

3. Haftung des Gesellschafters einer GmbH/FlexCo

3.1 Durchgriffshaftung

Gemäß § 61 Abs 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihren Gläubigern gegenüber grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Das damit postulierte Trennungsprinzip bewirkt, dass sich sämtliche Rechtsverhältnisse nur auf die Gesellschaft beziehen.^{A1} Als Ausnahme dieses Trennungsgrundsatzes wurde jedoch vom OGH die Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung, Missbrauch der Leitungsmacht bzw bei faktischer Einflussnahme auf die Geschäftsführung sowie bei Rechtsformmissbrauch bejaht.

Bei der qualifizierten Unterkapitalisierung gilt es zwischen der materiellen und der nominellen Unterkapitalisierung zu unterscheiden. Eine nominelle Unterkapitalisierung liegt dann vor, wenn die Gesellschaft zwar hinreichend kapitalausgestattet ist, jedoch nicht – wie geboten – mit Eigen- sondern mit Fremdkapital. Diese nominelle Unterkapitalisierung wird jedoch nicht als Durchgriffsfall behandelt.

Vielmehr entscheidend ist die *materielle Unterkapitalisierung*, die dann vorliegt, wenn eine ungenügende Ausstattung der Gesellschaft mit Kapital vorhanden ist, sodass der Gesellschaft erforderliche Mittel überhaupt fehlen. Die oberstgerichtliche Rechtsprechung legt fest, dass eine solche materielle qualifizierte Unterkapitalisierung dann gegeben ist, wenn eine eindeutig und für Insider klar erkennbare unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft vorliegt, die einen Misserfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt. In diesem Fall kommt es zur Durchbrechung des Trennungsprinzips und zu einer potentiellen Haftung der Gesellschafter. Wesentlich für die Anerkennung dieser Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung ist nach dem Normzweck somit ein objektives Missverhältnis zwischen erforderlichem und tatsächlichem Haftkapital der Gesellschaft.

Unter Umständen kann die Gesellschafter auch eine *Ausfallhaftung* treffen. Diese Ausfallhaftung tritt dann ein, wenn das Vermögen der Gesellschaft als Folge einer verbotenen Leistung weniger ausmacht als das Stammkapital, somit eine Unterbilanz der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Auszahlung an den Empfänger entsteht. Gemäß § 83 Abs 1 GmbHG sind Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen die Vorschriften des GmbHG, des Gesellschaftsvertrages oder entgegen einem Gesellschafterbeschluss Zahlungen geleistet worden sind, der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet. Abs 2 *leg cit* dehnt die Verpflichtung auf sämtliche übrigen Gesellschafter aus, indem bestimmt wird, dass die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Stammeinlagen für den Fall haften, dass ein Rückersatz weder durch den Empfänger der Leistungen noch von den Geschäftsführern erlangt werden kann. Abs 3 *leg cit* regelt schließlich, dass Beiträge, die von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, nach dem Verhältnis der Stammeinlagen verteilt werden. In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass auch ein Gesellschafter mit verhältnismäßig geringem Anteil am Stammkapital und ohne einen Vorteil lukriert zu haben für die volle Stammeinlage einzustehen hat, sofern von den übrigen Gesellschafter keine Zahlung zu erlangen ist.

Die in § 83 GmbHG enthaltenen Kapitalerhaltungsvorschriften bezwecken daher nicht nur eine Erhaltung des bestehenden Gesellschaftsvermögens, sondern einen generellen rechnerischen Schutz. Eine rechnerische Wertbindung des Gesellschaftsvermögens besteht auch dann, wenn das Aktivvermögen der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Auszahlung über den rechnerischen Betrag des Stammkapitals die vorhandenen Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.^{A2}

Bloß mittelbar beteiligte Mitgesellschafter sind nicht von der Ausfallhaftung erfasst. Der Adressatenkreis der Ausfallhaftung ist grundsätzlich horizontal auf die unmittelbar beteiligten Gesellschafter der anspruchsberechtigten GmbH im Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Stammeinlage zu beschränken.^{A3}

Die Unternehmenswert-Beteiligte an einer FlexCo trifft schon *ex lege* diesbezüglich keine Haftung, sodass Unternehmenswert-Anteile diesbezüglich privilegiert sind.

3.2 Insolvenzantragspflicht des Gesellschafters

Ein zentraler Aspekt des GesRÄG 2013 lag in der maßgeblichen Ausweitung der Gesellschafterhaftung. Man kann aufgrund des neu geschaffenen § 69 Abs 3a IO in diesem Zusammenhang sogar von einem Schritt zur Aufgabe des Trennungsgrundsatzes sprechen. Gemäß § 69 Abs 2 IO ist der Geschäftsführer

bei Vorliegen der Voraussetzungen für ein Insolvenzverfahren verpflichtet, dieses ohne schuldhaftes Verzögern, spätestens aber innerhalb von 60 Tagen einzuleiten. Abs 3a *leg cit* ordnet die Insolvenzantragspflicht bei Fehlen eines organschaftlichen Vertreters demjenigen Gesellschafter zu, der mit einem Anteil von mehr als der Hälfte am Stammkapital beteiligt ist.

Kommt der Mehrheitsgesellschafter in der Folge der Insolvenzantragspflicht nicht rechtzeitig nach, trifft ihn – unbeschadet einer fortdauernden Haftung des Geschäftsführers – eine Haftung im Hinblick auf die Folgen der verletzten Insolvenzantragspflicht. Mit dem Tatbestandsmerkmal „Mehrheitsgesellschafter“ ist eine Reihe von Subsumtionsfragen verbunden. So ist fraglich, ob die Anteile von Gesellschaftern, die durch einen Syndikatsvertrag verbunden sind, zu addieren sind. Auch stellt sich die Frage der Zurechnung von Treuhandanteilen. Es ist nicht davon auszugehen, dass Umgehungskonstellationen dergestalt, dass der 49%ige Gesellschafter zwei Prozent der Anteile von einem Treuhänder halten lässt, diesen von der Insolvenzantragspflicht entbinden. Auch ist fraglich, ob im Rahmen eines Konzernverbundes das normierte Überschreiten der Hälftebeteiligung durch das Hinzurechnen von mittelbaren Beteiligungen erfüllt werden kann.

Zudem haftet ein Gesellschafter mit mehr als 50% Beteiligung gem § 72d IO für die Anlaufkosten eines Insolvenzverfahrens.

3.3 Unterbilanzhaftung bei Kapitalberichtigung

Unter Umständen kann die Gesellschafter einer GmbH bei einer Kapitalberichtigung dann eine Unterbilanzhaftung treffen, wenn sich die in Stammkapital umzuwandelnde Kapitalrücklage als nicht werthaltig erweist. Der OGH verneinte eine solche Haftung nach dem von der Sachgründung (§ 10a GmbHG) bekannten Modell der Differenzhaftung, welche der vom OGH ausführlich dokumentierten hM im Schrifttum entspricht.^{A4} Dies im Wesentlichen mit den Argumenten, dass es für eine Rechtsanalogie zu den Sachgründungsvorschriften und zur dort geregelten Differenzhaftung an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Auch würde den Gläubigern der GmbH kein Nachteil entstehen, weil die Vermögenswerte der Gesellschaft und der Wert der Geschäftsanteile durch eine Kapitalberichtigung nicht verändert werden. Außerdem seien die Gläubiger der GmbH durch das Firmenbuch darüber informiert, dass es sich um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln handelt. Die Gläubiger seien also auch hier, wie bei jeder Jahresbilanz und der dort ausgewiesenen Bewertung des Gesellschaftsvermögens, auf die Richtigkeit der Bilanzzahlen und des Testats der Abschlussprüfer angewiesen.

Schließlich fehle es für eine (analoge) Differenzhaftung an entsprechenden Übernahmeerklärungen der Gesellschafter.

Auch wenn der OGH eine Differenzhaftung in diesem Zusammenhang verneint, stellt *Gruber*^{A5} richtigerweise die Frage, ob ein Gesellschafter in diesem Zusammenhang nicht deliktisch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haften könnte. Eine allfällige deliktische Haftung der Alleingesellschafterin gegenüber den Gläubigern der GmbH wird zwar an einigen Stellen der Begründung angesprochen, vom OGH aber nicht weiter vertieft. Mit einer deliktischen Vertrauenshaftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der GmbH hat weder die Differenzhaftung noch die Ausfallhaftung zu tun. Differenz- und Ausfallhaftung sind Modelle der Innenhaftung und auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet. Beide sind verschuldensunabhängig, jedenfalls die Ausfallhaftung ist daher eine Art Garantiehaftung. Die deliktische Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft beinhaltet demgegenüber als Außenhaftung einen Schadenersatzanspruch des Gläubigers gegenüber den Gesellschaftern.

Der OGH geht davon aus, dass den Gläubigern der GmbH kein Nachteil entsteht, weil die Vermögenswerte der GmbH durch eine Kapitalberichtigung nicht verändert würden. Der OGH konzidiert aber, dass dem Neugläubiger (nach Durchführung der Kapitalberichtigung) ein Vertrauensschaden entstanden sein könnte, weil er wegen des nun höheren Stammkapitals eine höhere Kreditwürdigkeit der GmbH annimmt. Damit der Gläubiger diesen Schaden von den Gesellschaftern der GmbH ersetzt verlangen kann, muss deren Verhalten rechtswidrig gewesen sein. Den Gesellschaftern müsste also – wie der OGH zutreffend ausführt – eine „rechtswidrige Mitwirkung (etwa durch Weisung an den Geschäftsführer) bei der bilanziell unrichtigen nominellen Kapitalerhöhung“ vorgeworfen werden können.^{A6} Eine deliktische Haftung kann die Gesellschafter in diesem Zusammenhang also dann treffen, wenn diese bei der Beschlussfassung über die Kapitalberichtigung die dafür maßgebliche Bilanz nicht genau überprüft hätten. Jeder Gesellschafter ist daher verpflichtet, vor seiner Stimmabgabe zu prüfen und gegebenenfalls Informationen darüber einzuholen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Kapitalberichtigungsbeschluss überhaupt vorliegen. Unterlässt ein Gesellschafter diese Prüfung, so handelt er wohl rechtswidrig und wird ihm dieses rechtswidrige Verhalten idR auch vorwerfbar sein.

3.4 Faktischer Geschäftsführer

Vor allem eine jüngere Entscheidung des OGH^{A7} zur Konkursverschleppungshaftung eines Nicht-Gesellschafters und Nicht-Geschäftsführers einer GmbH aufgrund seiner Stellung als faktischer Geschäftsführer zeigt das Risikopotential auf, welchem ein Gesellschafter einer GmbH oftmals völlig unbewusst und unterschätzt unterliegen kann.

Beim faktischen Geschäftsführer handelt es sich um eine von der Rechtsprechung kreierte und in der Folge von der Lehre sukzessive konkretisierte Figur. Bereits 1986 anerkannte der OGH in der sog Eumig-Entscheidung,^{A8} dass ein Kreditinstitut, das eine Gesellschaft als Mehrheitsgesellschafterin faktisch beherrscht, im Fall seiner fahrlässigen Zustimmung zur Unterlassung der Konkursantragstellung als Beitragstäter haftet. Als faktischer Geschäftsführer gilt nach hL eine Person, die das Unternehmen tatsächlich leitet, ohne wirksam zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein.^{A9} In der Praxis handelt es sich dabei zumeist um einen Mehrheits- oder Alleingesellschafter, der die tatsächliche Leitung der Gesellschaft insoweit über hat, als er den formell bestellten Geschäftsführer von dessen Aufgaben weitgehend verdrängt. Darüber hinaus können jedoch auch Personen außerhalb des Gesellschaftsverbands nach Ansicht des OGH als faktische Geschäftsführer fungieren.^{A10}

Das wichtigste Merkmal eines faktischen Geschäftsführers ist daher, wie er gegenüber Gesellschaftsgläubigern auftritt. Der OGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung das Vorliegen der Eigenschaft als faktischer Geschäftsführer bejaht, wenn der faktische Geschäftsführer allein Entscheidungsträger der GmbH ist, seine Entscheidungen völlig selbständig trifft und die formell bestellten Geschäftsführer keinerlei Geschäftstätigkeit ausüben bzw keinerlei Entscheidungsbefugnis haben oder sich den Anordnungen des faktischen Geschäftsführers beugen, dh ganz offensichtlich jede Anordnung des faktischen Geschäftsführers befolgen und daher echte Strohmänner ohne eigene Entscheidungsbefugnis sind. Dabei stellt auch der OGH insb darauf ab, dass der faktische Geschäftsführer nicht nur im Innenverhältnis, sondern nach dem Gesamterscheinungsbild auch im Außenverhältnis die Gesellschaft leitet.

Die Fälle der unmittelbaren Haftung der Geschäftsführer gegenüber Gesellschaftsgläubigern nach den §§ 56, 64 GmbHG kommen beim faktischen Geschäftsführer nicht in Betracht, weil dieser im Regelfall weder Anmeldungen zum Firmenbuch unterfertigen noch dies unterlassen kann. Im deliktischen Bereich wird auch in der Literatur die Haftung des faktischen Geschäftsführers bejaht.^{A11}

Soweit ein für eine GmbH Handelnder nach den vom OGH aufgestellten Kriterien als faktischer Geschäftsführer zu qualifizieren ist, haftet er Gesellschaftsgläubigern, soweit er einen Haftungstatbestand erfüllt, wie ein formell bestellter Geschäftsführer, und zwar auch dann, wenn er nicht Gesellschafter der GmbH ist.

Anmerkungen

- A1 Dazu bspw *Koppensteiner*, Kommentar GmbHG § 61 Rz 6; *Karollus*, Deckungsvorsorge (§ 16 PHG) und Haftungsdurchgriff, RdW 1989, 123 ff; *Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176.
- A2 *Koppensteiner*, GmbHG § 83 Rz 3; *Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung eigenkapitalersetzender Leistungen? wbl 2004, 410.
- A3 *Gellis/Feil*, Kommentar GmbHG § 70 Rz 4; OGH 9 Ob 127/04y, ecolex 2006, 215.
- A4 *Gruber*, Unterbilanzhaftung bei der Kapitalberichtigung? GesRZ 2011, 290; OGH 3 Ob 86/10h.
- A5 *Gruber*, GesRZ 2011, 291 ff.
- A6 *Gruber*, GesRZ 2011, 295.
- A7 OGH 23.02 2009, 8 Ob 108/08b.
- A8 OGH 1 Ob 571/86 SZ 59/132 = JBl 1986, 713 (*Reich-Rohrwig*); OGH 6 Ob 508/86 HS 18.570 = SZ 61/26 = ÖBA 1988/100 (*Apathy*).
- A9 *Ruhm/Toms*, Zur Haftung von faktischen Geschäftsführern und Nichtgesellschaftern, ecolex 2009, 683 mwN.
- A10 *Ruhm/Toms*, ecolex 2009, 683; OGH 23.02.2009, 8 Ob 108/08b.
- A11 *Ruhm/Toms*, ecolex 2009, 684.