

II. ALLGEMEINE UNTERNEHMENS- ORGANISATION

Unternehmensführung und Gesellschaftsrecht

Thomas Schirmer/Markus Uitz

Literatur: Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I (2003); Duursma/Duursma-Kepplinger/M Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007); Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁶ (2005); Geppert/Moritz, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte. Ein Handbuch für die Praxis (1979); Ginhör/Barnert, Der Aufsichtsrat. Rechte und Pflichten (2005); Hüffer, Aktiengesetz⁸ (2008); Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz I/1⁴ (2006); Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz II⁴ (2001); Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz III⁴ (2002); Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht. Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen in Fortführung des von Walther Kastner begründeten und in der letzten Auflage von Walther Kastner, Peter Doralt und Christian Nowotny bearbeiteten Lehr- und Handbuchs „Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts“ (2008); Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006); Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz. Kommentar⁹ (2007); Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005); Langer, Die Strafbestimmungen in Aktiengesetz und GmbH-Gesetz (1994); Nowotny, Gesellschaftsrecht. Kurzlehrbuch (2005); Pichler/Weninger, Der Vorstand der AG (2004); Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997); Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (2008); Roth/Fitz, Unternehmensrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht² (2006); Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); Temmel, Der Aufsichtsrat. Ein Handbuch für die Praxis (2003); Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Handbuch für die Praxis⁶ (2008).

A. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht bildet einen wesentlichen Rahmen für die Tätigkeit von Unternehmen und die Verantwortung ihrer Gesellschaftsorgane. Für ein umfassendes Verständnis von Corporate Compliance sind grundlegende Kenntnisse des Gesellschaftsrechts daher unabdingbar. Einleitend soll dieser Beitrag die Verantwortung von Geschäftsführung, Aufsichtsrat und den Gesellschaftern, jeweils in Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und Aktiengesellschaften (AG) aufzeigen. Die konkrete Ausgestaltung Compliance-konformen Verhaltens in einzelnen Bereichen der Unternehmensführung ist den nachfolgenden Kapiteln dieses Buches vorbehalten.

B. Geschäftsführer der GmbH

Als zwingend vorgesehene Organ muss jede GmbH über zumindest einen Geschäftsführer verfügen. Dabei gilt das Prinzip der Fremdorganschaft. Dies bedeutet, dass die Bestellung des Geschäftsführers durch einen eigenen Rechtsakt vorzunehmen ist und nicht – wie bei Personengesellschaften – Gesellschafter *ex lege* vertretungsbefugt sind. Zumeist werden Geschäftsführer durch einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss oder den Gesellschaftsvertrag ernannt. Von der gesellschaftsrechtlichen Position des Geschäftsführers ist allerdings dessen arbeitsrechtliche Stellung zu unterscheiden.

Zu den Aufgaben der Geschäftsführer zählt, das Unternehmen richtig zu organisieren. Ausdrücklich im GmbHG erwähnt sind in diesem Zusammenhang insb die Einrichtung eines angemessenen Rechnungswesens und internen Kontrollsystems (IKS), die rechtzeit-

ge Erstellung und Offenlegung von Jahresabschluss und Lagebericht, die Einberufung der Generalversammlung sowie die geordnete Aufbewahrung von Generalversammlungsbeschlüssen. Die Geschäftsführer haben dabei „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ walten zu lassen und müssen demnach über alle Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die für die Erfüllung des Geschäftszwecks der GmbH üblicherweise erforderlich sind. Der vom Gesetzgeber vorgegebene Verhaltensmaßstab ist im Ergebnis allerdings stark einzelfallbezogen und sowohl branchen-, größen- als auch situationsabhängig (für Einzelheiten zu den Organisationspflichten von Geschäftsführern siehe nachfolgenden Beitrag).

1. Innenhaftung

Jeder Geschäftsführer haftet der Gesellschaft für eine schuldhaft Verletzung seiner Organisations- und Überwachungspflichten. Er muss dabei aufgrund der gesetzlichen Beweislastumkehr im Einzelfall nachweisen, dass er den notwendigen Sorgfaltsmaßstab bei der Unternehmensleitung eingehalten hat. Selbst wenn die Rechtsprechung anerkennt, dass unternehmerische Entscheidungen demnach unbedingtd logisch nachvollziehbar sein müssen, empfiehlt es sich für jeden Geschäftsführer, den eigenen Kenntnisstand sowie die Erwartungen an beabsichtigte Geschäfte bereits vorab ausreichend schriftlich zu dokumentieren (für den Abschluss von Inschlaggeschäften – also Geschäften zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft – ist die Errichtung einer Urkunde sogar gesetzlich vorgeschrieben). Vor dem Abschluss außergewöhnlicher Geschäfte (vor allem der Abschluss von Gewinnabführungsverträgen und risikogeneigten Geschäften) ist die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen.

Geschäftsführer haften grundsätzlich nur für eigenes Verschulden (und nicht etwa für jenes von Angestellten oder anderen Geschäftsführern). Selbst bei Ressortaufteilung kann eine wechselseitige Überwachungspflicht vorliegen. Der von allen Geschäftsführern zu überwachende Kernbereich umfasst insb die Führung der Bücher der Gesellschaft, die Erstellung des Jahresabschlusses (der ja auch von allen Geschäftsführern zu unterfertigen ist) sowie die Stellung von Insolvenzanträgen, wenn dies aufgrund der Unternehmenslage erforderlich werden sollte. Mehrere Geschäftsführer haften bei Verstößen gegen ihre Überwachungspflicht solidarisch: Die Judikatur wägt dabei zwischen dem Verbot, in die Bereiche anderer Geschäftsführer einzugreifen (dies verstieße schließlich gegen den Willen der Gesellschafter, welche den einzelnen Geschäftsführern getrennte Bereiche zuweisen), und der solidarischen Überwachungspflicht für gemeinsame Aufgaben ab. Für die Praxis bedeutet dies, dass bei Zweifeln über die Richtigkeit der Buchhaltung sofort Nachforschungen anzustellen sind und diese Bemühungen auch möglichst gut dokumentiert werden sollten.

Geschäftsführer einer GmbH sind gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden. Ein Beschluss der Generalversammlung wirkt damit grundsätzlich haftungsentlastend. Die Haftung entfällt indes nicht, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, um Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen: Jeder Geschäftsführer könnte den betreffenden Beschluss schließlich anfechten, falls er dadurch ersatzpflichtig würde.

2. Außenhaftung

Eine direkte Inanspruchnahme von Geschäftsführern durch Dritte (Außenhaftung) bildet nach dem System des österreichischen Rechts nur eine Ausnahme in besonderen Fällen,

wie insb bei schuldhaft (also auch fahrlässig) falscher oder verzögerter Anmeldung zum Firmenbuch sowie falschen Angaben iZm Kapitalherabsetzungen und Umgründungsvorgängen. Die praktische Relevanz dieser Bestimmungen ist gering.

Darüber hinaus können Schutzgesetzverletzungen, also Verletzungen von Vorschriften, welche dem Geschäftsführer bestimmte abstrakt gefährliche Verhaltensweisen verbieten, zu einer Haftung der Geschäftsführer gegenüber Dritten nach allgemeinem Schadenersatzrecht führen. Die wichtigsten Fälle für eine derartige Haftung stellen die Verantwortung des Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung aufgrund einer verspäteten Konkursanmeldung, die Verkürzung von Abgabenschulden sowie die Verkürzung von Sozialversicherungsbeiträgen dar. In den genannten Fällen können Geschäftsführer allerdings bereits aus der Verletzung der entsprechenden Vorschrift separat zur Verantwortung gezogen werden.

Verschuldensunabhängig sind von den Geschäftsführern einer GmbH bei Konkursöffnung überdies die Anlaufkosten für das Konkursverfahren bis zu einem Höchstbetrag von EUR 4.000 zu übernehmen, wenn die Gesellschaft diesen Betrag nicht aus eigenen Mitteln begleichen kann. Diese Summe kann im Konkurs als Masseforderung angemeldet werden.

Auch wenn die Verantwortung von Geschäftsführern Dritten gegenüber bislang nicht allzu häufig schlagend wurde, veränderte gerade die Finanzkrise das Haftungspotenzial von Geschäftsführern in diesen Bereichen deutlich. Zu empfehlen ist daher, Konkurskennzahlen ständig im Auge zu behalten.¹⁴ Nicht vergessen werden darf darüber hinaus, dass die vom Gesetzgeber gewährte 60-Tages-Frist für die Eröffnung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens nach Kenntnis des Konkursgrundes nur ein absolutes Höchstmaß darstellt, eine Geltendmachung ohne schuldhaft Verzug aber jedenfalls erforderlich ist.

C. Vorstände der AG

Der Vorstand stellt ein zwingendes Organ der AG dar. Seine Mitglieder werden durch den Aufsichtsrat jeweils für maximal fünf Jahre bestellt. Im Unterschied zur GmbH hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigenständiger Verantwortung so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert. Alleinige Richtschnur für das Handeln des Vorstandes ist die langfristige Bestandsicherung des Unternehmens durch Sicherstellung einer dauerhaften Rentabilität. Weder Generalversammlung noch Aufsichtsrat kommt daher ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu. Zu beachten ist, dass diese Weisungsfreiheit des Vorstandes rechtlich auch innerhalb von Konzernen Gültigkeit besitzt.

Auch die Agenden des Vorstandes können durch eine Ressortverteilung auf einzelne Mitglieder übertragen werden. Die Gesamtverantwortung aller Vorstände bleibt in bestimmten

¹⁴ Konkursöffnungsgründe sind das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, wobei im letzteren Fall zusätzlich zu einem Überwiegen der Passiva über die Aktiva auch eine negative Fortbestehensprognose treten muss. Auch wenn dem Unternehmensreorganisationsverfahren in der Praxis keine Bedeutung zukommt, sind die darin verankerten Kennzahlen auch für die Verantwortung des Geschäftsführers relevant: Handlungsbedarf besteht demnach auch dann, wenn die Eigenmittelquote des Unternehmens weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt.

Bereichen dennoch bestehen: So müssen Grundsatzentscheidungen des Vorstandes im Gesamtgremium verhandelt werden. Jeder Vorstand hat überdies insb die Verpflichtung, ein angemessenes Rechnungswesen und IKS einzurichten und deren Wirksamkeit zu überwachen. Dazu zählen auch die Sicherstellung der entsprechenden Dokumentation und das Festlegen geeigneter Berichtswege (siehe dazu den Beitrag von Löffler in diesem Buch).

Der auf jedes Vorstandsmitglied anwendbare Sorgfaltsmaßstab entspricht dem eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Aufgrund dieses objektivierte Standards entschuldigt mangelnde Kenntnis einzelne Mitglieder im Haftungsfall nicht. Mindestkenntnisse sind vom Gesetz zwar nicht vorgeschrieben, aber jedenfalls erforderlich. Dazu zählt ein Verständnis wirtschaftlicher Zusammenhänge sowie der Rechnungslegung.

1. Innenhaftung

Das Aktienrecht selbst kennt außer der Abberufung und der Verweigerung der Entlastung keine besonderen Sanktionsmöglichkeiten für Sorgfaltsverstöße von Vorstandsmitgliedern. Ein Zuwiderhandeln gegen das AktG (und damit auch der Geschäftsführungspflichten), gegen die Satzung oder gegen Beschlüsse anderer Gesellschaftsorgane sowie vertragliche Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber Dritten kann allerdings nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen eine persönliche Haftung eines Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft bereits bei leichtem Verschulden begründen. Bei der Ausübung seiner Tätigkeiten kommt auch dem Vorstand ein gewisser unternehmerischer Ermessensbereich zu, innerhalb dessen er frei über die Durchführung von Maßnahmen entscheiden kann (oftmals auch als „*Business Judgment Rule*“ bezeichnet). Um im Nachhinein die einer geschäftlichen Entscheidung zugrunde liegende Information und die Gründe für eine bestimmte Entscheidung nachvollziehbar darlegen zu können und so das Haftungsrisiko zu minimieren, empfiehlt es sich unbedingt, derartige unternehmerischen Vorgänge sorgfältig und laufend schriftlich zu dokumentieren.

Penibel sollte darüber hinaus die durch Gesetz, Satzung oder allfällige Organbeschlüsse stipulierte Vorlagepflicht gegenüber anderen Gesellschaftsorganen beachtet werden. So ist schon aufgrund des AktG für folgende Maßnahmen die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen: (i) der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, Unternehmen und Betrieben, (ii) der Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, (iii) die Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen, (iv) bedeutende Investitionen, (v) die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, (vi) außergewöhnliche Darlehens- und Kreditgewährung, (vii) die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten, (viii) die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik, (ix) die Festlegung von Grundsätzen betreffend Gewinn-, Umsatzbeteiligungen, Pensionszusagen an leitende Angestellte, und (x) die Erteilung der Prokura. (Zu beachten ist allerdings, dass ein Rechtsgeschäft Dritten gegenüber trotz fehlender Zustimmung des Aufsichtsrates rechtsgültig zustande kommt, der Vorstand in diesem Fall aber der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig werden kann.)

Aus Haftungssicht ist die Genehmigung des Aufsichtsrates allerdings trügerisch. Sie entlastet den Vorstand nicht von den ihn treffenden Sorgfaltspflichten. Wie im GmbH-Recht kann lediglich ein Beschluss der Gesellschafterversammlung die Haftung des Vorstandes für ein bestimmtes Rechtsgeschäft im Innenverhältnis verhindern. Trotz Gesellschafterbeschluss haften Vorstände selbst in diesem Fall indes Dritten gegenüber nach Maßgabe der nachfolgend dargestellten Grundsätze.

2. Außenhaftung

Auch die Außenhaftung von Vorstandsmitgliedern gleicht dem Haftungsregime der GmbH-Geschäftsführer. Eine unmittelbare Verantwortung Dritten gegenüber kommt *in praxi* insb bei der Verletzung von Schutzgesetzen in Betracht. Allerdings sollte auch beim Vorstand nicht vergessen werden, dass eine Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten eine Regresspflicht von Vorstandsmitgliedern gegenüber der Gesellschaft begründen kann. Überdies können Gesellschaftsgläubiger allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft pfänden und somit direkt auf das Vermögen eines Vorstandsmitglieds zugreifen.

Verletzt ein Vorstand seine Pflichten grob fahrlässig oder sogar vorsätzlich, kommt eine Außenhaftung darüber hinaus in Betracht, wenn die Gesellschaftsgläubiger keine Befriedigung ihrer Ansprüche gegenüber der Gesellschaft erlangen können.

Unabhängig von ihrem Verschulden haften Vorstände in einem Konkursverfahren für die Erlegung eines Kostenvorschusses zur Verfahrenseröffnung bis zur Maximalhöhe von EUR 4.000, falls nicht die Gesellschaft selbst diesen Betrag aus den Gesellschaftsmitteln erlegen kann.

D. Aufsichtsräte in GmbH und AG

Ein Aufsichtsrat ist in jeder AG verpflichtend einzurichten, in einer GmbH nur bei Überschreiten gewisser, in § 29 GmbHG aufgezählter Grenzwerte. Selbst wenn diese Grenzen nicht erreicht werden, kann allerdings auch in der GmbH freiwillig ein Aufsichtsrat vorgeesehen werden. (Als fakultatives Gremium wird häufig ein Beirat eingerichtet, der beratende Funktionen gegenüber der Geschäftsleitung ausübt.)

Die Aufgabe des Aufsichtsrates besteht darin, die Geschäftsführung sowohl vergangenheitsbezogen als auch vorausschauend zu überwachen. Dazu hat er alle wichtigen Entscheidungen, wie Unternehmensplanung und die Besetzung von Führungspositionen, aber auch den Geschäftsverlauf begleitend zu kontrollieren. Eine ausschließlich nachträgliche Kontrolle der Maßnahmen ist nicht ausreichend.

Maßstab für die Erwägungen des Aufsichtsrates ist die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der zu beurteilenden Maßnahmen. Die Intensität der Kontrolle ist dabei – wie die Geschäftsleitung selbst – stark von der tatsächlichen Lage, Größe und Branche des Unternehmens abhängig. Als Maßregel gilt, dass die Überwachungspflichten des Aufsichtsrates umso höher auszufallen haben, je schlechter die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ist. Auch vergangenes Fehlverhalten und konkrete Verdachtsmomente hinsichtlich haftungsbegründenden Verhaltens eines Geschäftsführungsmitglieds erhöhen die Überwachungspflichten des Aufsichtsrates im Rahmen dieses gestuften Überwachungssystems.

Neben seinen Überwachungsaufgaben bedürfen bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen der Zustimmung des Aufsichtsrates. Überdies treffen den Aufsichtsrat Berichtspflichten an die Gesellschaft und er vertritt die Gesellschaft bei Geschäften zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern, wie auch bei Prozessen der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses.

Um diese Aufgaben wahrnehmen zu können, ist der Aufsichtsrat zur Selbstorganisation verpflichtet. Er muss also seine eigene Arbeitsfähigkeit sicherstellen. Möglich ist dies durch eine entsprechende Geschäftsordnung und regelmäßige Sitzungen der Aufsichtsratsmitglieder. (GmbHG und AktG sehen verpflichtend mindestens vier Sitzungen pro Ge-

schäftsjahr vor.) Aus Haftungsgründen ist allerdings zu beachten, dass Geschäftsordnungen laufend auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sind und – bei Erkennen von Mängeln – ehestmöglich entsprechend geändert werden müssen.

Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei Mitgliedern. Von ihnen wird überdurchschnittliche Intelligenz vorausgesetzt. Bestimmte Kenntnisse sind zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben, werden aber ebenfalls erwartet. Zu unterscheiden ist dabei zwischen solchen Kenntnissen, über die jedes Mitglied verfügen muss (dabei handelt es sich insb um ein wirtschaftliches Verständnis und die Fähigkeit, Bilanzen zu lesen und zu analysieren), und dem Spezialwissen einzelner Aufsichtsräte in ihren jeweiligen Fachbereichen. Damit sich die Gesellschafter ein Bild von den Kenntnissen und Fähigkeiten der Aufsichtsräte machen können, sehen GmbHG und AktG vor, dass bestimmte Informationspflichten vor der Wahl zu Aufsichtsräten zu erfüllen sind. Während der aufrechten Funktionsperiode von Aufsichtsratsmitgliedern sind Geschäfte eines Aufsichtsrates mit der Gesellschaft oder deren Tochtergesellschaften vom Gesamtaufichtsrat zu genehmigen. Dies betrifft vorwiegend externe Berater wie Rechtsanwälte, Unternehmensberater und Wirtschaftsprüfer, welche neben ihrer Aufsichtstätigkeit beratend für die Gesellschaft tätig werden.

Zu Aufsichtsräten kann nicht gewählt werden, wer bereits in 10 Kapitalgesellschaften ein Aufsichtsratsmandat innehält (die Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden zählt dabei doppelt). Weiters nicht erlaubt sind sog Überkreuzverflechtungen, das bedeutet, dass das Aufsichtsorgan einer Gesellschaft in einer anderen Gesellschaft die Geschäftsführungsfunktion ausübt, deren Aufsichtsrat in der erstgenannten Gesellschaft eine Geschäftsführungsfunktion innehat. Überdies verboten ist jede Verletzung des natürlichen Organgefüges: Leitungsorgane einer Tochtergesellschaft dürfen demnach nicht zu Aufsichtsräten der Muttergesellschaft bestellt werden. (Umgekehrt ist dies allerdings möglich: Geschäftsführer und Vorstände der Muttergesellschaft können zu Aufsichtsräten in Tochtergesellschaften bestellt werden.) Gerade die Praxis, erprobte Führungskräfte innerhalb von Konzernen auch in Tochtergesellschaften in diversen Funktionen einzusetzen, macht eine entsprechende Überprüfung der Einhaltung dieser Regeln vor der Wahl von Organmitgliedern regelmäßig notwendig. Gerade in den im Konzern üblichen Alleingesellschafterverhältnissen, bei denen Beschlüsse aufgrund von Stimmrechtsvollmachten durch Berater ausgeübt werden, wäre eine Verletzung sonst leicht denkbar.

Zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder (einschließlich der Arbeitnehmervertreter) verweisen GmbHG und AktG jeweils auf die Bestimmungen über die Haftung der Geschäftsführung. Gegenüber der Gesellschaft werden Aufsichtsräte demnach dann Schadenersatzpflichtig, wenn sie nicht die notwendige Sorgfalt haben walten lassen, wobei jeder Aufsichtsrat aufgrund der auch für ihn geltenden Beweislastumkehr nachzuweisen hat, dass er die ihn treffenden Verpflichtungen rechtzeitig erfüllt hat. Als Vergleich ist dabei die Maßfigur eines ordentlichen Überwachers, der diese Funktion als Nebentätigkeit ausübt, heranzuziehen.

Eine Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber Dritten ist bei der Verletzung von Schutzgesetzen möglich. Insb die Verletzung von Gläubigerschutzbestimmungen ist hierbei auch für Aufsichtsräte anzuführen.

E. Gesellschafter in GmbH und AG

Als Kapitalgesellschaften sind sowohl GmbH als auch AG vom Grundsatz der Sphärenrennung gekennzeichnet. Dies bedeutet, dass Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen wechselseitig nicht zur Befriedigung von Ansprüchen heranzuziehen sind. Den

Gläubigern einer Gesellschaft dient daher grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen als Haftkapital, wobei eine unmittelbare Haftung eines Gesellschafters in gewissen Fallgruppen aus Gläubigerschutzerwägungen dennoch bejaht wird.

Bei diesen Fällen handelt es sich um die Durchgriffshaftung, das Eigenkapitalersatzrecht und die Einlagenrückgewähr. Weitere Haftungen eines Gesellschafters sind denkbar, wenn nicht alle ausstehenden Einlagen einbezahlt wurden oder vom Gesellschaftsverhältnis losgelöste Verpflichtungsgründe vorliegen (etwa die Übernahme von Bürgschaften für die Gesellschaft).

1. Durchgriffshaftung

Trotz des Grundsatzes der Sphärenrennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen bejahen die österreichische Rechtsprechung und Literatur in gewissen Fällen, dass Gläubiger einer Gesellschaft auf das Vermögen der Gesellschafter zugreifen können (auch als *piercing the corporate veil* bezeichnet). Aus rechtlicher Perspektive sind diese Fälle als noch nicht abschließend geklärt anzusehen, wodurch in der Praxis Unsicherheiten entstehen können. Es empfiehlt sich daher, die mit der Durchgriffshaftung verbundenen Risiken durch einen entsprechend großen Sicherheitsabstand zu den nachfolgend geschilderten Tatbeständen zu vermeiden.

Einen der Gründe für eine Durchgriffshaftung stellt die qualifizierte Unterkapitalisierung der Gesellschaft dar. Verfügt ein Unternehmen eindeutig über zu wenig Stamm- bzw Grundkapital im Verhältnis zu dem vom Unternehmen verfolgten Unternehmenszweck, sollen diese mangelnden Leistungen der Gesellschafter zu deren Lasten gehen.

Überdies kann eine Vermischung von Gesellschafts- mit Gesellschaftervermögen zu einem Haftungsdurchgriff führen, da daraus leicht ein Vermögensabfluss zulasten der Gesellschaft (und damit auch ihrer Gläubiger) resultieren kann. Insb kleine, personalistisch geführte GmbH sind bei einer nicht transparenten Buchhaltung gefährdet, wenn zwischen Privat- und Gesellschaftsvermögen nicht mehr unterschieden werden kann.

Den dritten Sachverhaltstypus der Durchgriffshaftung stellt die Beherrschung und faktische Geschäftsführung dar. Ähnlich wie bei der Vermögensvermischung missbraucht ein Gesellschafter dabei die von der Rechtsordnung gewährte Organisationsfreiheit und die damit verbundenen Haftungsprivilegien, indem er Tätigkeiten in Gesellschaften auslagert, welche *de facto* ausschließlich seinem Willen unterliegen.

2. Eigenkapitalersatzrecht

Stellt ein Gesellschafter einer Gesellschaft in einer Krise anstelle von Eigenkapital Fremdkapital in Form eines Gesellschafterdarlehens oder -kredits zur Verfügung, darf dies nicht dazu führen, dass das unternehmerische Risiko zum Teil auf die Gesellschaftsgläubiger übertragen wird (*nominationale Unterkapitalisierung*). In der Insolvenz könnte der Gesellschafter seine Forderung gegenüber der Gesellschaft schließlich als Gläubiger anmelden und so auf Kosten anderer Gläubiger von der Konkursmasse profitieren.

Aus diesem Grund sehen die Regeln des EKEG vor, dass der einer Gesellschaft in der Krise gewährte Kredit für die Dauer der Krise gesetzlich zwingend als Gesellschaftereinlage gewertet wird und einer Rückzahlungssperre unterliegt. Dabei trifft auch den Geschäftsführer bzw Vorstand die Pflicht, keinen derartigen Kredit an Gesellschafter zurückzuzahlen. Vom Vorliegen einer Krise muss ausgegangen werden, wenn die Gesellschaft entweder zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder eine Eigenkapitalquote von weniger

als 8 % und eine fiktive Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren aufweist. Die Auszahlungssperre ist erst aufzuheben, wenn die Krise überwunden wurde und auch die Rückzahlung des Gesellschafterkredits kein erneutes Überschreiten der oben genannten Kriterien bewirken würde.

Als kreditgebender Gesellschafter iSd EKEG wird nur aufgefasst, wer mindestens 25 % der Anteile an der Gesellschaft hält oder eine kontrollierende Funktion innerhalb der Gesellschaft ausübt (etwa durch einen Syndikatsvertrag oder sonstige Vereinbarungen).

3. Einlagenrückgewähr

Grundsätzlich ist jede vermögensmindernde Leistung (also sowohl Sachleistungen als auch Verzichte) einer GmbH oder AG an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr anzusehen, soweit es sich dabei nicht um die Verteilung des Bilanzgewinns, fremdübliche Geschäfte oder ausdrücklich gesetzlich normierte Ausnahmen handelt.¹⁵ Praxisrelevante Beispiele für Einlagenrückgewähr sind die Gewährung eines überhöhten Geschäftsführergehalts für einen Gesellschafter-Geschäftsführer oder die Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten durch Gesellschaftsvermögen.

Jedes einer Einlagenrückgewähr zugrunde liegende Geschäft ist nichtig und die so erbrachten Leistungen rückabzuwickeln. Die Gesellschaft hat aus solchen Geschäften daher einen Rückforderungsanspruch gegen den betroffenen Gesellschafter, welcher von Gesellschaftsgläubigern gepfändet werden könnte. Auch aus steuerrechtlicher Perspektive trägt die Einlagenrückgewähr Haftungspotenzial in sich. Sie stellt in der Regel eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Gesellschafter dar, durch die Kapitalertragsteuer hinterzogen wird.

F. Risikominimierung

Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, um die Haftung von Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsräten zu minimieren. Zu erwähnen sind dabei vor allem die Entlastung, die Generalbereinigung, der Abschluss von Haftungsbefreiungs- oder Haftungsmilderungsverträgen sowie der Abschluss spezieller Directors & Officers-Versicherungen (D&O-Versicherungen).

Die Entlastung stellt eine einseitige Erklärung von Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung dar, mit der die Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsstätigkeit gebilligt wird. Dabei kommt zugleich zum Ausdruck, dass der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer, Vorstände oder Aufsichtsratsmitgliedern keine Ansprüche aus dem entlastenden Organ bekannten Pflichtverletzungen zustehen. Damit täuscht die Entlastung in den meisten Fällen allerdings über ihre rechtliche Wirkung hinweg, sind nicht bekannte oder nicht offengelegte Ansprüche davon ja nicht umfasst.¹⁶

Davon zu unterscheiden ist die Generalbereinigung, die einen Verzicht der Gesellschaft auf alle bekannten und für möglich gehaltenen Ansprüche gegenüber einem Gesellschafts-

¹⁵ Gesetzliche Ausnahmen vom Verbot der Einlagenrückgewähr wären etwa die ordentliche Kapitalherabsetzung, die Einziehung von Aktien oder der Erwerb eigener Anteile unter bestimmten Voraussetzungen, da diese Ausnahmen als Ausgleich gewisse andere Schutzmechanismen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger vorsehen.

¹⁶ Insb anlässlich bei Gesellschafterwechsel sollten abbestellte Organmitglieder dennoch auf eine Entlastung hinwirken.

organ oder dessen Mitgliedern darstellt. Wie die Entlastung auch, wirkt die Generalbereinigung allerdings nur im Innenverhältnis. Gläubigern gegenüber bleibt sie ohne Wirkung.

Haftungsbefreiungs- und Haftungsmilderungsverträge stellen ebenfalls im Innenverhältnis wirkende Mechanismen dar, durch die ein Gesellschaftsorgan von allen mit seiner Tätigkeit verbundenen Risiken bereits bei deren Eintritt schad- und klaglos gehalten werden soll. Ihnen ähnlich ist das Konzept der D&O-Versicherung, die zumeist entweder als Rechtsschutz- oder Haftpflichtversicherung ausgestaltet ist. Im ersten Fall sind lediglich die Kosten zur Abwehr von Ansprüchen versichert, im zweiten Fall übernimmt die Versicherung zusätzlich das Risiko des Organmitglieds, wegen Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden. Vor Abschluss von D&O-Versicherungen genau zu prüfen sind allfällige Selbstbehalte, ob sowohl die Innen- als auch die Außenhaftung vom Versicherungsschutz umfasst ist, ob auch die Tätigkeit innerhalb anderer Gruppengesellschaften in die Versicherung inkludiert ist, welche Ansprüche iZm der gerichtlichen Abwehr von Ansprüchen auf die Versicherung überwältigt werden können, und welche Informationspflichten das versicherte Mitglied gegenüber der Versicherungsgesellschaft hat.

G. Zusammenfassung

Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive ist die Haftung der Gesellschaftsorgane bei GmbH und AG stark einzelfallbezogen. Die tatsächliche Größe, Branche und Geschichte eines Unternehmens konkretisiert die im Gesetz abstrakt umschriebenen Haftungsregelungen näher. Wie innerhalb einzelner Unternehmensbereiche in Anbetracht dieser abgestuften Verantwortlichkeiten Compliance-konform gehandelt werden kann, ist Gegenstand der nachfolgenden Kapitel dieses Buches.