

Gesellschaftsrecht – Kapitalgesellschaften (5)

6. November 2019

Herzlich willkommen!



Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig

Bitte rufen Sie die Unterlage für jede Vorlesung
von meiner Homepage

cms.law/en/AUT/Vorlesung

ab!

I. Bestellung v. GmbH-Geschäftsführern (§ 15)

- durch Gesellschafterbeschluss
- GesV: d. Bund, Land, öff. Körperschaft (§ 15 Abs 3)
- Ob die Bestellung von Geschäftsführern dem AR durch den GesV übertragen werden kann, ist höchst fraglich
- GesV kann Gesellschaftern Entsendungs- od. Nominierungsrecht f. Gf einräumen
 - vor allem bei 50:50-Ges relevant
- gerichtl. Bestellung: „Notgeschäftsführer“ (§ 15a)

I. Bestellung GmbH-Geschäftsführer

- **Gesellschafterbeschluss für Bestellung**
 - grds einfache Stimmenmehrheit
 - durch GesV höheres Quorum für Bestellungsbeschluss möglich
 - Gesellschafter können auch im GesV bestellt werden, längstens für Dauer ihrer Gesellschafter-eigenschaft.
 - ❖ Folgen für Abberufung?

I. Abberufung GmbH-Geschäftsführer (§ 16)

- **Gesellschafterbeschluss zur Abberufung**
 - grds einfache Stimmenmehrheit
 - GesV Regelungen f. Abberufung v. Ges-Gf: zulässig
 - gesV. Beschränkung d. Abberufung auf wichtige Gründe
(§ 16 Abs 3)
 - gesV. Sonderrecht auf Geschäftsführung
 - GesV bestimmt qualifizierte Stimmenmehrheit oder Einstimmigkeit für Abberufung
 - Entsendungs- u. Abberufungsrecht, Nominierungsrecht für Gesellschafter
 - Syndikatsvertrag (StimmbindungsV)

I. Abberufung GmbH-Geschäftsführer

- Abberufung der Gf. durch Aufsichtsrat fraglich
- **Abberufungsklage**
 - gg Gesellschafter-Geschäftsführer (§ 16)
 - Klage auf Zustimmung gegen Mitgesellschafter zur Abberufung d. Fremd-Geschäftsführers
(§ 16 Abs 2 seit IRÄG 1997)
 - Einstweilige Verfügung – „*unwiederbringlicher Schaden*“ ist Voraussetzung

I. Geschäftsführer - Rücktritt

- Rücktritt möglich gem § 16a
 - Rücktritt unter Einhaltung der 14-Tage-Frist oder
 - aus wichtigem Grund auch fristlos möglich

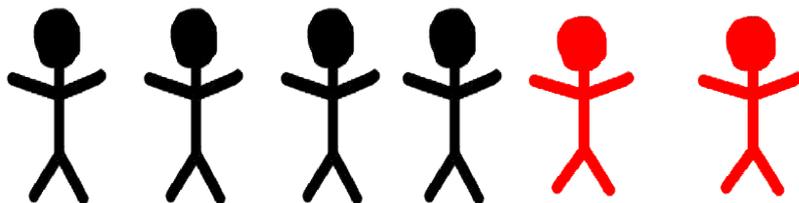
- zurückgetretener Gf kann seine Löschung selbst zum Firmenbuch anmelden

I. Geschäftsführer – Anstellungsvertrag

- Minderheitsgesellschafter oder Fremd-Gf ist idR „echter Dienstnehmer“
- sonst – d.h. ab 50%-Beteiligung oder bei Sperrminorität oder Weisungsfreistellung – idR „freier Dienstnehmer“
- uU Werkvertrag
- Auswirkungen für Lohn- u. Einkommensteuer, Kommunalsteuer, Sozialversicherung
- Weisungsgebundenheit, im GesV: Weisungsfreistellung möglich

II. AG-Vorstand – Bestellung

- durch Beschluss d Aufsichtsrats
- im mitbestimmten AR: „**doppelte Mehrheit**“ für
 - Bestellung u. Abberufung von VStds-Mitgliedern
 - Wahl des AR-Vorsitzenden und seines 1. Stellvertreters (§ 110 Abs 3 ArbVG)



II. AG-Vorstand – Bestellung

- Für Bestellung zum „Vorsitzenden“ des VStd (Generaldirektor) od „Sprecher“ d. VStd genügt einfacher Mehrheitsbeschluss.
- für VStds-Anstellungsvertrag kann AR-Ausschuss ohne ArbNV gebildet werden (§ 110 Abs 4 ArbVG)
- Bestellung d. „Notvorstand“ durch Gericht (§ 76 AktG)

II. AG-Vorstand – Bestellungsdauer

- fünf Jahre (Höchstdauer) oder kürzer festgelegte Bestellungsdauer
- keine Bestellung auf unbestimmte Zeit
- Rücktritt
- gerichtliche Abberufung d. VStd. nicht vorgesehen (anders für Liquidator der AG)
- vorzeitige Abberufung des VStds durch AR bedarf „*wichtigen Grund*“

II. AG-Vorstand – vorzeitige Abberufung

- wichtiger Grund für vorzeitige Abberufung von VStds-Mitgliedern nur bei
 - grober Pflichtverletzung
 - Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung
 - Entziehung des Vertrauens durch Hauptversammlung aus nicht offenbar unsachlichen Gründen (§ 75 Abs 4 AktG)

II. AG-Vorstand – vorzeitige Abberufung

- Vorstandsmitglied kann seine vorzeitige Abberufung gerichtlich bekämpfen (Aufgriffsobliegenheit – Klage muss ca. binnen eines Monats erhoben werden)
- Widerruf ist solange wirksam, als nicht über seine Unwirksamkeit rk. entschieden ist (§ 75 Abs 4)

II. AG-Vorstand – Dienstvertrag

- idR „freier Dienstvertrag“; mE durchaus auch Angestellten Dienstverhältnis
dazu näher *Reich-Rohrwig/Szilagy* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, Anh § 75 Rz 29ff
- grds keine Weisungsgebundenheit des VStd
- Bei vorzeitiger Abberufung ohne (wichtigen) Entlassungsgrund bleiben schuldrechtl. Ansprüche aufrecht (§ 75 Abs 4 letzter Satz) – andere vertragl. Vereinbarungen möglich („Kopplungsklausel“ - OGH ecolex 2008, 439/161; wbl 2010, 300)
- bei Kündigung d. VStd-Vertrages durch Insolvenzverwalter: Begrenzung der Ansprüche auf 2 Jahre (§ 78 Abs 2)

II. AG-Vorstand – Bestellung

- bei **rechnungshofpflichtigen KapGes** (AG, GmbH):
 - öffentliche Ausschreibung gemäß **Stellenbesetzungsgesetz** notwendig
 - **„Bundes-Vertragsschablonen-Verordnung** (idF BGBl II 2011/66)
- **Bank-Vorstand** (Geschäftsleiter): Darf außerhalb des Bankwesens od. außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen keinen anderen Hauptberuf ausüben (§ 5/1/13 BWG). Zur Vergütungsregelung § 39b BWG

[zu allem s *Schima*, GesRZ 2011, 265 ff]

III. Geschäftsführung, Vertretung

- Innenverhältnis: „**Geschäftsführung**“ zB organisatorische Maßnahmen, Anweisung an Dienstnehmer

- Außenverhältnis: „**Vertretung**“
 - zB Abschluss von Rechtsgeschäften („**aktive Vertretung**“)
 - Entgegennahme von Willenserklärungen (zB Kündigung, Entgegennahme eines Anbots) oder Zustellungen (zB Klage, Bescheid) („**passive Vertretung**“ – stets Einzelvertretungsbefugnis)

III. Geschäftsführung

GmbH:

§ 20: Gesamtgeschäftsführung –
Einstimmigkeit der Gf (sofern
im GesV nicht ggt geregelt).
Gesellschafter können
Ressortverteilung beschließen,
auch konkludent.

AG:

Gesamtgeschäftsführung (sofern in
Satzung nicht ggt geregelt)
**VStds-Beschlüsse mit einfacher
Mehrheit**; Dirimierungsrecht d.
Vorsitzenden (§ 70 Abs 2)
AR kann Ressortaufteilung beschließen
(VStd in gewissem Rahmen auch)

gegenseitige Überwachungspflicht

III. Vertretung

GmbH

kollektiv

sofern im GesV oder GesB
nicht anderes festgesetzt

AG

kollektiv

sofern in Satzung oder AR-
Beschluss nichts anderes
festgesetzt

Vertrauensschutz: § 15 UGB;
zusätzlich § 17 Abs 3 GmbHG

§ 15 UGB
§ 73 Abs 4, § 105 Abs 1 Satz 2 AktG

Corporate Governance Codex (CGK)

Vom österreichischen Arbeitskreis für Corporate Governance (CG) erstellt

- Enthält international übliche Standards für gute Unternehmensführung
- Grundlage: einerseits wiederholt der CGK österreichisches Aktien-, Börse- und Kapitalmarktrecht, andererseits enthält CGK zusätzliche Regeln, die verstärkt **gute Unternehmensleitung** oder die **gute Besetzung von Organen** oder ihr Zusammenwirken sicherstellen oder Interessenkollision vermeiden sollen.
- EU-Empfehlungen, OECD-Richtlinien wurden für CGK berücksichtigt

Corporate Governance Codex (CGK)

- CGK adressiert an: österreichische börsennotierte AG und SE
- Verpflichtungserklärung zum CG-Kodex Voraussetzung für Prime Market der Wiener Börse
- Regelungskategorien:
 - Rechtsvorschriften
 - Comply-or-Explain-Regeln
 - Empfehlungen

Lit: *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 70 Rz 200ff

VI. Haftung d. GmbH-Geschäftsführers

- Innenhaftung: gegenüber d. GmbH
- Außenhaftung: gegenüber Ges-Gläubigern
- strafrechtl. und verwaltungsstrafrechtliche Haftung
- Öffentlichrechtliche Haftung nach BAO, ASVG

VI. Innenhaftung d. GmbH-Gf

- § 25 GmbHG – Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (Haftung für „branchen-, größen- u. situationsadäquate Bemühungen“)
 - Gf hat für Einhaltung gesetzlicher Vorschriften durch GmbH zu sorgen
 - Einhaltung von Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung, Anstellungsvertrag und Weisungen (sofern nicht nichtig) – Kompetenzgrenzen s näher *Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Komm GmbHG², § 25 Rz 41ff

VI. Innenhaftung des GmbH-Gf

§ 25 Abs 2 GmbHG: „Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden.“

- Zentrale Obliegenheit jedes Geschäftsführers ist die „**fachlich einwandfreie Leitung der Gesellschaft**“
- Maßstab: Sorgfalt einer in leitender Position tätigen Person
- Pflicht zur Interessenwahrung für die GmbH/AG
- Aber: Keine Erfolgshaftung: **Unternehmensrisiko** trifft die GmbH/AG
- Haftung des Gf/VStds nur für größen-, branchen- und situationsadäquate Bemühung
- „Übernahmefahrlässigkeit“
- ggf muss Gf/VStd Berater und Sachverständige beiziehen

VI. Business Judgement Rule

- § 25 Abs 1a GmbHG / § 84 Abs 1a AktG anerkennen **weites Entscheidungsermessen des Gf/VStd.**
- Nur „eklatantes Überschreiten“ des Ermessens macht haftbar („**business judgement rule**“), sofern nicht zugleich Gesetzesverletzung vorliegt

(vgl SZ 46/113; 1 Ob 144/01k, ecolex 2003, 34/22 = RdW 2002, 342/350; 22.5.2003, 8 Ob 262/02s, RdW 2003, 448/377; 11.6.2008, 7 Ob 58/08t; OGH 17.10.2003, 1 Ob 20/03b, ecolex 2004, 284/135 = GeS 2004, 33; 25.7.2000, 10 Ob 104/00t, RdW 2000, 734/724; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen, 26ff; *Reich-Rohrwig* in Wiener Komm GmbHG, § 25 Rz 33ff).

Business-Judgement-Rule

Voraussetzungen für die Anwendung der Business-Judgement-Rule auf eine bestimmte Ermessensentscheidung:

- Es handelt sich um eine **unternehmerische Entscheidung**
- Entscheidung basiert auf **angemessener Information**
- Entscheidungsträger ist frei von **Sonderinteressen**
- Entscheidung dient aus Sicht ex ante **offenkundig dem Wohl der Gesellschaft**

OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w, ecolex 2016/306, 695; OGH 30.08.2016, 6 Ob 198/15h; OGH 27.09.2016, 6 Ob 145/16s; *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG*⁶, § 84 Rz 158ff

VI. Innenhaftung des GmbH-Gf

Spezielle Obliegenheiten des Gf § 22 GmbHG:

- **Sorge für Rechnungswesen**, das den Anforderungen des Unternehmens entspricht
 - Buchführung und Bilanzierung (5-Monats-Frist), Zuleitung des JA an Jahresabschlussprüfer + Gesellschafter
 - Planungsrechnung, Cashflow, OP-Liste
- Sorge für **Internes Kontrollsystem (IKS)**, das den Anforderungen des Unternehmens entspricht
- Planung (Businessplan) und **Überwachung der finanziellen Lage der Gesellschaft**

VI. Haftung d. GmbH-Gf (§ 25 GmbHG)

Spezielle Obliegenheiten zur Wahrung des Ges-Vermögens gem § 25 Abs 3 Z 1 und 2 GmbHG:

Z 1: Haftung des Gf, wenn „*gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages **Gesellschaftsvermögen verteilt** wird, namentlich Stammeinlagen oder Nachschüsse an Gesellschafter gänzlich oder teilweise zurückgegeben ... werden*“

Haftung bei Erwerb oder Inpfandnahme „eigener Geschäftsanteile“

Z 2: Für Zahlungen nach dem Zeitpunkt, zu dem Gf zur Konkursanmeldung verpflichtet wäre.

Nach öRsp: für Betriebsverlust im Zeitraum der Konkursverschleppung (zur Außenhaftung d. Gf siehe unten Folien 36ff)

VI. Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 83)

- **Gesetzeszweck:** Gesellschaftsvermögen darf nicht willkürlich vermindert, also nicht (verdeckt) an Gesellschafter oder nahestehende Dritte ausgeschüttet werden.
 - Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens nur zulässig durch
 - (1) ordnungsgemäße Verteilung d. Bilanzgewinns,
 - (2) Kapitalherabsetzung oder
 - (3) Verteilung d. Liquidationsüberschusses(2+3 jeweils nach entsprechendem Gläubigeraufruf).

- Bilanzierungsvorschriften des UGB enthalten „**Ausschüttungsbeschränkungen**“ (insb § 235 UGB), ebenso GmbHG iZm vereinfachter Kapitalherabsetzung und § 82/5 (s näher *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004]).

VI. Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 83)

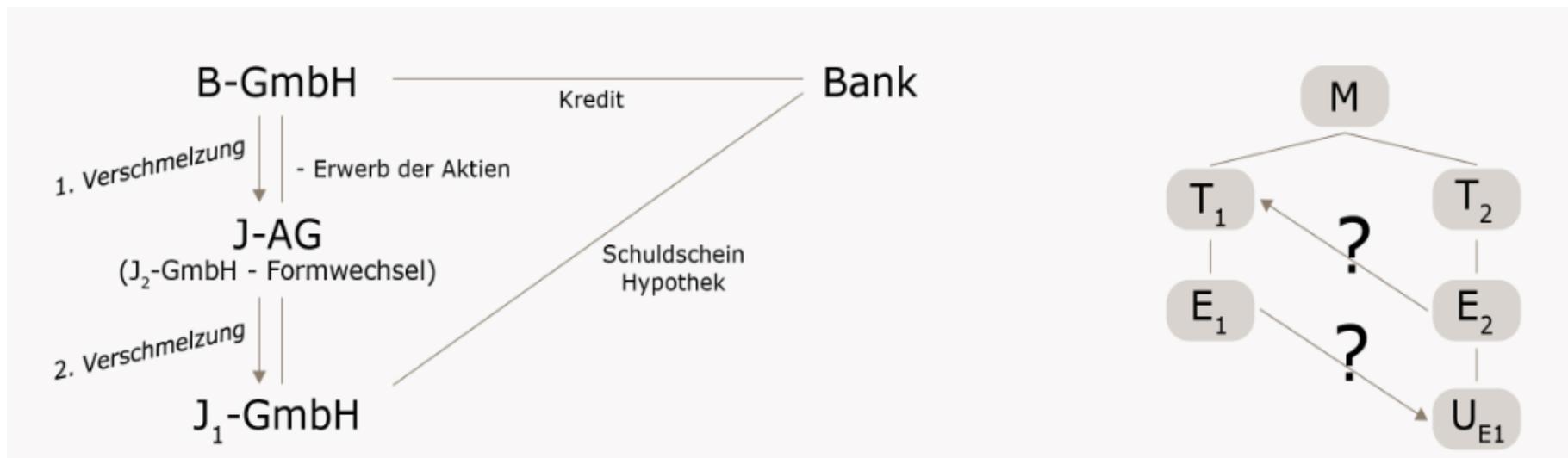
- Im Steuerrecht: „*verdeckte (Gewinn-)Ausschüttung*“
(§ 8 Abs 2 KStG)
- erfasst sind auch: Geschäfte mit (mittelbaren)
Gesellschaftern oder Schwestergesellschaften
(zum faktischen Aktionär BGH AG 2008, 120)
- Grundsatz d. „**Fremdvergleichs**“ oder „**Drittvergleichs**“
(angemessene Bedingungen) („at arm’s length“)

VI. Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 83)

- Problematisch sind zB auch
- die Verschmelzung bei kapitalherabsetzendem Effekt
 - die Kreditgewährung der GmbH an ihre Gesellschafter oder Konzern-Schwestergesellschaften,
 - die Haftungsübernahme der GmbH für ihre Gesellschafter,
 - das Cash-Pooling im Konzern

Lit: *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); *J. Reich-Rohrwig*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 152ff; . *J. Reich-Rohrwig*, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rechtsprechung 2003 bis 2013, *ecolex* 2013, 940ff; *Karollus* in *Leitner* (Hrsg), HdB Verdeckte Gewinnausschüttung² (2014) 1ff

Sind diese Umstrukturierungen zulässig?



OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h – *Fehringer*

VI. Innenhaftung des Gf nach URG bei *prüfungspflichtigen* GmbH, AG, GmbH & Co KG, Gen u.a.

- **„Gefährdungshaftung“** des Gf/VStd bei **Unterlassung der Einleitung** eines Reorganisationsverfahrens iSd URG nach § 22 Abs 1 Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)
- **URG-Haftung** des Gf/VStd nur bei **„prüfungspflichtigen“**, d.h. „mittelgroßen“, „großen“ GmbH oder gesetzlich aufsichtsratspflichtigen **GmbH/AG/GmbH & Co KG, Gen u.a.**

VI. Innenhaftung des Gf nach URG bei *prüfungspflichtigen* GmbH, AG, GmbH & Co KG, Gen u.a.

➤ Voraussetzungen für URG-Haftung des Gf /VStd:

- (1) Insolvenzeröffnung
- (2) + innerhalb der letzten 2 Jahre davor **Nichtbeantragung des Reorganisationsverfahrens** trotz „Kennzahlenberichts“ des Abschlussprüfers (siehe nächste Folie) oder
- (3) nicht gehörige Fortsetzung des Reorganisationsverfahrens
- (4) oder Verzug mit Rechnungslegung (und dadurch ausbleibender Kennzahlenbericht des Abschlussprüfers)
- (5) Nichtbeauftragung d. JA-Prüfers (§ 22 Abs 1 Z 2 URG)

VI. Gesetzliche Kriterien für Vermutung des Reorganisationsbedarfs:

- weniger als **8% Eigenmittelquote** (§§ 22 u 23 URG) und
- **fiktive Schuldentilgungsdauer** beträgt **mehr als 15 Jahre** (§§ 22 u 24 URG)

VI. Innenhaftung des Gf nach URG bei *prüfungspflichtigen* GmbH, AG, GmbH & Co KG, Gen u.a.

- Haftung nach URG bis € 100.000,- je Geschäftsführer/VStd
- sofern nicht Gutachten eines befugten Wirtschafts-treuhänders den Reorganisationsbedarf verneint (§ 26 URG)
- Exkulpierung möglich (s OGH 1.12.2005, 6 Ob 269/05k, ecolex 2006, 400/175 = RdW 2006/267)
- Haftung wird vom Insolvenzverwalter der GmbH/AG/ GmbH & Co KG geltend gemacht

VI. Außenhaftung d. Geschäftsführers (Forts.)

- **Schutzgesetzverletzung** – zB Betrug (§ 146 StGB), Bilanzfälschung (§ 163a StGB), culpa in contrahendo, aber auch fahrlässige Insolvenzverschleppung (§ 69 IO; § 159 StGB iVm § 1311 ABGB) siehe dazu die nächsten Folien
- **Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung von Gläubigern** (§ 1295 Satz 2 ABGB)
 1. Verwendung der GmbH zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung
 2. Wissentlich missbräuchlicher Abruf einer Bankgarantie
 3. Veruntreuung von Sachen, die der GmbH anvertraut sind
 4. Verletzung eines gerichtlichen Verfügungsverbots
 5. Betrügerische Krida
 6. Sphären- und Vermögensvermischung
 7. Verletzung der Insolvenzantragspflicht (dazu im Folgenden)

VI. Außenhaftung d. Geschäftsführers

- Pflicht zur Anmeldung neuer Gesellschafter und von Einzahlungen ausständiger Stammeinlagen zum FB oder deren Einforderung durch Gesellschafterbeschluss (§ 26 Innen- u. Außenhaftung)
- Unrichtige Angaben bei Kapitalherabsetzung (§ 56)
- Schädigung von Gläubigern bei Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung (vgl §§ 227ff AktG, u.a.)

VI. Insolvenzantragspflicht der „organ- schaftlichen Vertreter“, wie zB Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder

Es gibt vier Varianten des Insolvenzverfahrens:

- Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung (§§ 169 ff IO)
- Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung (§§ 166 ff IO)
- Konkursverfahren (§§ 180 f IO)
- Schuldenregulierungsverfahren für Nichtunternehmer (§§ 181 ff IO)

VII. Insolvenzantragspflicht

- Der Gf/VStd ist während der gesamten Geschäftstätigkeit der GmbH für Planung und Überwachung der finanziellen Lage der Gesellschaft verantwortlich. Er hat die Gesellschafter über einen alarmierend schlechten Geschäftsgang zu informieren; so hat er eine Generalversammlung einzuberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals der GmbH verlorengegangen ist
- Liegt bei der GmbH/AG einer der Insolvenzgründe der
 - **Zahlungsunfähigkeit** oder
 - **Überschuldung** oder
 - **Reorganisationsbedarf**

vor, so hat der Geschäftsführer/VStd **ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage** [bei Elementarkatastrophen: 120 Tage] nach Kenntnis (**Sanierungsfrist**), die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht macht den Geschäftsführer meist zivilrechtlich haftbar, unter Umständen auch strafbar.

VII. Begriff: Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO)

- Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft **mangels ausreichender Zahlungsmittel**,
 - nicht in der Lage ist ihre fälligen Schulden zu bezahlen, und
 - sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald – idR binnen sechs Wochen, evtl bis drei Monaten – verschaffen kann.

- Abgrenzung zur **Zahlungsstockung**

Zahlungsstockung liegt vor, wenn anzunehmen ist, dass sich der Schuldner die zur Zahlung seiner fälligen Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel alsbald verschaffen kann.

VII. Begriff: Überschuldung (§ 67 IO)

- **Zweistufige Prüfungsmethode**, ob Überschuldung vorliegt:
 - **Rechnerische Überschuldung**: Das Vermögen der GmbH (zu Verkehrswerten) deckt die bestehenden Verbindlichkeiten nicht.

jedoch: bei **positiver Fortbestandsprognose** entfällt die Pflicht zur Insolvenzantragstellung (**teleologische Reduktion der Insolvenzantragspflicht**): Die Ertragskraft der GmbH/AG reicht nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig zur Fortführung der GmbH/AG und zur Wiedererlangung der Ertragskraft – und sohin zur Fähigkeit, der eingegangenen Verbindlichkeiten zu tilgen – aus.

VII. Fortbestandprognose

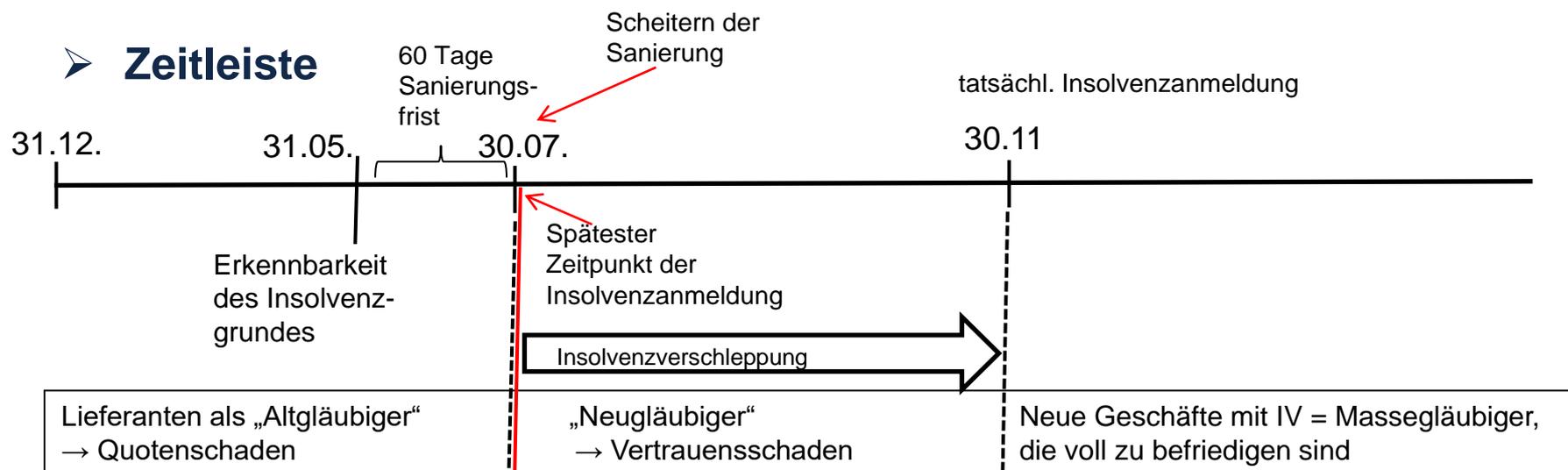
Prüfung der Zukunftsaussichten der GmbH/AG mit Hilfe einer Analyse der Verlustursachen, möglicher Reorganisationsmaßnahmen und eines Finanzierungsplanes.

Für eine positive Fortbestandsprognose muss **ex ante** betrachtet eine **aussichtsreiche Chance auf Wiederherstellung der Solvenz** bestehen. Es kommt auf eine realistische Einschätzung des Fortführungskonzeptes, insb. der Weiterfinanzierung der Ges, an.

Anm: Diese Ausführungen sind sehr verkürzt und vereinfachend dargestellt; s. *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Komm GmbHG, § 25 Rz 86ff; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Armann/Karollus*, AktG⁶, § 84 Rz 619ff, 652ff; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 67 Rz 34ff.

VII. Außenhaftung d. Gf bei Verletzung d. Insolvenzantragspflicht

- Nach neuerer Rechtsprechung ist es Ziel der Insolvenzantragspflicht, „nicht mehr lebensfähige GmbHs (AGs) aus dem Verkehr zu ziehen“, um fortan eine Gläubigerschädigung zu vermeiden. Grosso modo lässt sich zwischen Schadenersatzhaftung des Gf gegenüber „Altgläubigern“ und „Neugläubigern“ unterscheiden.



VI. Haftung d. Gf/VStd iZm Insolvenz

- Schädigung der „Altgläubiger“ und – bei Konkursverschleppung – der „Neugläubiger“
- § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG kennt, wie oben erwähnt, die Haftung des Gf gegenüber der GmbH („Innenhaftung“)
- diese Haftung kann durch Gesellschafter, Insolvenzverwalter oder durch einen Gläubiger, der sich die Ersatzforderung pfänden und zur Einziehung überweisen lässt, geltend gemacht werden

Lit: *Rizzi/Zimmermann*, Der hartnäckige Gläubiger der GmbH – Die Pfändung von Ansprüchen der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, *ecolex* 2014, 492ff

VI. Haftung d. Geschäftsführers/VStd iZm Insolvenz

- Direkte Haftung des GmbH-Gf gegen Gläubigern der GmbH (deliktische Haftung oder sondergesetzlich geregelt, wie zB BAO, ASVG)
- Zur AG siehe die Außenhaftung des Vorstands bei grob fahrlässiger Schädigung des Gläubigers gem § 84 Abs 5 AktG

Lit: *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 84 Rz 552.*

VI. Haftung des Gf/VStd für Konkurskostenvorschuss

- Nach § 72a IO sind „*die organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Anlaufkosten, höchstens jedoch zu € 4.000,--, zur ungeteilten Hand verpflichtet*“ (§ 72a Abs 1 IO). „*Zur Leistung dieses Kostenvorschusses sind auch sämtliche Personen, die innerhalb der letzten drei Monate vor der Einbringung des Antrags auf Konkurseröffnung organschaftliche Vertreter des Schuldners waren, verpflichtet, nicht jedoch Notgeschäftsführer*“ (§ 72a Abs 2 IO).
- Der Geltendmachung dieser Haftung ist die vom Gericht vorzunehmende Prüfung, ob die GmbH über ein kostendeckendes Vermögen verfügt, vorzuschalten (s dazu näher § 72 IO). Diese Haftungsvorschrift ist nach meiner Auffassung verfassungswidrig (*Reich-Rohrwig* in Wiener Komm GmbHG, § 25 Rz 496).

VIII. Öffentlichrechtliche Haftung des Gf/VStd für Abgaben und SV-Beiträge

- Haftung des Geschäftsführers für uneinbringliche Abgabenverbindlichkeiten der GmbH bei Verletzung von den Gf treffenden Verpflichtungen
(§ 9 BAO und Landesabgabenordnungen; faktischer Gf § 9a BAO)
- Haftung des Geschäftsführers für uneinbringliche Sozialversicherungsbeiträge bei Verletzung von den GF treffenden Verpflichtungen – zB Nichtanmeldung von Arbeitnehmern
(§ 67 Abs 10 ASVG)
- Haftung für Zuschläge zur Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse

IX. Fremdfinanzierung der GmbH/AG durch ihre Gesellschafter oder Konzernunternehmen

- zB durch Kredit der Gesellschafter oder mittelbarer Gesellschafter (Konzernobergesellschaften)
- durch Warenkredit der Gesellschafter (Lieferforderung mit langer Fälligkeit)
zB ausländ. Industrieunternehmen und österr. Vertriebsgesellschaft
- Sicherheiten d. Gesellschafters für Gläubiger der GmbH
zB Bürgschaft oder Pfand d. Gesellschafters für Bankkredite oder Leasingverträge der GmbH

IX. „Fremdfinanzierung“ durch Gesellschafter: Eigenkapitalersatz

- **Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts d. Rsp**
- **Eigenkapitalersatzgesetz = EKEG**
(= Art I des GIRÄG 2003; BGBl I 2003/92), in Kraft getreten am 1.1.2004

Literatur:

J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen d. Kapitalerhaltung bei AG, GmbH, GmbH & Co KG, 51ff (zur alten und neuen Rechtslage); *Dellinger/Mohr*, Kommentar z EKEG; *Schopper/Vogt*, Kommentar z. EKEG; *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz (2004); *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 74 Rz 1ff.

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) – Inhaltsübersicht

- | | |
|-----------------------------|--|
| § 1 Grundtatbestand | § 10 Stille Gesellschaft |
| § 2 Krise | § 11 Kommanditgesellschaft |
| § 3 Kreditgewährung | § 12 Nicht zu berücksichtigende
Beteiligungen |
| § 4 Erfasste Gesellschaften | § 13 Anteilserwerb zur Sanierung |
| § 5 Erfasste Gesellschafter | § 14 Rückzahlungssperre |
| § 6 Abgestimmtes Verhalten | § 15 u. § 16 Eigenkapital ersetzende
Gesellschaftersicherheiten |
| § 7 Treuhandschaft | § 17 Verweisungen |
| § 8 Verbundene Unternehmen | § 18 In-Kraft-Treten |
| § 9 Konzern | § 19 Vollziehung |

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

Gesetzesmaterialien des EKEG betonen

- Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter einer KapGes
- jedoch Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter in der „Krise“

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

Einschränkung des EK-Rechts auf **Kreditgewährung in der Krise:**

- Maßgeblich ist nicht mehr „*Kreditunwürdigkeit*“, sondern **Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung** oder **Vermutung von Reorganisationsbedarf (URG)**
- Kriterien für Vermutung von Reorganisationsbedarf (§§ 22-24 URG)
 - **Eigenmittelquote** lt. letztem Jahresabschluss **weniger als 8% und**
 - **Fiktive Schuldentilgungsdauer** (§ 24 URG) beträgt **mehr als 15 Jahre**

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

- Subjektives Element: „**Kennen**“ oder „**kennen müssen**“ der Krise durch Gesellschafter in § 2 geregelt und an Kriterien formalisiert (bisher: 60 Tage-Frist lt. Rsp)
- Klein- u. Kleinstgesellschafter werden ausgenommen, sofern sie nicht „*gemeinsam vorgehen*“ oder „*beherrschend*“ sind (und zwar auch schon vor In-Kraft-Treten des EKEG: OGH 16.07.2004, 8 ObS 12/04d, ecolex 2005, 375)

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

➤ für Anwendung erforderlich (§ 5):

Beteiligung des Gesellschafters in Höhe von

- **25% des Nennkapitals** oder
- **„beherrschender Einfluss“** oder
- **„kontrollierende Beteiligung“**

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

- **Sanierungsprivileg** für *neu hinzukommende Gesellschafter* bei Kreditgewährung im Rahmen eines (tauglichen) Sanierungskonzepts
[ebenso wie bei Kreditgewährung im Rahmen eines Reorganisationsverfahrens – § 21 URG]
- Das *Stehen lassen* von in unbedenklicher Zeit gewährten Gesellschafter-Finanzierungen wird vom EKEG ausgenommen (s unten)

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

➤ Auch Krisenfinanzierung wird vom EKEG ausgenommen, wenn:

- Geldkredit für nicht mehr als 60 Tage
- Waren- oder sonstiger Kredit für nicht mehr als 6 Monate

zur Verfügung gestellt wird, oder

- ein vor der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird (§ 3 Abs 1 EKEG).

➤ „Finanzplankredit“: Behandlung mE fraglich

IX. Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

Rechtsfolgen einer ek Ges-Finanzierung sind nach EKEG:

- Rückzahlungssperre, Verbot der Aufrechnung (§ 14)
 - Strafrecht: verbotene Rückzahlung der ek. Finanzierung bewirkt betrügerische Krida!
- Rangrücktritt der ek Gesellschafterfinanzierung im Insolvenzverfahren. Kommt erst nach 100%iger Befriedigung aller Insolvenzforderungen zum Zug
- eigenkapitalersetzende Ab- oder Aussonderungsrechte erlöschen mit Insolvenzeröffnung

IX. Auswirkungen des EKEG auf Gläubiger

Zur ek Besicherung von Krediten u.ä. siehe § 15 EKEG

Rechtsfolgen einer ek Gesellschafts-Besicherung **für** kreditgewährenden **Gläubiger (zB Bank)** (zB Bürgschaft des Gesellschafters für Bankkredit der KapGes):

- Wenn Gläubiger (zB Bank) im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Krise der KapGes **kannte** oder ihm sonst nach dem bei Kreditgewährung bekannten Jahres- od. Zwischenabschluss die Vermutung f. das Vorliegen von Reorganisationsbedarf **erkennbar war** →
- Diesfalls hat sich der Gläubiger primär beim Gesellschafter zu befriedigen (wohl einschließlich Zinsen)
- → in der Insolvenz der KapGes erhält Gläubiger nur Quote von seinem voraussichtlichen („mutmaßlichen“) Ausfall (nach Abzug der vom Gläubiger beim Gesellschafter erzielbaren Zahlung)

IX. Strafrechtlicher Aspekt des Eigenkapitalersatzrechts

- Die unzulässige Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterfinanzierungen stellt – Vorsatz d. Täters vorausgesetzt – betrügerische Krida gem § 156 StGB dar (OGH 1.10.2002, 11 Os 41/02, EvBl 2003/33 = GeS 2003, 116).

X. Haftungsdurchgriff gegen Gesellschafter

Innenhaftung

➤ **subsidiäre Ausfallhaftung d. Gesellschafter für nicht geleistete oder durch Einlagenrückgewähr zurückbezahlte Stammeinlagen** anderer Gesellschafter

(§ 70 u. § 83 Abs 2 GmbHG), so auch bei Differenzhaftung (§ 10a) für überbewertete Sacheinlagen, insb bei Einbringung eines überschuldeten Unternehmens

➤ Haftung für (zumindest fahrlässig) treuwidrige Gesellschafterbeschlüsse (OGH SZ 74/64 = RdW 2003, 268 = GesRZ 2004, 379 [Harrer] = ÖZW 2005, 21 [Artmann] = GeS 2005, 19 [Fantur] = RWZ 2004, 366 [Wenger]; abl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 61 Rz 14)

X. Subsidiäre Ausfallhaftung d. Gesellschafter für ausständige StE anderer Gesellschafter - Beispiel

A&B-GmbH	Stammeinlage	eingez. ½	Offen
A*	€ 17.500	€ 8.750	€ 8.750
B	€ 17.500	€ 8.750	€ 8.750

A&B-GmbH verfällt in Insolvenz.

*A verfällt selbst auch in Insolvenz

B haftet subsidiär für Aufbringung der StE des A von € 8.750,-

X. Haftungsdurchgriff gegen Gesellschafter (Forts.)

- Einflussnahme auf die Geschäftsführung unter Umgehung der Generalversammlung
- Weisung zur Konkursverschleppung (OGH ecolex 1993, 168)
- Haftung des **Mehrheitsgesellschafters** (!) für **unterlassenen Insolvenzantrag**, wenn in der GmbH/AG **kein „organschaftlicher Vertreter“** (dh Geschäftsführer/Vorstand) vorhanden ist (§ 69 Abs 3 IO)
- fahrlässige oder vorsätzliche Beteiligung am Kridadelikt (§ 159 StGB) und sonstigen strafbaren Handlungen des Gf

X. Haftungsdurchgriff gg Gesellschafter (Forts.)

- „Rechtsform-/Institutsmissbrauch“, Missbrauch der Organisationsfreiheit
- Beteiligung an sittenwidriger Schädigung (§ 1295/2 ABGB). Umgehung von Vertragspflichten (zB Wettbewerbsverbot durch Einschaltung einer GmbH, vorsätzlicher Eingriff in fremde Forderungsrechte)

X. Haftungsdurchgriff gg Gesellschafter (Forts.)

- Existenzvernichtender Eingriff in die GmbH (lt. BGH)
- Vermögens- und Sphärenvermischung
- Haftung als „faktischer Geschäftsführer“
(OGH ecolex 2008, 439/159; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*,
Wiener Komm GmbHG², § 25 Rz 10; § 9a BAO)
- Haftung für inanspruchgenommenes Vertrauen
(OGH ecolex 2005, 131/54)
- Fraglich: ungenügende Ausstattung der GmbH mit Eigenkapital?
- **Qualifizierte (materielle) Unterkapitalisierung“ ??**
vgl OGH 8 Ob 629/92, EvBl 1993/144. Seit VfGH 14.3.2017, G 311/2016, ecolex 2017/190,431,
zur gründungsprivilegierten GmbH ist Thema Unterkapitalisierung wohl obsolet.

X. Haftungsdurchgriff gg Gesellschafter (Forts.)

- Haftung nach URG bis € 100.000,- je Gesellschafter bei „prüfungspflichtigen“ Gesellschaften im Falle der Erteilung einer Weisung zur Nichteinleitung des gebotenen Reorganisationsverfahrens (§ 25 URG)
- Haftung des Mehrheitsgesellschafters für Konkurskostenvorschuss in der Insolvenz der GmbH (§ 72d IO)
- Haftung d. Gesellschafters bei **vorsätzlicher** oder **grob fahrlässiger** unberechtigter Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen (§ 42/7 GmbHG) und bei unberechtigter Sonderprüfung (§ 47/5 GmbHG) [samt Kostenersatz]

X. Haftungsdurchgriff gg Gesellschafter (Forts.)

- Haftung für vertragliche Haftungsübernahmen,
zB Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt, harte Patronatserklärung
- Haftung d. Gesellschafters, wenn er zugleich Geschäftsführer od.
Aufsichtsratsmitglied ist
- Haftung aus Verstoß gg. Gesellschaftsvertrag,
zB gg Konkurrenzverbot (oder aus Treuepflicht) oder zur
Leistung d. Stammeinlage

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

**Die nächste Vorlesung findet am
13. November 2019 um 17:00 Uhr
im U 15
statt!**

**Bitte rufen Sie die Unterlage für jede Vorlesung
von der Homepage www.cms-rrh.com ab**