Verständnis eingeholt werden.

**Folgen die Geschäftsführer** dem eingeholten rechtlichen Rat, so kann die objektive **Sorgfaltswidrigkeit des Handelns des Geschäftsführers ausgeschlossen** werden.<sup>35</sup> Dafür ist es allerdings erforderlich, dass der **fachliche Rat bestimmten Voraussetzungen** genügt<sup>36</sup>:

Die Expertise muss

- von einer **unabhängigen**, verlässlichen und **sachlich kompetenten** Stelle eingeholt werden;
- diese Stelle muss über den **gesamten Sachverhalt** informiert werden;
- die Anfrage muss **ergebnisoffen** formuliert sein;
- schließlich muss das Prüfungsergebnis von den Geschäftsführern einer **Plausibilitätskontrolle** unterzogen werden.

Liegen diese Voraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung (ex ante-Sicht) vor, **so liegt keine Sorgfaltswidrigkeit und damit auch keine Rechtswidrigkeit des Handelns der Geschäftsführer** vor. Genau dies ist jetzt für die Geschäftsführer der COFAG zu überprüfen.

#### a) **Fachlich einwandfreier und unabhängiger Rat**

Die Geschäftsführer müssen einen Rat eines unabhängigen und fachlich kompetenten Rechtsberaters einholen.

Die Auswahl eines geeigneten Rechtsberaters für die vorliegende Rechtsfrage ist eine **unternehmerische Entscheidung**. Die Geschäftsführer haben nämlich mehrere

---

<sup>33</sup>*Schopper/Walch* in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand (2017) Rz 42/24; *Fleischer* in MünchKomm zum GmbHG § 43 Rz 40; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG § 43 Rz 13 f.

<sup>34</sup> *Fleischer* in MünchKomm GmbHG § 43 Rz 40.

<sup>35</sup> OGH 6 Ob 198/15h; *Reich-Rohrwig* in Wiener Kommentar GmbHG § 25 Rz 54; *Schopper/Walch*, HB Vorstand Rz 42/41; *Schopper/Walch*, GES 2012, 212, 215; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 55.

<sup>36</sup> OGH 6 Ob 198/15 h; OGH RS 0089613.

Möglichkeiten. Sie können intern Beratung suchen oder aus dem Kreis der **externen Berater** wählen. Die Geschäftsführer haben bei der Auswahl der Geschäftsführer daher den Kriterien von § 25 Abs 1a GmbHG zu genügen.<sup>37</sup>

Dies bedeutet generell, dass sich die Mitglieder der Geschäftsführung bei ihrer unternehmerischen Entscheidung

- **nicht von sachfremden Interessen** leiten lassen
- und auf der Grundlage **angemessener Information**
- annehmen dürfen, zum **Wohl der Gesellschaft** zu handeln.

Ausdrücklich führt der Oberste Gerichtshof aus, dass die Geschäftsführer auf der Grundlage **angemessener Information** bzw. **schlüssiger Expertengutachten** handeln und die Entscheidung ex ante betrachtet offenkundig dem Wohl der Gesellschaft dienen muss. Die Geschäftsführer müssen vernünftigerweise annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Sie müssen somit gutgläubig und nicht befangen sein.<sup>38</sup>

Dabei müssen sie sich **vorher informieren**, welche externen Berater, nämlich etwa Anwaltskanzleien, Universitätsprofessoren und Universitätsprofessorinnen oder sonstige anerkannte Personen, in Betracht kommen, und ob diese über die **fachliche Expertise** verfügen.

Die Auswahl des Experten oder der Expertin darf **nicht von sachfremden Interessen** eines der Geschäftsführer geleitet werden. Es darf somit **kein Berater** nur deswegen **ausgewählt** werden, weil er in einem besonderen verwandtschaftlichen oder **freundschaftlichen** oder geschäftlichen Naheverhältnis zu einem der Geschäftsführer steht.

Die Auswahl des Experten oder mehrerer Experten muss **im Interesse der Gesellschaft** liegen; d. h. die Auswahl muss dazu beitragen, eine **fachlich fundierte Meinung** zu erhalten, die für das weitere **Vorgehen der Gesellschaft** bestimmend sein sollte.

---

<sup>37</sup> Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand Rz 42/29 ff; Reich-Rohrwig in Wiener Kommentar zum GmbHG § 25 Rz 69.

<sup>38</sup> OGH 6 Ob 105/19p; OGH 6 Ob 160/15w.

Die Geschäftsführer müssen im Zeitpunkt der Entscheidung davon ausgehen, dass sie im besten Interesse der Gesellschaft handeln. Sie müssen somit einen **fachlich versierten und unabhängigen Experten auswählen und mit der Rechtsfrage** betrauen.

Diese Elemente sind für die Auswahl eines Rechtsberaters nunmehr noch zu präzisieren:

**Unabhängigkeit** bedeutet, dass der Rechtsberater seinen Rat **sachlich unabhängig**, somit unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt.<sup>39</sup> Ein verlässlicher Rat kann nämlich **nur von einer Person** erteilt werden, die sich in **keinem Interessenkonflikt** befindet. Allein das Interesse eines Rechtsberaters, mit seiner Expertise auch ein **Entgelt** zu verdienen, begründet **keine Abhängigkeit**. Auch wenn es sich um einen wichtigen Kunden handelt, besteht keine Abhängigkeit.<sup>40</sup> Der Oberste Gerichtshof verlangt sogar ausdrücklich, dass ein bestimmtes Honorar verlangt wird. Nur so kann die Seriosität der Rechtsberatung sichergestellt werden.<sup>41</sup>

Bei Rechtsanwälten, die gemäß § 8 RAO zur berufsmäßigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen sowie in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten berufen sind, und an deren Zulassung hohe Anforderungen gestellt werden, wird **die fachliche Kompetenz** regelmäßig vorliegen.<sup>42</sup> Bei der entsprechenden **formalen Qualifikation** der österreichischen **Anwaltszulassung** darf die Geschäftsführung darauf vertrauen, dass der Berater die entsprechende **fachliche Qualifikation** tatsächlich aufweist.<sup>43</sup>

Die Rechtsanwaltskanzlei Schönherr ist eine der **bekanntesten und renommiertesten Wirtschaftskanzleien** in Österreich – gerade auch mit hoher Fachexpertise in den Bereichen Wettbewerbs- und Beihilfenrecht. Sie erfüllt daher jedenfalls die Voraussetzungen der **ausreichenden fachlichen Expertise**.

Die Rechtsanwaltskanzlei Schönherr ist auch von der COFAG **unabhängig**. Die COFAG ist einer von **vielen Klienten** der Kanzlei. Die Kanzlei Schönherr ist in keiner Weise von der Gesellschaft wirtschaftlich abhängig. Allein der Umstand, dass die Kanzlei Schönherr die COFAG auch in **anderen Rechtsfragen** beraten hat, macht sie **nicht abhängig** von der

---

<sup>39</sup> OGH 6 Ob 198/15 h; *Schopper/Walch* in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand Rz 42/45.

<sup>40</sup> *Schopper/Walch* in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand Rz 42/45.

<sup>41</sup> OGH 6 Ob 198/15 h.

<sup>42</sup> *Schopper/Walch* in Kalss/Frotz/Schörghofer HB Vorstand Rz 42/50.

<sup>43</sup> *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123.

Gesellschaft und disqualifiziert sie nicht von dieser Aufgabe. Vielmehr kann die Beziehung eines Experten oder einer Kanzlei, die im **Grundsatz mit der Gesellschaft vertraut** ist und den Unternehmensgegenstand sowie die Tätigkeit und die Abläufe kennt, die Befassung deutlich effizienter und zielgerichteter machen.<sup>44</sup>

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die Rechtsanwaltskanzlei Schönherr die Kriterien eines unabhängigen, verlässlichen und fachlich versierten Rechtsberaters voll und ganz erfüllt.

#### **b) Vollständiger Sachverhalt**

Die Geschäftsführer müssen dem externen Berater den Sachverhalt vollständig schildern und alle maßgeblichen Umstände für die rechtliche Beurteilung vorlegen. Eine korrekte rechtliche Beratung kann nur auf einem vollständigen und richtigen Sachverhalt vorgenommen werden.<sup>45</sup> Ein Rechtsberater kann nur dann einen Rat geben und eine Empfehlung aussprechen, wenn der Sachverhalt zur Gänze bekannt ist. Die Geschäftsführer müssen daher den Sachverhalt vollständig und richtig mitteilen. Auch Änderungen des Sachverhalts müssen offengelegt werden.<sup>46</sup>

Wie bereits unter Punkt eins dargestellt worden ist, haben die **Geschäftsführer** der Gesellschaft dem **Rechtsberater den Sachverhalt** und die Rechtsfrage vollständig und klar dargelegt und ihm auch die maßgeblichen Rechtsgrundlagen sowie die Aufträge des Bundesministers für Finanzen überlassen. Die Rechtsfrage wurde somit klar angesprochen und waren dem Rechtsberater auch alle Umstände für die Fragestellung bekannt. Dies geht auch klar aus den einleitenden Ausführungen der Expertise der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr vom 15. Juni 2021 hervor.

Die Geschäftsführer haben dem externen Rechtsberater Schönherr die Informationen für die Klärung der Rechtsfrage vollständig offengelegt und alle maßgeblichen Umstände dargelegt. Sie haben damit diese maßgebliche Voraussetzung für eine sorgfältige Einholung einer externen Rechtsberatung eingehalten.

#### **c) Ergebnisoffene Anfrage**

---

<sup>44</sup> Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer HB Vorstand Rz 42/47.

<sup>45</sup> OGH RS 0089613.

<sup>46</sup> Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand Rz 42/55.

Die Anfrage für den rechtlichen Rat darf nicht suggestiv oder manipulativ gestellt werden. Die Geschäftsführer dürfen auch keine klare Wunschvorstellung für ein Ergebnis darlegen; vielmehr müssen sie die **Frage offen stellen** und müssen aus der **Fragestellung unterschiedliche Antworten möglich** sein.

Die Geschäftsführer der COFAG haben der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr die **Fragen offen gestellt** und die **Rechtsfrage klar adressiert**. Der Geschäftsführung ist es darum gegangen, eine klare Anleitung für das weitere Vorgehen zu erlangen; sie haben kein Wunschergebnis erbeten oder suggeriert.

#### **d) Plausibilisierung des Ergebnisses**

Die Mitglieder der Geschäftsführung dürfen grundsätzlich auf das Ergebnis einer rechtlichen Beratung vertrauen. Die Mitglieder der Geschäftsführung sind nicht verpflichtet, die **erhaltenen Auskünfte** noch einmal auf ihre **inhaltliche Richtigkeit** zu prüfen oder noch einmal **extern überprüfen** zu lassen.

Allein wenn den Mitgliedern der Geschäftsführung klar ist, dass eine nicht eindeutige Rechtslage gegeben ist, müssen Sie eine **besonders kritische Plausibilitätsprüfung** vornehmen.<sup>47</sup> Dies bedeutet, dass die Mitglieder der Geschäftsführung ihre Pflicht erfüllen, wenn sie den Rat **des Rechtsexperten auf innere Widersprüche prüfen** und diese Rechtsmeinung nicht im eklatanten Widerspruch zur eigenen Lebenserfahrung steht, vor allem mit ihrer Erfahrung im Wirtschaftsleben.<sup>48</sup> Grundlage der Plausibilitätsprüfung ist nicht die tatsächliche Rechtslage, sondern die **erhaltene - unzutreffende – Rechtsauskunft**.<sup>49</sup>

Die Mitglieder der Geschäftsführung müssen zudem prüfen, ob die der Rechtsauskunft zugrunde liegende **Sachverhaltsannahme des Experten** mit dem tatsächlichen **Sachverhalt tatsächlich** übereinstimmt.

Die Rechtsanwaltskanzlei Schönherr hat am 15.6.2021 ihre Expertise an die Gesellschaft geliefert. In dieser Expertise ist der von der Kanzlei Schönherr zugrunde gelegte Sachverhalt

---

<sup>47</sup> OGH 8 Ob 262/02s; *Kalss* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat Rz 23/31; *Schopper/Walch*, HB Vorstand Rz 42/59.

<sup>48</sup> *Kalss* in *Kalss/Kunz* HB Aufsichtsrat, 2. Auflage (2016) Rz 23/31; *Schopper/Walch*, HB Vorstand Rz 42/59.

<sup>49</sup> BGH NZG 2015, 792; *Schopper/Walch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 42/59; *Buck-Heeb*, die Haftung der Leitungsorgane bei unklarer Rechtslage, BB 2016, 1347, 1351.

klar dargelegt. Die Mitglieder der Geschäftsführung haben diese nicht unbesehen bloß weitergeschickt. Wie aus dem chronologischen Ablauf klar hervorgeht, haben sich die Mitglieder der Geschäftsführung intensiv mit dem Sachverhalt und mit dem Ergebnis dieser Expertise der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr auseinandergesetzt.

Erst zwei Wochen nach Einlangen dieser Expertise bei der Gesellschaft hat die Geschäftsführung ein Schreiben an das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaft gerichtet. In diesem Schreiben der COFAG ist die **rechtliche Expertise** der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr verarbeitet und ausgewertet und kommt auch die Geschäftsführung **eigenständig nach nochmaliger Überlegung** zu dem dort formulierten Ergebnis.

Die Mitglieder der Geschäftsführung sind daher ihrer Verpflichtung zur genauen und strengen **Plausibilitätsprüfung** der Rechtsauskunft der Rechtsanwaltskanzlei Schönherr eindeutig nachgekommen.

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben daher alle Voraussetzungen für eine **sorgfaltsgemäße Vorgehensweise** und einen **sorgfaltsgemäßen** Umgang mit externem Rechtsrat erfüllt. Sie handelten **daher nicht pflichtwidrig, sondern rechtskonform**.

### **Zwischenergebnis**

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben zur Klärung der unsicheren und neuen Rechtslage eine externe Rechtsmeinung eingeholt und sind damit ihren Sorgfaltspflichten nachgekommen.

Die Anwaltskanzlei Schönherr ist eine fachlich ausgewiesene verlässliche und hochangesehene Wirtschaftskanzlei in Österreich. Sie ist trotz vorangehende Beratung der Gesellschaft in anderen Rechtsfragen unabhängig.

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben der Anwaltskanzlei Schönherr den Sachverhalt vollständig dargelegt und auch die Hintergründe für die Rechtsfrage offengelegt.

Die Rechtsfrage wurde Ergebnis-offen formuliert und es wurde kein Wunschergebnis verlangt.

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben die Rechtsauskunft der Anwaltskanzlei Schönherr nicht unbesehen übernommen, sondern auf ihre Plausibilität geprüft und zur Grundlage einer eigenständigen Meinungsbildung verwendet.

Die Mitglieder der Geschäftsführung sind daher ihren Sorgfaltspflichten zur Einholung einer externen Fachexpertise zu einer neuen Rechtsfrage nachgekommen und haben ihre Sorgfaltspflichten dazu vollständig erfüllt, auch wenn letztlich – Nachhinein betrachtet - die erteilte Rechtsauskunft des anerkannten Rechtsexperten unzutreffend war.

**Zweite Frage:**

**Handelten die Mitglieder des Aufsichtsrats der COFAG sorgfaltswidrig, wenn sie bis zum Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 1. Juni 2022 bei Prüfung und Gewährung von Zuschüssen an die Antragssteller von einer auf die einzelne Gesellschaft bezogene Betrachtung für die Höchstgrenzen und nicht von einer Konzernbetrachtung ausgegangen sind?**

### **1. Zuständigkeit des Aufsichtsrats**

Gemäß § 9 Abs 6 lit b der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ist der Aufsichtsrat ab einer Schwelle von 800.000 Euro für die einzelnen finanziellen Maßnahmen zuständig, der einzelnen Maßnahme zuzustimmen. Somit handelt es sich um eine **durch die Geschäftsordnung vorgegebene Zuständigkeit des Aufsichtsrats** gemäß § 30j Abs 5 GmbHG.

Der Aufsichtsrat hat bei seiner Zustimmungsentscheidung **eine eigenständige Entscheidungsbefugnis**. Er ist nicht nur dazu berechtigt und verpflichtet, eine Plausibilitätskontrolle der Entscheidung der Geschäftsführer vorzunehmen. Vielmehr ist er berechtigt und zugleich **verpflichtet, eigenständig seine Zustimmungsentscheidung** zu fassen.

Dies bedeutet aber **nicht, dass er vollständig eigenständig eine doppelte Prüfung** und eine nochmalige Prüfung aller Einzelheiten, wie sie die Geschäftsführer bereits durchgeführt haben,

zu wiederholen. Vielmehr kann es sich im **Wesentlichen auf die Informationen des Vorstandes dh der Geschäftsführer, verlassen.** Sodann auf der Grundlage ergänzender Informationen der Geschäftsführer und allfälliger eigenständiger Informationen die Entscheidung treffen.<sup>50</sup>

Der Aufsichtsrat hat sich über 25 Mal in seinen Sitzungen<sup>51</sup> mit der Frage der Anwendung der Obergrenze und der maßgeblichen Bemessungsgrundlage (Einzelunternehmen oder Konzernobergrenze befasst) und dabei die rechtlichen und wirtschaftlichen Fragen allgemein und bezogen auf einzelne Unternehmen und Unternehmensgruppen diskutiert. Der Aufsichtsrat hat sich somit **intensiv** mit dem Thema und den Fragen in eigenständiger Weise auseinandergesetzt.

Der Aufsichtsrat ist daher **nicht verpflichtet, vollkommen eigenständig alle Informationen neu und noch einmal aufzubereiten**, sondern kann sich grundsätzlich auf die Angaben von Seiten des Vorstands verlassen. Es ist daher **keine Doppelung aller Einzelschritte** für die Entscheidung erforderlich und auch **keine Doppelung aller Prüfungsschritte**.<sup>52</sup>

### **Zwischenergebnis**

Der Aufsichtsrat ist kraft der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der COFAG für die Zustimmung der Gewährung von bestimmten Maßnahmen an antragsstellende Unternehmen zuständig. Der Aufsichtsrat hat eigenständig zu entscheiden. Er kann sich dabei auf die Informationen der Geschäftsführung verlassen.

## **2. Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats**

---

<sup>50</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 3. Auflage, § 95 Rz 93a.

<sup>51</sup> 125.ARS/19.10.2022 TOP 4 – Update zum OG-Thema

126. ARS/25.10.2022 TOP 5 – KOG

127. ARS/9.11.2022 TOP 3 – Bericht zum OG

128. ARS/16.11.2022 TOP 3 – Bericht zum OG-Thema

129.ARS/23.11.2022 TOP 3 – Bericht zum OG Thema

130.ARS/30.11.2022 TOP 3 – Bericht zum OG Thema

131.ARS/14.12.2022 TOP 3 – Bericht zum OG Thema

132.ARS/21.12.2022 TOP 5 – Bericht zum OG Thema

133.ARS/11.1.2023 TOP 4 – UmwidmungsRL

134.ARS/18.1.2023 TOP 4 – UmwidmungsRL

136. ARS/15.2.2023 TOP 4 – UmwidmungsRL

137. ARS/1.3.2023 TOP 5 – UmwidmungsRL

138. ARS/15.3.2023 TOP 4 – Bericht beihilferechtl. Fragestellungen

141.ARS/26.4.2023 TOP 3 – Bericht zum OG Thema

142.ARS/10.5.2023 TOP 4 – Update zum OG-Thema

143.ARS/31.5.2023 TOP 8 – Update zum OG-Thema

<sup>52</sup> OGH 8 Ob 262/02s.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats müssen die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen mitbringen, um den Sorgfaltsanforderungen gemäß § 33 GmbHG zu entsprechen. Sie haben die Sorgfaltspflichten ordentlicher Aufsichtsratsmitglieder zu erfüllen. Dabei handelt es sich um einen objektiv normativen Maßstab.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats dürfen sich **grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Berichte** der Geschäftsführer verlassen.<sup>53</sup> Somit gilt der **Vertrauensgrundsatz im Verhältnis** Geschäftsführung und Aufsichtsrat.

Allein wenn der Aufsichtsrat **massive Zweifel** an der Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit der Angaben der Geschäftsführer hat, ist er berechtigt und zugleich verpflichtet, die Entscheidung vollständig vollkommen **eigenständig zu treffen** und daher eigenständig vorzugehen.<sup>54</sup>

Betrachtet man nunmehr die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats der COFAG zu den einzelnen Maßnahmen, so ist er – angesichts seiner eben angesprochenen intensiven und mehrseitigen Auseinandersetzung zu dem Thema - seinen **Zuständigkeiten und Aufgaben sorgfaltsgemäß** nachgekommen. Der Aufsichtsrat hatte sich für seine Zuständigkeit auch mit dem Begriff des **Unternehmens** und seiner Bezugnahme auf die **einzelne Gesellschaft** bzw auf den **Konzern** und die Berücksichtigung der Einzelgesellschaftsgrenze bzw der Konzerngrenze zu befassen. Dies ist notwendig, um die Zuständigkeit für die Zustimmungspflicht klar festzulegen und abzugrenzen.

Wie aber schon ausgeführt ist der Aufsichtsrat **nicht verpflichtet**, diese Frage vollständig **eigenständig** zu erarbeiten und **eigenständig** den **gleichen Begriff wie für die Geschäftsführung** auszulegen. **Keinesfalls** dürfen in **dieser Frage unterschiedliche Auffassungen** und Vorgehensweisen der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats stehen. In einem solchen Fall könnten widersprechende Entscheidungen der beiden Organe hervorkommen und wäre damit die Gesellschaft bei der Besorgung ihrer Kernaufgaben faktisch handlungsunfähig.

---

<sup>53</sup> Schauer in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat Rz 45/28; Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG § 33 Rz 15.

<sup>54</sup> Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat Rz 23/15.

Da die Geschäftsführer ohnehin eine Klarstellung durch den HBM-Auftrag in Gestalt einer Einzelweisung vom 25.2.2021 herbeigeführt haben, zudem im Frühjahr 2021 eine Rechtsberatung in Anspruch genommen und eine Rechtsauskunft (erstattet am 15.6.2021) genau zu dieser Rechtsfrage in sorgfaltsgemäßer Weise eingeholt wurde, ist es **nicht erforderlich**, dass **die Mitglieder des Aufsichtsrats für ihre Zustimmungsentscheidung für diese ein und dieselbe Rechtsfrage** eine weitere Stellungnahme, dh eine völlig eigenständige losgelöste Rechtsmeinung, einholen. Vielmehr sind sie berechtigt, sich auf die **Rechtsexpertise** die von den Geschäftsführern eingeholt wurde, voll und ganz **zu verlassen**. Eine **zweite Rechtsmeinung**, die der Aufsichtsrat einholt, ist daher **nicht erforderlich**. Dies umso mehr als eine breite und mehrfache intensive Diskussion zu den Rechtsfragen und Auswirkungen im Aufsichtsrat stattgefunden hat.

Mitglieder des Aufsichtsrats gehen daher **sorgfaltsgemäß** vor, wenn sie **keine zweite unabhängige Rechtsmeinung** einholen. Unabhängig meint in diesem Fall sowohl unabhängig von der Gesellschaft, aber auch unabhängig von der Erstmeinung eines Rechtsberaters.

Betrachtet man nunmehr die Vorgehensweise der Mitglieder des Aufsichtsrats der COFAG, so zeigt sich, dass der **Aufsichtsrat rechtskonform** gehandelt hat. Er hat sich zulässigerweise rechtskonform auf die **Vorlagen und Berichte der Geschäftsführer** verlassen und auch die Rechtsauskunft des von der Geschäftsführung beauftragten Rechtsberaters in Anspruch genommen. Eine zweite eigenständige Rechtsauskunft war für diese – völlig parallele Frage von Geschäftsführung und Aufsichtsrat – nicht erforderlich.

### **Zwischenergebnis**

Der Aufsichtsrat der COFAG hat sorgfaltsgemäß gehandelt; er hat sich mit der maßgeblichen Frage intensiv beschäftigt. Er konnte sich zulässigerweise auf die Angaben und Informationen der Geschäftsführer zum damaligen Zeitpunkt verlassen. Die Rechtsfrage ist für beide Organe völlig parallel, sodass keine Doppelung der Überprüfung erforderlich war.

Auch die Mitglieder des Aufsichtsrats konnten sich daher im Zeitpunkt der damaligen Entscheidung auf die Einzelweisung gegenüber der Gesellschaft und auf die Rechtsauskunft eines anerkannten externen Beraters an die Gesellschaft verlassen.

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1

Bei auslegungsbedürftiger Rechtslage sind die Geschäftsführer berechtigt, den für die Gesellschaft günstigeren oder am besten passenden Standpunkt einzunehmen.

Die Geschäftsführer der Gesellschaft haben die unmittelbaren normativen Vorgaben, somit die Verordnungen in der Gestalt der Richtlinien des Bundesministers für Finanzen, anzuwenden. Der klare Wortlaut dieser Regelungen verwendete ab November 2020 nur mehr den Begriff des Unternehmens und nicht des Unternehmens einschließlich der verbundenen Unternehmen.

Die Änderung der Textierung der Verordnung ab November 2020 spricht aus damaliger Sicht für den klaren Willen des Ordnungsgebers, nur die einzelne Gesellschaft, nicht aber den Konzern bei der Bemessung der höchsten Zuschussgrenzen zu berücksichtigen. Die Geschäftsführer haben diese unmittelbar geltenden Normen und Vorgaben anzuwenden. Die Anwendung dieser für sie durch die Präzisierung eindeutigen Vorgaben und Normen des innerstaatlichen Ordnungsgebers (dh des Bundesministers für Finanzen) kann ihnen daher nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Sie sind nicht berechtigt, entgegen der klaren Textierung und entgegen dem Willen des Ordnungsgebers die Regelung nicht anzuwenden. Sie haben dessen Vorgaben zu beachten. Den Geschäftsführern kann daher kein Verschuldensvorwurf für die Nichtberücksichtigung der Konzerngrenze, somit der verbundenen Unternehmen, gemacht werden.

2

Die COFAG ist eine Gesellschaft nach österreichischem Recht, die gesetzlich vorgegebene Aufgaben für die Republik Österreich besorgt. Die COFAG wird für die Republik Österreich als Auftragnehmerin oder Treuhänderin tätig, um die verschiedenen Zuschuss- und Hilfsleistungen für Unternehmen im Zuge der Covid-Krise abzuwickeln.

Im Rahmen dieses Auftragsverhältnis hat die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, eine Reihe von Einzelweisungen durch die einzelnen „Bundesminister-Aufträge“ (HBM-Aufträge) erteilt, um die Aufgaben der COFAG zu konkretisieren. Die Aufträge des Bundesministers für Finanzen sind als konkretisierende Einzelweisungen des Gesamtauftrages zu verstehen.

Die COFAG ist dabei ihren Aufgaben der Befolgung von Einzelweisungen im Rahmen des gesamten Auftrages nachgekommen. Sie hat die Einzel-Aufträge nicht nur befolgt, sondern hat nachgefragt und um Klarstellung gebeten, , die von der Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Finanzen – insbesondere in dem Auftrag vom 25. Februar 2021 – vorgenommen wurde. In dem Auftrag wurden klare Vorgaben für das Verständnis des Begriffes Unternehmen im Sinn von Einzelgesellschaft und Einzelrechtsträger gegeben.

Da die COFAG als Auftragnehmerin ihren Pflichten – auch nach Rückfrage und Überprüfung vertragskonform nachgekommen ist, haben auch die Geschäftsführer der Gesellschaft ihre Pflichten – erfüllt.

Sie haben – gleich wie bei einer gesellschaftsrechtlichen Weisung – nicht mit Verschulden gehandelt. Ihnen kann aufgrund dieser Weisungsbefolgung und Nachfrage bei Unklarheit kein Vorwurf, dh Verschulden, vorgehalten werden.

3

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben zur Klärung der neuen Rechtslage eine externe Rechtsmeinung eingeholt und sind damit ihren Sorgfaltspflichten nachgekommen.

Die Anwaltskanzlei Schönherr ist eine fachlich ausgewiesene, verlässliche und hochangesehene Wirtschaftskanzlei in Österreich. Sie ist trotz vorangehender Beratung der Gesellschaft in anderen Rechtsfragen von der Gesellschaft unabhängig.

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben der Anwaltskanzlei Schönherr den Sachverhalt vollständig dargelegt und auch die Hintergründe für die Rechtsfrage offengelegt.

Die Rechtsfrage wurde Ergebnis-offen formuliert und es wurde kein Wunschergebnis verlangt.

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben die Rechtsauskunft der Anwaltskanzlei Schönherr nicht unbesehen übernommen, sondern auf ihre Plausibilität geprüft und zur Grundlage einer eigenständigen Meinungsbildung verwendet.

Die Mitglieder der Geschäftsführung sind daher ihren Sorgfaltspflichten zur Einholung einer externen Fachexpertise zu einer unklaren und neuen Rechtsfrage nachgekommen und haben ihre Sorgfaltspflichten dazu vollständig erfüllt, auch wenn letztlich die erteilte Rechtsauskunft des anerkannten Rechtsexperten unzutreffend war.

4

Der Aufsichtsrat ist kraft der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der COFAG für die Zustimmung der Gewährung von bestimmten Maßnahmen an antragsstellende Unternehmen zuständig. Der Aufsichtsrat hat eigenständig zu entscheiden. Er kann sich dabei auf die Informationen der Geschäftsführung verlassen.

Der Aufsichtsrat der COFAG hat sorgfaltsgemäß gehandelt; er hat sich mit der maßgeblichen Frage intensiv beschäftigt. Er konnte sich zulässigerweise auf die Angaben und Informationen der Geschäftsführer zum damaligen Zeitpunkt verlassen. Die Rechtsfrage ist für beide Organe völlig parallel, sodass keine Doppelung der Überprüfung erforderlich war.

Auch die Mitglieder des Aufsichtsrats konnten sich daher im Zeitpunkt der damaligen Entscheidung auf die Einzelweisung gegenüber der Gesellschaft und auf die Rechtsauskunft eines anerkannten externen Beraters an die Gesellschaft verlassen.

**Die Mitglieder der Geschäftsführung und die Mitglieder des Aufsichtsrats haben bei der Gewährung der einzelnen Zuschussmaßnahmen im Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung sorgfaltsgemäß und rechtskonform gehandelt, auch wenn die Anwendung der Regelungen und die Gewährung von Zuschüssen durch die COFAG in Einzelfällen gegen EU-rechtliche Bestimmungen zum Beihilferecht verstoßen hat, wie dies die Europäische Kommission festgestellt hat.**



**Susanne Kalss**

