



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Unternehmerfreundlichkeit der Kapitalaufbringungs-
und Kapitalerhaltungsregelungen im slowakischen
GmbH-Recht?

(Ein Rechtsvergleich zwischen österreichischer
GmbH und slowakischer s.r.o.)

Verfasserin

Mag. Mgr. Miriam Nehajová

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: o. Univ. Prof. Dr. Manfred Straube

für meine Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS.....	III
ABBILDUNGSVERZEICHNIS	VI
TABELLENVERZEICHNIS	VI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VII
EINLEITUNG.....	1
Danksagungen	1
Zum Thema der Arbeit	2
Zum Aufbau der Arbeit	4
Hinweise	6
1. TEIL ATTRAKTIVITÄT DER GRÜNDUNG EINER S.R.O.....	7
1. Kapitel Einleitung	7
2. Kapitel Der historische Weg der slowakischen GmbH	8
I. Österreichisch-Ungarische Doppelmonarchie	8
II. Entwicklung des Wirtschaftsrechtes in den Jahren 1918-1989	9
A. Tschechoslowakische Republik nach dem Ersten Weltkrieg in den Jahren 1918-1939	9
B. Slowakische Republik in den Jahren 1939-1945	10
C. Tschechoslowakische Republik nach dem Zweiten Weltkrieg in den Jahren 1945-1989	10
III. Entwicklung des Wirtschaftsrechtes nach der sog „sanften Revolution“ im November 1989	11
A. Übergang zur Marktwirtschaft (1989)	11
B. Die slowakische GmbH seit 1993.....	13
3. Kapitel Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen für die Gründung einer slowakischen GmbH.....	14
I. Grundzüge der slowakischen GmbH.....	14
II. Gründung einer slowakischen GmbH in einzelnen Schritten	16
A. Gesellschaftsvertrag/Gründungsurkunde	16
B. Anmeldung im Handelsregister	19
C. Vorgesellschaft	21
D. Der neue Paragraph 105b slowHGB.....	22
4. Kapitel Slowakei - Steuerparadies im Herzen der EU?.....	24
I. Pauschal Steuer – hat das progressive Steuersystem ausgedient?	24
A. Die sog Flat Tax Besteuerung in der Slowakei bis Jänner 2013	24
B. Die Slowakei hat ihre legendäre Flat Tax abgeschafft.....	25
II. Flat Tax - Ein Besteuerungsmodell für alle?	26
III. Schlussfolgerungen	27
2. TEIL GLÄUBIGERSCHUTZ BEI DER GMBH	29
1. Kapitel Die europäische Nivellierung als neues Phänomen?	29
I. Europäischer Wettbewerb der Gesellschaften	29
II. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit	31
2. Kapitel Materiellrechtliche Gläubigerschutzinstrumente	38
I. Beschränkte Haftung als Gefährdungsmoment für die Gläubiger?	38
A. Haftungsprivileg aus volkswirtschaftlichen Interessen	38
B. Gesellschaftsimmanente Risiken	40

1.	Unzureichendes (Anfangs-) Vermögen	41
2.	Vermögensverschiebung	41
3.	Opportunistisches Verhalten – Moral Hazard	42
C.	Gläubigerschutzkonzept	42
II.	Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalaufbringung	43
A.	Nennkapital, Mindestkapital und Gesellschaftsvermögen	43
B.	Mindestkapitalaufbringung bei der GmbH in Österreich	47
C.	Mindestkapitalaufbringung bei der GmbH in der Slowakei	56
D.	Funktionen des Mindeststammkapitals	62
1.	Einführung	62
2.	„Eintrittspreis“ für das Absehen von persönlicher Haftung	63
3.	Gesellschafts- und Gesellschafterschutz	65
4.	Seriositätsindiz	66
5.	Gläubigerschutz	67
E.	Rechtfertigung und Kritik des Mindeststammkapitals	68
1.	Einführung	68
2.	Erzieherische Funktion des Mindestkapitals?	69
3.	Anlegerschützende Funktion des Mindestkapitals?	71
4.	Insolvenzprophylaxe oder Seriositätsschwelle?	71
5.	Starrheit der Mindestkapitalziffer?	73
6.	Gläubigerschutz?	74
F.	Exkurs: Die Lehre der verdeckten Sacheinlagen	78
III.	Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung	81
A.	Einführung	81
B.	Regelungszweck der § 123 slowHGB und § 82 Abs 1 GmbHG	82
1.	Allgemein	82
2.	Gesetzliche Rücklage als Instrument des Gläubigerschutzes	84
3.	Gesetzliche Rücklage als Instrument des Gläubigerschutzes	85
C.	Die verdeckte Einlagenrückgewähr bzw Gewinnausschüttung	86
1.	Allgemein	86
2.	Einlagenrückgewähr in Österreich anhand eines praktischen Beispiels	88
3.	Rechtsfolgen einer verbotenen Einlagenrückgewähr in Österreich	90
4.	Ausnahmen vom Verbot der Einlagenrückgewähr in Österreich	94
5.	Verbot der Einlagenrückgewähr in der Slowakei	97
D.	Das Verbot der Einlagenrückgewähr beim Cash-Pooling aus der Sicht der österreichischen Rechtslage	99
1.	Allgemein	99
2.	Kreditgewährung im Konzern	102
3.	Betriebliche Rechtfertigung iZm Konzernfinanzierungen	103
4.	Risiken für die Geschäftsführung	104
5.	Sorgfaltspflichten und vertragliche Regelungen	105
6.	Rechtsfolge bei Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften	105
E.	Nachschüsse	106
1.	Nachschusspflicht in Österreich	106
2.	Nachschusspflicht in der Slowakei	108
F.	Der Verlust der Hälfte des Stammkapitals	109
G.	Eigenkapitalersatzrecht	110
1.	Einführung	110

2.	Finanzierungsfreiheit?	111
3.	Die zentralen Judikaturlinien zum Eigenkapitalersatzrecht	112
4.	Normzweck des Eigenkapitalersatzrechtes	113
5.	Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechtes	114
6.	Anwendbarkeit des EKEG auf Sachverhalte mit Auslandsberührungen	121
7.	Auswirkungen auf das Cash Pooling	122
8.	Eigenkapitalersatzrecht in der Slowakei	125
H.	Funktionen, Rechtfertigung und Kritik der Kapitalerhaltung	127
3. Kapitel	Alternative Gläubigerschutzinstrumente	131
I.	Einführung	131
II.	Solvenzprüfung	132
A.	Allgemein	132
B.	Rechtfertigung und Kritik der Solvenzprüfung	134
III.	Europäische Insolvenzverschleppungshaftung (wrongful trading)	136
A.	Allgemein	136
B.	Rechtfertigung und Kritik des „wrongful trading“	137
IV.	Financial Covenants	138
A.	Allgemein	138
B.	Rechtfertigung und Kritik der Financial Covenants	139
V.	Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung	141
A.	Allgemein	141
B.	Rechtfertigung und Kritik der Durchgriffshaftung	146
VI.	Gläubigerschutzes durch Publizität?	147
A.	Allgemein	147
B.	Rechtfertigung und Kritik des Gläubigerschutzes durch Publizität	150
3. TEIL	ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK	153
	LITERATURVERZEICHNIS	162
	RECHTSPRECHUNG	172
	INTERNETPUBLIKATIONEN	174

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abb 1	Effektives Pooling	101
-------	--------------------------	-----

TABELLENVERZEICHNIS

Tab 1:	Übersicht der Regelung hinsichtlich der Mindestkapitalaufbringung (Österreich vs Slowakei)	60
Tab 2:	Übersicht der Mindestkapitalbeträge in ausgewählten EU Ländern.....	70

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Auffassung/Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abb	Abbildung
AbgÄG	Abgabenänderungsgesetz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
Anh	Anhang
Art	Artikel
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Deutschland)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
bgHG	(bulgarisches) Handelsgesetzbuch (Amtsblatt 48/1991 idF von Amtsblatt 34/2011)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
Blg	Beilage(n)

BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
bzw	beziehungsweise
č	Nummer (<i>číslo</i>)
ca	etwa, ungefähr (<i>circa</i>)
CC	<i>Codice Civile</i>
CFO aktuell	Zeitschrift für Finance & Controlling
dAktG	(deutsches) Aktiengesetz
DB	Der Betrieb (Deutschland)
dGmbHG	(deutsches) Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
eastlex	Zeitschrift für Recht und Steuern in Mittel- und Osteuropa
EB	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EK	Eigenkapital
EKEG	Eigenkapitalgesetz
Erl	Erläuterungen oder Erlass
ErlRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc	und so weiter (<i>et cetera</i>)
EU	Europäische Union

EuGH (<i>ESD</i>)	Europäischer Gerichtshof (<i>Európsky súdny dvor</i>)
EUR oder €	Euro
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in „Österreichische Juristen-Zeitung“
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
f	folgende (Beziehung auf mehrere, unmittelbar aufeinanderfolgende Seiten oder Paragraphen)
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	folgende (Beziehung auf mehrere, unmittelbar aufeinanderfolgende Seiten oder Paragraphen sowie weitere darauffolgende Seiten oder Paragraphen)
FK	Fremdkapital
Flat Tax	Einheitssteuer (<i>Flat-Rate Tax</i>)
FN	Fußnote
FOWI	Forschungsinstitut für mittel-und osteuropäisches Wirtschaftsrecht
gem	gemäß
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ggf	gegebenenfalls
GIRÄG	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Deutschland)
Gr	Gründung
HGB	Handelsgesetzbuch
HH	Herrenhaus
hins	hinsichtlich
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HUF	Ungarischer Forint
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
iHv	in Höhe von
inkl	inklusive
IO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	in Zusammenhang mit
JB	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780-1848)

Kč	Tschechische Krone
Kft.	(ungarische) GmbH
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
kol	Kollektiv (<i>kolektív</i>)
krit	kritisch
L	<i>Legislatio</i>
lit	<i>littera</i>
lt	laut
Ltd.	(englische) GmbH
Lv	Bulgarischer Lev
max	maximal
MBCA	<i>Model Business Corporation Act</i>
mE	meines Erachtens
mind	mindestens
MinEntw	Ministerialentwurf
MoMiG	(deutsches) Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008, dBGBI I 2008, S 2026
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neu Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
OOD	(bulgarische) GmbH
ÖRPfl	Der österreichische Rechtspfleger

ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtsache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randzahl
S	Seite oder Satz
S.à r.l.	(französische) GmbH
S.L.	(spanische) GmbH
S.r.l.	(italienische) GmbH
s.r.o. oder spol. s r.o.	(slowakische) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (<i>spoločnosť s ručením obmedzeným</i>)
SE	Europäische Aktiengesellschaft
SEG	Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft
SE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft
SK	Slowakische Krone
Slg	Sammlung
SlowG	Slowakisches Gesetz

slowHGB	(slowakisches) Handelsgesetzbuch (Gesetz Nr 513/1991 Slg idgF)
sog	sogenannte
SPE	europäische Privatgesellschaft
SPRL/BVBA	(belgische) GmbH
stProt	Stenographische Protokolle
taxlex	Zeitschrift für Steuer und Beratung
ua	unter anderem, und andere
UG	Unternehmergesellschaft
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
vs	versus
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
Z.z.	Sammlung von Gesetzen (<i>Zbierka zákonov</i>)
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

ZSR

Sammlung der Entscheidungen des slowakischen
OGH und der Gerichte der Slowakischen Republik
(*Zbierka stanovísk Najvyššieho súdu a rozhodnutí
súdov Slovenskej republiky*)

Dient die Rechtsform der GmbH der persönlichen Bereicherung der Gesellschafter ohne dass sie dabei persönlich haften müssen?

EINLEITUNG

Danksagungen

An dieser Stelle würde ich gerne einen herzlichen Dank jenen Menschen gewähren, die zum Entstehen meiner Dissertation beigetragen haben.

Zuerst möchte ich mich herzlich bei meinem Betreuer, Herrn Univ. Prof. Dr. Manfred Straube, und seinem Team, dabei insbesondere Herrn Assoz.-Prof. DDr. Thomas Ratka, LL.M., sowie der Professorin und Vizerektorin für die Legislative an der Comenius Universität in Bratislava, Slowakei, Frau Prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc., für nützliche Anregungen und Diskussionen bedanken, die diese Arbeit von Anfang an hervorragend betreut und mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen. Mein Dank gilt weiters Herrn Univ. Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M. der sich bereit erklärt hat, als Zweitbegutachter zu fungieren.

Nicht vergessen, darf ich meine Familie, insbesondere meine Eltern und meine Schwester Zuzana, die mich nicht nur während der Erstellung dieser Arbeit sondern während des ganzen Studiums stets unterstützt haben. Meinem Lebensgefährten Oliver möchte ich für seinen ununterbrochenen Rückhalt danken.

Mein herzlicher Dank wird schließlich Herrn Helmut Bimeshofer gewährt, der diese Arbeit kritisch durchgelesen hat.

Zum Thema der Arbeit

Durch mein Doppelstudium auf der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und auf der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Comenius Universität in Bratislava hatte ich die Möglichkeit, mir vielseitiges Wissen in diversen Rechtsgebieten in beiden Rechtssystemen anzueignen, die in vielen Bereichen sehr ähnlich sind und sich dennoch, oftmals an unerwarteten Stellen, unterscheiden. Gerade diese Unterschiede haben mein Forschungsinteresse geweckt. Bei der Verfassung dieser Arbeit hat mir meine mehrjährige berufliche Erfahrung in einer der größten Wirtschaftskanzleien Österreichs geholfen, wo ich meine theoretischen Kenntnisse aus beiden Rechtssystemen in der Praxis umsetzen konnte.

Da ich mehrere Jahre die Erfahrungen in beiden Rechtsordnungen gesammelt habe, wäre es auch schade diese nicht umzusetzen, beispielsweise mit Hilfe einer Dissertation. Gerade die ausländischen Erfahrungen stellen eine sehr große Hilfe bei der Gewinnung von neuen rechtspolitischen Lösungen und bei der Bewertung der gegenwärtigen Rechtslage im Heimatstaat dar.

Warum ich gerade über die Rechtsform der GmbH schreibe? Sowohl in Österreich als auch in der Slowakei stellt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung noch immer die beliebteste Rechtsform dar. Trotz der starken Globalisierungstendenz weist die aktuelle gesellschaftsrechtliche Lage dieser Rechtsform in beiden Ländern doch aufgrund der verschiedenen historischen Wege und unterschiedlichen politischen Situation bestimmte Unterschiede auf. Diese Arbeit versucht auf das Gemeinsame und die Unterschiede (Vorteile und Nachteile solcher "konkurrierenden" Gesellschaftsformen) der österreichischen und slowakischen GmbH unter besonderer Berücksichtigung der Gläubigerschutzeinrichtungen einzugehen.

In der Arbeit werden einzelne Gläubigerschutzinstrumente der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregelungen im GmbH-Recht vorgestellt und ihre Effektivität in beiden Ländern untersucht. Die Attraktivität

EINLEITUNG

und Beliebtheit der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird aufgezeigt.

Diese Arbeit eignet sich als rechtsvergleichende Arbeit, da nicht bloß zwei unterschiedliche nationale Regelungen nur in reinen Länderberichten präsentiert werden, sondern es werden im Zuge der Behandlung eines konkreten Problems, spezifisch vergleichende Überlegungen angestellt.¹ Die kritische Wertung der durch den Vergleich gewonnenen Ergebnisse bildet einen notwendigen Teil meiner Arbeit. Bei den Schlussfolgerungen habe ich versucht, objektiv zu bleiben. Wobei man erwähnen muss, dass die Subjektivität bei jeder Beurteilung eine Rolle spielt. Jedoch im Unterschied zu denjenigen die sich mit reinem nationalem Recht beschäftigen, habe ich mehr Anschauungsmaterial und mehr Lösungsmöglichkeiten gesehen. Dem Vorwurf der Subjektivität der Wertung kann aus diesem Grund treffend entkräftet werden: *„Was noch an Färbung des Bildes durch Herkunft und Schulung des Forschers übrig ist, korrigiert sich durch die internationale Zusammenarbeit“*.²

¹ Zu dem Begriff, den Methoden sowie Ziele der Rechtsvergleichung siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (1996) § 1 III.

² *Rabel*, *RabelsZ* 16 (1951) 359.

Zum Aufbau der Arbeit

Zuerst wird die Rechtsform der slowakischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung kurz vorgestellt. Durch die Darstellung der Geschichte und der aktuellen Lage dieser Rechtsform wird der Leser die Möglichkeit bekommen, die slowakische GmbH näher kennenzulernen. Dabei werden anhand von Beispielen die Ähnlichkeiten und Widersprüche³ mit den österreichischen Regelungen hinsichtlich des GmbH-Rechts dargestellt. Es wird sich zeigen, dass insbesondere aufgrund des niedrigen Mindeststammkapitals, der einfachen Gründung der slowakischen GmbH, sowie des im Vergleich zu Österreich schwächeren Gläubigerschutzes die Gründung einer GmbH in der Slowakei für Investoren durchaus attraktiv sein mag.

Im zweiten Teil dieser Arbeit werden ausgewählte Gläubigerschutzinstrumente im Gesellschaftsrecht und ihre Bedeutung aus der Sicht des Gläubigerschutzes kurz skizziert. Insbesondere wird der Höhe des Mindeststammkapitals und den Kapitalerhaltungsregelungen Aufmerksamkeit geschenkt. Die Höhe des Mindeststammkapitals stellt ua noch immer insbesondere in Osteuropa für viele Investoren ein entscheidendes Kriterium bei der Rechtsformwahl dar. Die Problematik wird sich auf den Mindestnennbetrag und seine Aufbringung in beiden Ländern vom Gläubigerstandpunkt aus gesehen konzentrieren. Es wird sich zeigen, dass dieses System auf einem festen Nennkapital aufbaut. Das feste Nennkapital erfüllt aus Sicht des Gläubigerschutzes vor allem zwei Funktionen. Die erste ist die Festlegung der Mindesteinlage. Die zweite Funktion ist die Begrenzung der Ausschüttungen an die Gesellschafter. Die komplizierten Regeln für zulässige Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter sollten kurz behandelt werden.

Ob und inwieweit die kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen über Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung tatsächlich ausreichenden Schutz bieten können, soll zur Diskussion gestellt werden. In diesem Zusammenhang werden Alternativen zum derzeitigen System

³ Die Bedeutung der Doktrin für die Rechtsfortbildung, die unterschiedlich entwickelten Formen der Konfliktlösung und ihre Bedeutung in der Lebenswirklichkeit werden in diesem Zusammenhang herangezogen.

EINLEITUNG

vorge stellt und ihre Effektivität aus der Sicht des Gläubigerschutzes im österreichischen und slowakischen GmbH-Recht untersucht. Bei der Untersuchung wird auf den umfassenden Meinungsstand in der österreichischen Wissenschaft verwiesen.

Abschließend runden im dritten Teil eine Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit und ein Ausblick die vorliegende Arbeit ab.

Ziel und Zweck dieser Arbeit ist es, in der rechtsvergleichenden Weise dem Leser die Effektivität bzw. Uneffektivität einzelner Gläubigerschutzinstrumente beider Länder zu erörtern. Im Hintergrund wird die Attraktivität der österreichischen GmbH im Wettbewerb des europäischen Gesellschaftsrechts aufgrund der Aufhebung der Sitztheorie in Frage gestellt.

Hinweise

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfreut sich im Wirtschaftsleben zunehmender Beliebtheit. Die Zahl der GmbHs nimmt nicht nur in Österreich sondern auch in der Slowakei markant zu.⁴ Ihre ganze Haftungs- und Vermögensstruktur macht sie besonders attraktiv. Zweifellos gilt sie als beliebteste Gesellschaftsform in beiden Ländern.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist insbesondere wegen dem Absehen von persönlicher Haftung sehr populär.⁵ Und gerade dieses Charakteristikum wird von manchen sehr kritisiert. Es wird auf den häufigen Missbrauch dieser Rechtsform hingewiesen. Dazu mögen auch sehr komplizierte und nicht immer klare gesetzliche Regelungen beitragen. Als Konsequenz ergibt sich in Österreich, dass zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung viel häufiger Judikatur ergeht, als bei den anderen Rechtsformen. Diese Tendenz wird in der Slowakei nicht beobachtet. Im slowakischen Gesellschaftsrecht fehlt es an langjähriger Rsp und Lehre, die in Österreich essentiell zur Auslegung sowie zur rechtsfortbildenden Präzisierung und Anpassung des GmbH-Rechts stets beiträgt.

Es ist fraglos, dass ausländische Bestimmungen bzw Judikatur zur Lösung heimischer Rechtsfragen nicht unverändert herangezogen werden können. Die Entwicklung im Nachbarland kann jedoch der heimischen Rechtsprechung sowie den Gesellschaftsrechtlern einen Anlass zur kritischen Würdigung des eigenen Rechts und zu dessen weiterer Bereicherung bieten.

⁴ In der Slowakei waren im Jahr 2005 100.634 und im Jahr 2010 166.266 GmbHs im Handelsregister eingetragen. Siehe dazu das *Justizministerium der Slowakischen Republik*, Handelsregisterstatistik, abrufbar unter <http://www.justice.gov.sk/stat/stor.htm> (abgerufen am 17.09.2014). Zum Jahresende 2005 gab es in Österreich 101.756 und im Jahr 2010 122.574 GmbHs. Vgl dazu auch *Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, *ecolex* 2006, 488.

⁵ An dieser Stelle möchte ich jedoch erwähnen, dass iZm der Gewährung der Kredite heutzutage die Banken meistens die persönliche Haftung der Gesellschafter verlangen.

1. TEIL Attraktivität der Gründung einer s.r.o.

1. Kapitel Einleitung

Die Slowakische Republik kann noch immer als unternehmerfreundliches Land charakterisiert werden. Im Vergleich zum 20. Jahrhundert hat sich in den letzten Jahren die Geschäftsklima in der Slowakischen Republik dank vieler Reformen insbesondere in den Bereichen des Wirtschafts- und Sozialsystems markant verbessert. Zu den wichtigsten Reformen hat auch die Steuerreform⁶ im Januar 2004 gehört, die zu einem unerwartet hohen Zuwachs an Einnahmen geführt hat.⁷ Am 28.11.2005 ist die Slowakische Republik früher als erwartet Mitglied im Euro-Wechselkursmechanismus WKM II geworden. Am 01.01.2009 wurde der Euro eingeführt. Mit einem Haushaltsdefizit von -2 % und einer Schuldenrate von 28.8 % des BIP hatte die Slowakische Republik 2008 die in sie gesetzten Erwartungen mehr als erfüllt.⁸

Nach einem drastischen Rückgang bis Anfang 2009 – ausgelöst durch die weltweite Wirtschaftskrise – hat sich die Wirtschaftstätigkeit dank der großen Auslandsnachfrage und der Erhöhung der Lagerbestände inzwischen erholt.⁹ Während im Jahr 2009 die Wirtschaft noch um 4,7 % schrumpfte, wuchs sie im Jahr 2010 um 4,2 %. Das Land setzt sich somit, mit einer durchschnittlichen Zuwachsrate in den Jahren 2000-2011 von 4,6 %, klar an die Spitze der EU Länder.¹⁰

⁶ Die Einführung einer Flat-Tax und die Harmonisierung aller Steuersätze.

⁷ Das BIP stieg im ersten Halbjahr 2005 zwischenjährig um 5,1 %, die Inflation lag in der Slowakei bei 2,5 % und die Arbeitslosenrate sank in September 2005 auf 11,2 %. Dank den staatlichen Subventionen gab es seit dem Jahre 2000 in der Slowakei einen starken Zuwachs an direkten Auslandsinvestitionen, insbesondere im Bereich der Autoindustrie. Siehe dazu näher *Internation Business Support*, Leitfaden für Unternehmer Slowakei-Österreich (2005) 59, abrufbar unter http://www.nadsme.proxia.sk/mediafiles//Publikacie/SP_SR-AU_nem.pdf (abgerufen am 26.06.2012).

⁸ Siehe dazu näher *Coface Central Europe Holding AG*, Country Report für Investoren und Exporteure Slowakische Republik (2011) 4, abrufbar unter <http://www.ksv.at/KSV/1870/de/pdf/944LeitfadenSlowakei.pdf> (abgerufen am 26.06.2012).

⁹ Siehe dazu näher *OECD*, Wirtschaftsausblick (2010) 176.

¹⁰ Ein ähnliches Bild zeigt sich bei den slowakischen Exporten. Abgesehen von der hohen Arbeitslosigkeit (2010: 14 %) und der Abhängigkeit vom tragenden Industriezweig der Fahrzeugindustrie ist die Slowakische Republik im EU-Vergleich noch hervorragend positioniert. Siehe dazu näher *Coface Central Europe Holding AG*, Country Report 4 sowie

Die Slowakische Republik konnte das Wachstumstempo aus 2010 auch im Jahr 2011 beibehalten. Im ersten Halbjahr 2011 wuchs die Wirtschaft um 3,4 % und somit stärker als in allen anderen neuen EU Mitgliedstaaten.¹¹ Das jährliche Wirtschaftswachstum lag im Jahr 2011 bei 3,3 %. Eurostat listet die Region Bratislava als fünftstärkste Wirtschaftsregion der Europäischen Union auf. Bratislava liegt mit einer Pro-Kopf-Wirtschaftsleistung von 178 % des EU-Durchschnitts bereits vor Wien.¹²

2. Kapitel Der historische Weg der slowakischen GmbH

I. Österreichisch-Ungarische Doppelmonarchie

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung war im Vergleich zu anderen eine neuere bzw nachträgliche Rechtsform in der Geschichte der Handelsgesellschaften. Weder das österreichische allgemeine Handelsgesetzbuch von 1862¹³ noch das ungarische Handelsgesetzbuch von 1875¹⁴ kannten diese Rechtsform.

Die ersten Versuche aus dem Jahr 1907, die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im ungarischen Teil der Monarchie einzuführen, blieben ohne Erfolg.¹⁵ Der erste erfolgreiche Schritt zur Einführung dieser Rechtsform in der Slowakei wurde mit dem „Vertrag betreffend die Regelung der wechselseitigen Handels- und Verkehrsbeziehungen zwischen den im Reichsrat vertretenen Königreiche und Ländern der heiligen ungarischen Krone“, abgeschlossen in Budapest im Jahr 1907, getan.¹⁶ Der Vertrag trat am

WKO, Wirtschaftswachstum, Veränderung des realen BIP (%) (November 2011), abrufbar unter <http://wko.at/statistik/eu/europa-wirtschaftswachstum.pdf> (abgerufen am 17.09.2014).

¹¹ Siehe WKO, AWO-Wirtschaftsreport, Slowakei (November 2011) 4.

¹² Wien hat eine Pro-Kopf-Wirtschaftsleistung von 161 % des EU-Durchschnitts. Siehe Thanei, EU Beitritt hat die Slowakei zerrissen, Die Presse (11.04.2012), abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/eu/748181/EUBeitritt-hat-die-Slowakei-zerrissen> (abgerufen am 17.09.2014).

¹³ Das Gesetz galt damals in Tschechien.

¹⁴ Das Gesetz galt damals in der Slowakei. Aufgrund des in der österreichisch-ungarischen Monarchie herrschenden Rechtsdualismus galten bis zum Zerfall der Monarchie nach dem Ersten Weltkrieg im Gebiet der heutigen Slowakischen Republik das ungarische Recht und im Gebiet der heutigen Tschechischen Republik das österreichische Recht.

¹⁵ Vgl Rouček, Zákon o spoločnostiach s ručením obmedzeným (GmbHG) (1922) 11.

¹⁶ Im österreichischen Teil der Monarchie ratifiziert durch das Gesetz vom 30.12.1907 (RGBl 278/1907), im ungarischen Teil der Monarchie durch den Gesetzesartikel LIV/1907.

01. Jänner 1908 in Kraft und hat ermöglicht, dass die österreichischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ihre Zweigniederlassungen auch im ungarischen Teil der Monarchie und somit in der Slowakei errichten und betreiben konnten.¹⁷

II. Entwicklung des Wirtschaftsrechtes in den Jahren 1918-1989

A. *Tschechoslowakische Republik nach dem Ersten Weltkrieg in den Jahren 1918-1939*

Nach dem Ersten Weltkrieg zerfiel die österreichisch-ungarische Monarchie. Mit dem Gesetz über die Errichtung des selbständigen tschechoslowakischen Staates¹⁸ entstand die neue Tschechoslowakische Republik. Im tschechischen Teil war die Unternehmensform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung schon vorher bekannt und hat auch nach dem Entstehen des neuen Staates existiert.¹⁹ Deshalb ist es bemerkenswert, dass man auf ihre Einführung in die Slowakei noch 2 Jahre warten musste.²⁰

Ab Mitte der Zwanzigerjahre wurde in der Tschechoslowakei eine umfassende GmbH – Reform vorbereitet, mit dem Ziel, den Gläubigerschutz zu verstärken und den Missbrauch der beschränkten Haftung zu verhindern. Die Bemühungen, die GmbH - Reform in ein neues Handelsgesetzbuch zu integrieren, sind jedoch gescheitert.²¹

¹⁷ Siehe *Augustinič*, 100 Jahre GmbH-Gesetz aus slowakischer Perspektive, ZfRV 2007/5, 25 (25).

¹⁸ Gesetz Nr 11/1918 Slg.

¹⁹ Aufgrund des GmbHG 1906.

²⁰ Am 1. Mai 1920 wurde die Rechtsform der GmbH in der Slowakei mit dem Gesetz Nr 271/1920 Slg über die Ausdehnung der Gültigkeit des Gesetzes Nr 58/1906 RGBI vom 6.3.1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf die Slowakei und Karpatenrussland und zur Änderung der §§ 115 und 116 dieses Gesetzes eingeführt. Die zitierten Paragraphen regelten die Steuerbelastung der GmbHs. Am 27. Juli 1920 trat aufgrund dieses Gesetzes die Regierungsverordnung der Republik Tschechoslowakei Nr 465/1920 Slg über die Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften (Kommanditgesellschaften auf Aktien) und über die Kapitalerhöhung dieser Gesellschaften und Errichtung von Zweigniederlassungen in Kraft, gemäß welcher die Eintragung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ins slowakische Firmenregister nur dann erfolgen konnte, wenn keine Einwände gegen die beantragte Eintragung durch das Innenministerium erhoben wurden und zwar innerhalb von 6 Wochen nach der Mitteilung durch das Registergericht. Siehe im Detail *Augustinič*, ZfRV 2007/5, 26 mwN.

²¹ Siehe ausführlich *Augustinič*, ZfRV 2007/5, 26 mwN.

Im Vergleich zu den tschechischen Gebieten hat sich die neue Rechtsform in der Slowakei eher langsam verbreitet. Der Grund dafür war der agrarische Charakter der slowakischen Wirtschaft im Vergleich zur stärker industrialisierten tschechischen Wirtschaft. Im Jahre 1937 gab es in der Tschechoslowakei 3431 Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung); davon nur 16 % in der Slowakei. Das Kapital, welches in die slowakischen Gesellschaften investiert wurde, stellte nur 5,1 % des gesamten in der Tschechoslowakei investierten Kapitals dar.²²

B. Slowakische Republik in den Jahren 1939-1945

Am 14. März 1939 entstand die „selbständige“ Slowakische Republik. Während dieses Zeitraumes traten keine spezifischen Rechtsvorschriften in Kraft. Der einzige erhebliche und sehr unglückliche Eingriff in die slowakische Wirtschaft war die antisemitische Gesetzgebung, die zahlreiche Beschränkungen für die jüdischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorsah.²³ Als Beispiel sei das sog. Arierisierungsgesetz zu erwähnen.²⁴ Gemäß diesem Gesetz und anknüpfenden Vorschriften²⁵ wurde eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als jüdisch angesehen, wenn Juden mindestens die Hälfte des Stammkapitals hielten oder zumindest ein Viertel der Geschäftsführer Juden waren.²⁶

C. Tschechoslowakische Republik nach dem Zweiten Weltkrieg in den Jahren 1945-1989

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die Tschechoslowakei wieder errichtet. Dieser Zeitraum ist durch das zentralistisch geleitete Wirtschaftssystem des sozialistischen Staates und somit durch die Verstaatlichung und Auflösung des Gesellschafts- und Unternehmensrechts charakterisiert, die praktisch alle Bereiche, von den strategischen Schwerindustrien bis zu Dienstleistungsgebern jedweder Art betroffen hat. Das ganze Wirtschaftsrecht

²² Siehe *Augustinič*, ZfRV 2007/5, 26 mwN.

²³ Die Slowakische Republik hat dem Deutschen Reich (1933-1945) die Treue versprochen.

²⁴ Gesetz Nr 113/1940 SlowG über jüdische Betriebe und die in Betrieben angestellten Juden.

²⁵ Siehe zB Regierungsverordnung Nr 198/1941 vom 09. September 1941 – sog. Juden-Kodex.

²⁶ Vgl. zur antisemitischen Gesetzgebung in der Slowakei etwa *Hubenák*, *Rasové zákonodárstvo na Slovensku* (Rassengesetzgebung in der Slowakei) (1939-1945) (2003).

stand unter den Einflüssen und Eingriffen der staatlichen Organe. Das Wirtschaftsgesetzbuch regelte nicht nur horizontale Beziehungen zwischen den sog „sozialistischen Organisationen“ sondern auch die vertikalen Leitungsbeziehungen zwischen den Planungs- und Leitungsorganen einerseits und den sog „sozialistischen Organisationen“ auf der anderen Seite.

Die Gesetze, die zur totalen Vernichtung des klassischen Gesellschaftsrechts beigetragen haben, waren insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch²⁷ und das Gesetz über Aktiengesellschaften.²⁸ Mit dem § 568 des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde das GmbHG 1906, welches ununterbrochen bis zum Jahre 1949 galt, aufgehoben. Mit dem Gesetz über Aktiengesellschaften eröffnete sich die „Möglichkeit“ die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft, die lediglich eine Ausnahme im Wirtschaftsleben war und insbesondere für internationale Wirtschaftsbeziehungen zugelassen wurde, umzuwandeln.²⁹ Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde mit diesem Gesetz abgeschafft.³⁰

III. Entwicklung des Wirtschaftsrechtes nach der sog „sanften Revolution“ im November 1989

A. Übergang zur Marktwirtschaft (1989)

Das Wirtschaftsrecht vor dem Jahr 1989 hatte das primäre Ziel, die wirtschaftlichen Interessen des Staates zu wahren. Nach der sog „sanften Revolution“ im November 1989 wurde der Übergangsprozess von der

²⁷ Das Bürgerliche Gesetzbuch Nr 141/1950 Slg.

²⁸ Gesetz Nr 243/1949 Slg.

²⁹ Mit der Einführung des § 18 des Gesetzes Nr 243/1949 Slg wurde in der Slowakei die Umwandlung einer GmbH ohne Liquidation in eine AG ermöglicht, sofern der Gesellschaft innerhalb von 6 Monaten ab dem Inkrafttreten des AktG auf ihr Ansuchen die staatliche Genehmigung erteilt und ihre Satzung von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurde. Ansonsten wurde sie aufgelöst und abgewickelt. Siehe ausführlich *Hanes, Spoločnosť s ručením obmedzeným v novej právnej úprave* (GmbH) (2002) 44.

³⁰ Nicht nur das gesamte Vermögen der GmbH wurde verstaatlicht, sondern auch die Tochtergesellschaften, an denen die GmbH eine Beteiligung von mehr als 50 % gehalten hat oder einen entscheidenden Einfluss ausübte. Vgl dazu beispielsweise § 6 Abs 5 des Gesetzes Nr 119/1948 Slg über die staatliche Organisation von Außenhandel und internationalem Versandhandel. Siehe auch im Detail *Augustinič, ZfRV* 2007/5, 27 mwN.

sozialistischen Planwirtschaft zur freien Marktwirtschaft in Gang gesetzt, welchem ebenfalls auch die Gesetzgebung Rechnung tragen musste. Schon am 18.04.1990 wurde das Gesetz über Änderung und Ergänzung des Wirtschaftsgesetzbuchs beschlossen.³¹ Diese Novelle wurde als sehr bedeutend angesehen, obwohl sie nur stichwortartig in vier Paragraphen die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung regelte, da sie wieder die Gründung von Handelsgesellschaften ermöglicht hat.³² Als Beweis dient die Eintragung der ersten slowakischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der *FORTUNA PRINT-spol. s r.o.*, mit dem Sitz in Bratislava in das Unternehmensregister am 16. Mai 1990.³³ Die Tätigkeit dieser Gesellschaft bezog sich auf die Polygrafische- und Filmindustrie.

Zuerst orientierte sich die Unternehmenstätigkeit mehr auf die Aktiengesellschaften als auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die Rechtsform einer Aktiengesellschaft wurde auch bei den kleinen und mittleren Unternehmen ganz üblich genutzt. Die Gründe dafür konnten vielfältig sein, zB eine ungenügende Kenntnis der zur Verfügung stehenden Formen sowie Erlass eines neuen AktG im Jahre 1990.³⁴ Das Unternehmenspublikum hat sich jedoch sehr schnell mit der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung angefreundet.

Das Wiederaufleben des slowakischen Gesellschafts- und Unternehmensrechts wurde mit 1992 datiert. Am 05. November 1991 wurde das neue Handelsgesetzbuch beschlossen. Dieses trat am 01. Jänner 1992 in Kraft und gilt bis heute.³⁵

Allgemeine Bestimmungen zu sämtlichen Handelsgesellschaften befanden sich in §§ 56 bis 75a. Die Bestimmungen betreffend eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beinhalteten §§ 105 bis 153. Interessant war die Debatte

³¹ Gesetz Nr 103/1990 Slg.

³² Die GmbH wurde wieder nach 40 Jahren in das slowakische Wirtschaftsrecht eingeführt. Siehe näher § 106n-q des Gesetzes Nr 103/1990 Slg betreffend zB Gesellschaftsvermögen, Gesellschaftsvertrag, Stammkapital und Stammeinlagen, Haftung, sowie Übergang des Geschäftsanteils.

³³ Siehe das *Justizministerium der Slowakischen Republik*, Handelsregister, abrufbar unter <http://www.orso.sk/vypis.asp?ID=2465&SID=2&P=1> (abgerufen am 17.09.2014).

³⁴ Dazu Hanes, Spoločnosť s ručením obmedzeným 44.

³⁵ Gesetz Nr 513/1991 wurde mehrmals novelliert.

in Bezug auf den Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf war die Errichtung eines Aufsichtsrates bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit mehr als zwanzig Gesellschaftern obligatorisch. Im Fall der Überschreitung der Gesellschafterzahl durch die Arbeitnehmerzahl sah der Gesetzesentwurf auch die Vertretung der Arbeitnehmer in dem Aufsichtsrat, und zwar zu einem Drittel, vor. Die Regierung überließ die Frage eines solchen obligatorischen Aufsichtsrates völlig der Abwägung der Abgeordneten, mit der Begründung, dass es sich hier um eine politische Frage handle, die keine Auswirkung auf die Gesamtkonzeption des Gesellschaftsrechts habe. Die Errichtung eines Aufsichtsrates blieb im verabschiedeten Gesetzestext und ist schließlich bis heute nur fakultativ.³⁶

B. Die slowakische GmbH seit 1993

Das slowakische Handelsgesetzbuch wurde nach seiner Entstehung mehrmals in Richtung Marktwirtschaft liberalisiert. Die Gründe dafür waren ua die dynamische Entwicklung des Wirtschaftsrechts sowie ständiger Regierungs- bzw Parlamentsmehrheitenwechsel. Die einzelnen Rechtsnormen konnten oft nicht sorgfältig vorbereitet werden. Dies hat zu Auslegungsproblemen bei der Rechtsanwendung und alsbald zu erneuter Novellierung geführt.

Die zwei wichtigsten Novellen wurden in den Jahren 1998 und 2001 vorgenommen. Die slowHGB-Novelle aus dem Jahr 1998³⁷ konzentrierte sich insbesondere auf das GmbH-Recht. Das Ziel war den Missbrauch dieser Rechtsform mit der Verschärfung der Gründungsvorschriften zu bekämpfen. Das Mindestkapital wurde von 100.000,- SK auf 200.000,- SK³⁸ und die Mindeststammeinlage von 20.000,- SK auf 30.000,- SK³⁹ angehoben. Mit dieser Novelle wurde zum ersten Mal eine allgemeine Pflichtbewertung der

³⁶ Vgl dazu §§ 137 und 139 Abs 2 des Gesetzesentwurfs sowie im Detail *Augustinič*, ZfRV 2007/5, 28 mwN.

³⁷ Gesetz Nr 11/1998 Slg zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 513/1991 Slg Handelsgesetzbuch in der Fassung späterer Vorschriften.

³⁸ Nach der Novelle des slowHGB Nr 659/2007 hat das Stammkapital mind EUR 5.000,- zu betragen; siehe § 108 Abs 1 des slowHGB 513/1991 idgF.

³⁹ Nach der Novelle des slowHGB Nr 659/2007 hat die Stammeinlage mind EUR 750,- zu betragen; siehe § 109 Abs 1 des slowHGB 513/1991 idgF.

Sacheinlagen durch einen Sachverständigen eingeführt.⁴⁰ Das galt früher nur für die Aktiengesellschaften und führte sehr oft zur Überbewertung von Sacheinlagen.

Als die bedeutendste Novelle kann die sog „*Euronovelle 2001*“ erwähnt werden,⁴¹ die die komplette Übernahme des europäischen Gesellschaftsrechts angestrebt hat. Insbesondere wurden durch diese Novelle die Publizitätsrichtlinie⁴², die Kapitalrichtlinie⁴³, die Fusionsrichtlinie⁴⁴, die Spaltungsrichtlinie⁴⁵, die Publizitätsrichtlinie für Zweigniederlassungen⁴⁶ sowie die Einpersonengesellschaftsrichtlinie⁴⁷ umgesetzt.

3. Kapitel Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen für die Gründung einer slowakischen GmbH

I. Grundzüge der slowakischen GmbH

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, dh dass die Gesellschaft als solche ihre Rechte und Pflichten hat, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und vor Gericht klagen und geklagt werden kann. Sie ist eine Kapitalgesellschaft mit gewissen personalistischen Merkmalen.

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehört im Wirtschaftsleben sowohl in der Slowakei als auch in Österreich heutzutage zu den bedeutendsten und beliebtesten Organisationsformen. Dank der Unternehmerfreundlichkeit des slowakischen Gesellschaftsrechts, des

⁴⁰ § 59 Abs 3 des Gesetzes Nr 11/1998 Slg.

⁴¹ Gesetz Nr 500/2001.

⁴² Erste RL 68/151/EWG, ABI EG Nr L 65/8 vom 14.03.1968 (ersetzt durch Erste RL 2009/101/EG, ABI EU Nr L 258/11 vom 01.10.2009).

⁴³ Zweite RL 77/91/EWG, ABI EG Nr L 26/1 vom 31.01.1977.

⁴⁴ Dritte RL 78/855/EWG, ABI EG Nr L 295/36 vom 20.10.1978 (ersetzt durch Dritte RL 2011/35/EU, ABI EU Nr L 110/1 vom 29.04.2011).

⁴⁵ Sechste RL 82/891/EWG, ABI EG Nr L 378/47 vom 31.12.1982.

⁴⁶ Elfte RL 89/666/EWG, ABI EG Nr L 395/36 vom 30.12.89.

⁴⁷ Zwölfte RL 89/667/EWG, ABI EG Nr L 395/40 vom 30.12.1989 (ersetzt durch Zwölfte RL 2009/102/EG, ABI EU Nr L 258/20 vom 01.10.2009).

niedrigen Mindeststammkapitals⁴⁸, des niedrigen Gründungs- und Verwaltungsaufwandes, der billigen anfänglichen Ausstattung der Gesellschaft (inkl Büroausstattung, Wareneinkauf, Firmenwagen), der niedrigen Personal- und Produktionskosten, des „schwachen“ Gläubigerschutzes, keiner Pflichtmitgliedschaft in der Wirtschaftskammer etc gewinnt die slowakische GmbH an Attraktivität.

Das Gesellschaftsrecht ist in der Slowakei in einem einheitlichen Handelsgesetzbuch geregelt.⁴⁹ Das slowakische Handelsgesetzbuch gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil⁵⁰ befinden sich die allgemeinen Bestimmungen über die Anwendbarkeit des Gesetzes sowie über den Unternehmensbegriff, die Unternehmenstätigkeit, den Firmennamen, das Geschäftsgeheimnis, die unternehmerische Tätigkeiten von ausländischen Personen, das Handelsregister⁵¹, die Buchführung und über den Wirtschaftswettbewerb. Der zweite Teil⁵² beinhaltet Vorschriften über Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Im dritten und umfangreichsten Teil des slowHGB ist das allgemeine und besondere Schuldrecht der Unternehmen geregelt. Die §§ 261-408a slowHGB befassen sich mit den allgemeinen Fragen des Vertragsrechts, beispielsweise mit dem Vertragsabschluss, den allgemeinen Leistungsbestimmungen, der Vertragsverletzung, der Vertragsstrafe, der Haftung, weiterhin dem Erlöschen von Schuldverhältnissen, dem Vertragsrücktritt, und der Verjährung. Die §§ 409-728 slowHGB befassen sich

⁴⁸ Ebenso ist eine Unternehmensgründung wesentlich einfacher und schneller geworden als in der Vergangenheit. Die Dauer und die Kosten der Gründung einer GmbH unterscheiden sich in EU-Europa noch immer sehr drastisch. Das Stammkapital für eine GmbH-Gründung beträgt in Österreich EUR 35.000,-, in Deutschland immerhin noch EUR 25.000,-, in der Slowakei nur EUR 5.000,-. In England braucht man überhaupt kein Gründungskapital.

⁴⁹ Gesetz Nr 513/1991 Slg idgF. Es gibt kein GmbHG bzw AktG. Die gesetzlichen Vorschriften sind im Vergleich zu den österreichischen nicht zersplittet und in einem einheitlichen Gesetz geregelt.

⁵⁰ §§ 1-55 slowHGB.

⁵¹ In Österreich Firmenbuch genannt. Das slowakische Handelsregister entspricht im Wesentlichen dem österreichischen Firmenbuch. Im Vergleich zur österreichischen Rechtslage, regelt der slowakische Gesetzgeber jedoch explizit, dass Anträge auf Eintragungen bzw auf Änderungen einer bestehenden Eintragung innerhalb von 30 Tagen ab der Verwirklichung des eintragungspflichtigen Tatbestandes zu stellen sind. Im Gegensatz dazu regelt § 10 Abs 1 FBG, dass Änderungen eingetragener Tatsachen in Österreich unverzüglich anzumelden sind. Das österreichische FBG legt jedoch keine spezifische Frist fest. In der Praxis kommt es dann sehr oft zu den verspäteten Anmeldungen, was umgekehrt eine Unsicherheit bei Dritten verursacht, die sich auf die eingetragenen Tatsachen im Firmenbuch verlassen. Zur dreißigtätigen Frist siehe *Blaha* in *Patakyová a kol.*, *Obchodný zákonník - Komentár* (Kommentar zum slowHGB) (2010) § 27 S 77 und S 81.

⁵² §§ 56-260 slowHGB.

mit den einzelnen Vertragsverhältnissen und die §§ 729-755 slowHGB mit den besonderen Bestimmungen über die Schuldverhältnisse im internationalen Handel. Die Schlussbestimmungen befinden sich in den §§ 756-775 slowHGB.

Die Bestimmungen betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung befinden sich in den §§ 105 bis 153 slowHGB. Nach hL wird der GmbH-Regelung idR zwingender Charakter zugewiesen, wobei nur dann Abweichungen von der gesetzlichen Regelung möglich sind, wenn dies das slowHGB selbst zulässt.⁵³

II. Gründung einer slowakischen GmbH in einzelnen Schritten

A. Gesellschaftsvertrag/Gründungsurkunde

Die slowakische GmbH (Abkürzung *s.r.o.* oder *spol. s r.o.*) kann zu jedem Zweck der Wirtschaftstätigkeit von mindestens einer, höchstens jedoch fünfzig Personen errichtet werden.⁵⁴

Die slowakische GmbH verfügt zwingend über eine Generalversammlung sowie Geschäftsführer. Im Unterschied zu Österreich ist die Bestellung eines Aufsichtsrates immer nur fakultativ.⁵⁵ Bei der Gründung einer GmbH in der

⁵³ Vgl. *Patakyová in Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 1 Abs 2 S 4. In dieser Hinsicht gibt es also anders als in Österreich keinen Unterschied zur AG. Dazu *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts (2006) 52. Zu dieser Ansicht aus österreichischer Sicht auch krit vgl. *Doralt*, Rozdiely medzi slovenským a rakúskym právom obchodných spoločností (Unterschiede zwischen dem slowakischen und österreichischen Recht der Handelsgesellschaften), Podnikateľ a právo (Unternehmer und Recht) (1/1997) 14 (15).

⁵⁴ Die GmbH ist die am häufigsten verwendete Gesellschaftsform bei den Kapitalgesellschaften und eignet sich auch für größere Unternehmen (zu beachten ist im Vergleich zu Österreich allerdings die Maximalanzahl von 50 Gesellschaftern). Gemäß § 105 slowHGB kann eine GmbH von natürlichen sowie juristischen Personen errichtet werden. Es bestehen jedoch Beschränkungen. Gemäß § 105a Abs 1 slowHGB darf eine Einpersonen-GmbH nicht eine andere Einpersonen-GmbH gründen oder zum alleinigen Gesellschafter einer anderen GmbH werden (Verbot der doppelstöckigen Einmanngesellschaft). Eine natürliche Person darf nur in drei Gesellschaften mit beschränkter Haftung als einziger Gesellschafter auftreten. Nach hL gilt diese Beschränkung auch für Auslandsgesellschaften. Vgl. *Blaha in Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 105a Abs 1 S 313 mwN.

⁵⁵ Siehe dazu näher § 29 GmbHG und § 137 slowHGB. Nach dem slowakischen Recht wird ein Aufsichtsrat nur dann bestellt, wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht. Vgl. auch *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts 41, die ebenfalls einen freiwilligen statt obligatorischen Aufsichtsrat bevorzugen. Nach deren Ansicht, müssen alle gesetzlich zwingenden Vorschriften (etwa betreffend Bestellung, Zusammensetzung, Kompetenzen, Sitzungsfrequenz, Haftung) ebenfalls bei einem freiwilligen Aufsichtsrat

Slowakei sind ausländische Personen den inländischen Personen grundsätzlich gleichgestellt.⁵⁶ Eine ausländische Person darf selbst eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gründen oder zum alleinigen Gesellschafter werden.⁵⁷

Eine slowakische GmbH wird durch einen Gesellschaftsvertrag errichtet, der von allen Gesellschaftern zu unterschreiben ist. Falls es sich um eine Einpersonen-GmbH handelt, wird der Gesellschaftsvertrag durch die Gründungsurkunde ersetzt. Die Gründer können den Gesellschaftsvertrag auch durch einen Bevollmächtigten unterschreiben lassen. In dieser Hinsicht gibt es keinen Unterschied zu österreichischer Regelung. Für den Gesellschaftsvertrag sowie die Gründungsurkunde ist nur einfache Schriftform mit beglaubigten Unterschriften vorgeschrieben.⁵⁸ Die Form eines notariellen Aktes ist nicht obligatorisch.⁵⁹

Wird der Gesellschaftsvertrag oder die Gründungsurkunde im Ausland unterzeichnet, ist gegebenenfalls eine Überbeglaubigung (Superlegalisation) oder Apostille erforderlich. Die Slowakische Republik ist eine Vertragspartei des Haager Übereinkommens vom 05. Oktober 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation. Die in Österreich beglaubigte Unterschrift bedarf keiner Apostille, da die Slowakische Republik mit Österreich ein Sonderabkommen⁶⁰ abgeschlossen hat.

beachtet werden; somit ist ein freiwilliger Aufsichtsrat tatsächlich ein „Aufsichtsrat“ im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen.

⁵⁶ Siehe § 21 slowHGB.

⁵⁷ Siehe § 24 slowHGB.

⁵⁸ Im Gegensatz zu einer AG. Gemäß § 162 slowHGB ist zur Gründung einer AG durch zwei oder mehrere Gründer der Abschluss eines Gründungsvertrages erforderlich. Wenn die Gesellschaft von einem Gründer (einer juristischen Person) gegründet wird, wird statt dem Gründungsvertrag eine Gründungsurkunde verfasst. Für beide Gründungsdokumente sieht das Gesetz die Form eines Notariatsaktes vor. Diese notarielle Niederschrift beinhaltet außerdem einen Satzungsentwurf.

⁵⁹ Siehe näher § 57 slowHGB im Vergleich zu der in §§ 4 und 49 GmbHG festgelegten Notariatsaktform. Vor dem 01.02.2004 war die Notariatsaktform bei der Gründung einer slowakischen Einpersonen-GmbH obligatorisch. Das hat sich mit dem Gesetz Nr 530/2003 über das Handelsregister geändert.

⁶⁰ Vertrag zwischen der Republik Slowakei und der Republik Österreich über den wechselseitigen rechtlichen Verkehr in bürgerlichen Rechtssachen, über Urkundenwesen und über Erteilung von Rechtsauskünften samt Schlußprotokoll, BGBl Nr 309/1962, Nr 1046/1994.

§ 110 Mindestinhalt

Gemäß § 110 Abs 1 slowHGB muss der Gesellschaftsvertrag Folgendes bestimmen:

- a) die Firma⁶¹ und den Sitz der Gesellschaft;
- b) die Aufzählung der Gesellschafter mit Firma und Sitz einer juristischen Person bzw Namen und Wohnort einer natürlichen Person;
- c) den Unternehmensgegenstand;
- d) die Höhe des Stammkapitals, die Höhe der Einlage eines jeden Gesellschafters und die Höhe der eingezahlten Einlagen bei der Gründung der Gesellschaft einschließlich der Art und Weise sowie der Frist der Einzahlung der Einlage und im Falle von Sacheinlagen deren Gegenstand und die Bestimmung der Geldsumme, mit der die Sacheinlage auf die Einlage angerechnet wird, zu der sich der Gesellschafter verpflichtet hat⁶²;
- e) die Namen, den Wohnort und die Geburtsnummer der ersten Geschäftsführer⁶³ und die Art der Vertretungsbefugnis⁶⁴; bei einer

⁶¹ Die Bezeichnung "*spoločnosť s ručením obmedzeným*" (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), "*spol. s r.o.*" (Gesellschaft m.b.H.) oder "*s.r.o.*" (GmbH) bildet einen unerlässlichen Bestandteil der Firma. Siehe § 9 Abs 2 slowHGB.

⁶² Das Stammkapital wird durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Gemäß § 108 Abs 1 slowHGB beträgt das Mindeststammkapital EUR 5.000,-. Gemäß § 109 Abs 1 slowHGB muss jeder Gesellschafter einen Geschäftsanteil übernehmen, der einer Einlage von mindestens EUR 750,- entspricht. Dazu im Detail 2. Teil dieser Arbeit 2. Kapitel, II.C. - Mindestkapitalaufbringung bei der GmbH in der Slowakei.

⁶³ Die Geschäftsführer werden zwingend von der Generalversammlung bestellt und abberufen. Die ersten Geschäftsführer sind bereits im Gesellschaftsvertrag zu bestellen. Das slowakische Recht macht, im Unterschied zur österreichischen Rechtslage, keinen Unterschied zwischen den Gesellschafter-Geschäftsführern und Fremdgeschäftsführern. Die Bestellung kann auf unbeschränkte Zeit erfolgen. Die Abberufung ist jederzeit ohne Angabe von Gründen möglich. Die Abberufung erfolgt durch einfache Mehrheit, außer der Gesellschaftsvertrag sieht etwas anders vor. Die in § 16 GmbHG verankerten Schutzmechanismen bei der Abberufung der Geschäftsführer sind dem slowakischen Rechtssystem fremd. Das slowHGB kennt ebenfalls nicht das Institut eines Notgeschäftsführers wie im § 15a GmbHG verankert. Dagegen sieht das slowHGB die Pflicht vor, die fehlenden Organmitglieder binnen 3 Monaten zu bestellen (§ 66 Abs 1 slowHGB), ansonsten droht der Gesellschaft die Auflösung von Amts wegen (§ 68 Abs 6 lit a slowHGB). Siehe auch *Augustinič*, ZfRV 2007/5, 30 mwN.

⁶⁴ Das slowHGB sieht das Prinzip der Einzelvertretung vor. Gem § 133 Abs 1 slowHGB können die Geschäftsführer für die Gesellschaft selbständig handeln, außer der Gesellschaftsvertrag sieht etwas anders vor (in Österreich gilt der Grundsatz der Kollektivvertretungsbefugnis, siehe § 18 Abs 2 GmbHG).

ausländischen natürlichen Person wird das Geburtsdatum angeführt, falls keine Geburtsnummer zugeteilt worden ist⁶⁵;

- f) die Namen, den Wohnort und die Geburtsnummer der Mitglieder des ersten Aufsichtsrates, wenn dieser errichtet wird; bei einer ausländischen natürlichen Person wird das Geburtsdatum angeführt, falls keine Geburtsnummer zugeteilt worden ist;
- g) die Bestellung des Einlagenverwalters;
- h) die Höhe des Rücklagefonds, falls einer von der Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt ihres Entstehens gebildet wird⁶⁶ und die Höhe sowie die Art dessen Aufstockens;
- i) die Vorteile, die Personen eingeräumt werden sollen, die bei der Gründung der Gesellschaft oder bei den Aktivitäten zum Erwerb der Gewerbeberechtigung der Gesellschaft mitgewirkt haben;
- j) die vorgesehenen Kosten für die Gründung und das Entstehen der Gesellschaft;
- k) andere Bestimmungen nach den Sondergesetzen.

B. Anmeldung im Handelsregister

Nach der Unterzeichnung aller Gründungsunterlagen und Einzahlung der Einlagen hat die Gesellschaft das Gewerbe entsprechend ihrem Gesellschaftszweck anzumelden, um die erforderlichen Gewerbeberechtigungen bzw andere Unternehmensberechtigungen zu

⁶⁵ Eine ausländische natürliche Person, die als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen wird, benötigt grundsätzlich keine Aufenthaltsgenehmigung (sog. „green card“), sofern es sich um einen Bürger eines EU-Mitgliedstaates oder eines OECD-Staates handelt, außer die Pflicht zur Erlangung einer Aufenthaltsgenehmigung ergibt sich aus einem anderen spezifischen Grund. Eine allenfalls vom Gesetz vorgeschriebene Gewerbeberechtigung bzw Konzession ist jedoch erforderlich. Siehe *Blaha in Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 110 Abs 1 lit e S 329.

⁶⁶ Die Rücklagenbildung ist bei der Gründung der Gesellschaft nicht obligatorisch; die Pflicht zur Bildung einer Rücklage entsteht erst in dem Jahr, in welchem die Gesellschaft zum ersten Mal einen Gewinn erzielt hat, und zwar in der Höhe von mindestens 5 % des Reingewinnes; die Höhe darf jedoch nicht 10 % des Stammkapitals überschreiten. Siehe §§ 67 Abs 2 iVm 124 Abs 1 slowHGB sowie ausführlich *Blaha in Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 110 Abs 1 lit h S 330 f und 2. Teil dieser Arbeit 2. Kapitel, III.B.3. – Gesetzliche Rücklage als Instrument des Gläubigerschutzes in der Slowakei?.

erlangen.⁶⁷ Nach deren Erhalt ist der Antrag auf Registrierung der Gesellschaft beim Handelsgericht zu stellen.

Der Antrag auf Registrierung der Gesellschaft muss beim Handelsgericht innerhalb von 90 Tagen ab Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages bzw der Gründungsurkunde gestellt werden.⁶⁸ Der Antrag auf Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister wird in Form eines vorgeschriebenen Formulars durch alle Geschäftsführer unterschrieben⁶⁹, wobei dem Antrag namentlich folgende Dokumente beizufügen sind⁷⁰:

- der Gesellschaftsvertrag bzw. die Gründungsurkunde;
- die schriftliche Erklärung des Einlagenverwalters über die Einzahlung der Einlage bzw deren Teils durch die einzelnen Gesellschafter oder die Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlage bzw deren Teils;
- die Zustimmung der Steuerbehörde;⁷¹
- das Sachverständigengutachten, als Nachweis, dass der Wert der Sacheinlage mit dem Wert der übernommenen Einlage übereinstimmt, falls Sacheinlagen geleistet wurden und keine Ausnahmen für die Befreiung von der Erstellung eines solchen Gutachtens vorliegen;
- für den Unternehmensgegenstand, der im Handelsregister eingetragen werden soll, die gewerbliche oder eine andere erforderliche Lizenz, die im Sinne der einschlägigen Vorschriften erteilt wurde;
- der Strafregistrauszug der ersten Geschäftsführer, der nicht älter als 3 Monate sein darf (nur für die Gewerbeberechtigung); Ausländer müssen

⁶⁷ Aufgrund der Komplexität soll eine nähere Behandlung an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Siehe aber dazu Gewerbegesetz Nr 455/1991 Slg idgF.

⁶⁸ Siehe dazu *Blaha in Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 27 S 77 und S 81.

⁶⁹ Eine notarielle Beglaubigung ist erforderlich. Der Firmenbuchantrag kann ebenfalls im Ausland unterschrieben werden, jedoch unter der Voraussetzung dass die notarielle Beglaubigung amtlich in die slowakische Sprache übersetzt wird (ggf Apostille bzw Superlegalisation erforderlich).

⁷⁰ Siehe auch *Fekete*, Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným (GmbH) – Teil 6: Predbežná spoločnosť s ručením obmedzeným (Vorgesellschaft), Obchodné právo (Gesellschaftsrecht) 6-7/2005, 19 (29) sowie § 11 Abs 2 iVm § 4 der Verordnung des Justizministeriums Nr 25/2004 Z.z. idgF.

⁷¹ Siehe dazu im Detail 1. Teil dieser Arbeit 3. Kapitel, II.D – Der neue Paragraph 105b slowHGB.

ferner Strafregistrauszüge (Unbescholtenheitsbestätigungen) des Herkunftslandes - nicht älter als 3 Monate - vorlegen;

- bei der Gründung durch eine natürliche Person die schriftliche Erklärung des Gründers, in der er bestätigt, dass er in nicht mehr als zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung Alleingesellschafter ist;
- bei der Gründung durch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung die schriftliche Erklärung des Gründers, dass die gründende Gesellschaft mehr als einen Gesellschafter hat;
- Musterzeichnungserklärung von Geschäftsführern (keine notarielle Beglaubigung erforderlich);
- *certified true copy of good standing*, falls Gesellschafter ausländische juristische Personen sind (ggf Apostille bzw Superlegalisation);
- hinsichtlich der Liegenschaft, die als Sitz der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen werden sollte, eine Bestätigung über die Eigentümereigenschaft der GmbH bzw ein Mietvertrag samt Zustimmung des Vermieters, dass die Adresse der Liegenschaft als Sitz der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen werden kann.⁷²

Falls der Antrag auf die Eintragung der Gesellschaft alle gesetzlich festgelegten Bedingungen erfüllt, wird das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft innerhalb von 5 Werktagen ausführen.⁷³ Die örtliche Zuständigkeit des Registergerichtes sowie der Gewerbebehörde ergibt sich aus dem Sitz der Gesellschaft.

C. Vorgesellschaft

Die Unternehmenstätigkeit einer slowakischen GmbH im Zeitraum zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung ins

⁷² Für die Gesellschaftsgründung ist eine Adresse erforderlich. Es muss eine Bestätigung über die Eigentümereigenschaft der GmbH bzw ein Mietvertrag samt Zustimmung des Vermieters, dass die Adresse der Liegenschaft als Sitz der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen werden kann, vorliegen, ansonsten droht der Gesellschaft ihre Löschung aus dem Handelsregister. Vgl § 2 Abs 3 slowHGB.

⁷³ Gemäß § 62 Abs 1 slowHGB entsteht die Gesellschaft als eigene Rechtspersönlichkeit mit der Eintragung in das Handelsregister, die insoweit konstitutive Wirkung hat. Siehe auch ZSR 32/1994.

Handelsregister, dh das Stadium der sog Vorgesellschaft ist im § 64 slowHGB geregelt. Diese Bestimmung sieht eine solidarische Haftung der Personen, die im Namen der Gesellschaft vor ihrer Entstehung tätig waren.

Die Bestimmung eröffnet der Gesellschaft die Möglichkeit, diese Handlungen ohne Zustimmung von Gläubigern innerhalb von drei Monaten nach ihrem Entstehen zu genehmigen. In diesem Fall gilt, dass die Gesellschaft aus diesen Handlungen vom Anfang an Verpflichtungen eingeht. Die Zustimmung der Gläubiger wäre nur dann erforderlich, wenn die Gesellschaft solche Handlungen erst nach Ablauf der dreimonatigen Frist genehmigen würde. Die Gesellschaft darf jedoch nur derartige Verbindlichkeiten übernehmen, die mit ihrer Gründung zusammenhängen und aus denen auch die Gründer oder das Statutarorgan der Vorgesellschaft verpflichtet werden können. Andere Verpflichtungen können nur unter einer sog aufschiebenden Bedingung der nachträglichen Genehmigung durch einzelne Gesellschafter bzw das zuständige Organ übernommen werden. Im Fall der Nichterteilung der Genehmigung treten die Wirkungen dieses Rechtsaktes nicht ein. Im Vergleich zu Österreich⁷⁴ gibt es im slowakischen Rechtssystem kein Verbot, die Verpflichtungen aus Vereinbarungen über Sacheinlagen zu übernehmen.⁷⁵

D. Der neue Paragraph 105b slowHGB

Am 01.10.2012 trat die MWSt-Reform⁷⁶ in Kraft, im Rahmen welcher ua das slowHGB geändert wurde. Neu eingeführt wurde § 105b slowHGB gemäß welchem die Zustimmung der zuständigen Steuerbehörde⁷⁷ bei einer GmbH Gründung erforderlich ist, welche allerdings nur dann erteilt wird, wenn die beteiligten Subjekte keine Steuerschulden in der Slowakei haben; dh, dass

⁷⁴ Vgl 2 Abs 3 GmbHG.

⁷⁵ Siehe im Detail *Fekete*, Obchodné právo 6-7/2005, 19 ff.

⁷⁶ Zákon ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 222/2004 Z.z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (Gesetz zur Änderung des Gesetzes Nr 2004/222 Slg über die Mehrwertsteuer idF späterer Vorschriften u zur Änderung u Ergänzung einiger Gesetze).

⁷⁷ Die zuständige Steuerbehörde erlässt die Zustimmung innerhalb von fünf Arbeitstagen ab Antragstellung, sofern der Antragsteller keine Rückstände an Steuern und Zöllen von insgesamt mehr als EUR 170,- hat; siehe § 54 des slowakischen Steuerverwaltungsgesetzes (Zákon o správe daní (daňový poriadok) a o doplnení niektorých zákonov Nr 2009/563 Slg vom 01.12.2009 idgF.).

eine GmbH nicht durch eine Person mit Steuer- oder Zollrückständen gegründet werden darf.

Die Zustimmung der Steuerbehörde zur Eintragung im Handelsregister muss für jeden Gründer eingeholt und dem Handelsregister vorgelegt werden. Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn der Gründer eine ausländische Person (dh mit Wohnort oder Sitz im Ausland) ist. In diesem Fall wird die Zustimmung durch eine Erklärung des Gründers, dass er der Zustimmungspflicht nicht unterliegt, ersetzt.⁷⁸

Die Einführung der Zustimmung der Steuerbehörde als Bedingung für die GmbH Gründung ist mE kritisch zu hinterfragen. Erstens betrifft diese Regelung nur die Rechtsform der GmbH. Es mag sein, dass die Rechtsform der GmbH gerade wegen der Haftungsbeschränkung eine gewisse Attraktivität für rechtsmissbräuchliche Handlungen hat, trotzdem geht diese neue Bestimmung gerade in die gegenteilige Richtung als die Entwicklung des GmbH-Rechts in anderen Ländern der Europäischen Union.

Ob dadurch die Seriosität der potentiellen Gründer (ausländische Gründer sind von der Zustimmungspflicht sogar ausgenommen) geprüft werden kann ist auch fraglich. Die neue Regelung besagt zwar, dass der Gründer keine Steuerschulden haben darf; andere Arten von Schulden, zB gegenüber Lieferanten aus einer vorherigen Unternehmenstätigkeit werden jedoch nicht erwähnt.

Zusätzlich führt die Zustimmungspflicht eine zusätzliche administrative Hürde ein, weil eine weitere Behörde in das Gründungsverfahren einzuschalten ist. Es entsteht ein weiterer Zeitaufwand; das One-Stop-Shop-Prinzip geht dadurch weitgehend ins Leere.⁷⁹

⁷⁸ Siehe § 11 Abs 2 lit h der Kundmachung des Ministeriums für Justiz der Slowakischen Republik über die Festlegung der Formulare für die Stellung der Anträge auf Eintragung ins Handelsregister u des Verzeichnisses der Urkunden, welche dem Eintragungsantrag beizufügen sind Nr 2004/25 Slg v 15.12.2009 idgF. (Vyhľadávka Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky, ktorou sa ustanovujú vzory tlačív na podávanie návrhov na zápis do obchodného registra a zoznam listín, ktoré je potrebné k návrhu na zápis priložiť).

⁷⁹ Siehe auch *Augustinič*, Änderungen im slowakischen GmbH-Recht, eastlex 2013, 56.

4. Kapitel Slowakei - Steuerparadies im Herzen der EU?

I. Pauschal Steuer – hat das progressive Steuersystem ausgedient?

A. *Die sog Flat Tax Besteuerung in der Slowakei bis Jänner 2013*

Die Attraktivität der slowakischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat in den letzten Jahren zweifellos das pauschale Steuersystem, dh eine Besteuerung nach einem Pauschal bzw Einheitssatz, erhöht. In der Slowakei galt ab 01. Jänner 2004 sowohl für natürliche als auch für juristische Personen einen einheitlichen Steuersatz in der Höhe von 19 %. Das pauschale Steuersystem hatte substantiell zum Ruf der Slowakei als Unternehmerparadies beigetragen und gemeinsam mit dem EU-Beitritt einen Investitionsboom ausgelöst.

Ziel der Einführung einer sog Flat Tax Besteuerung war das progressive Steuersystem abzuschaffen und stattdessen einen möglichst tiefen proportionalen Steuersatz einzufügen, der für alle gilt, und dadurch die steuerliche Standortattraktivität für insbesondere ausländische Investoren zu erhöhen. Die Einführung der Flat Tax Besteuerung hat zur Reduktion der Bürokratie geführt. Das Steuersystem ist dadurch übersichtlicher und einfacher und dank des niedrigen Steuersatzes vor allem für Mehrverdiener sehr attraktiv geworden.

Die Steuerreform im Jahr 2004 brachte in der Slowakei außer der Einführung der Flat Tax auch andere Vorteile, wie zB die Verkürzung der Abschreibungsdauer bei Gebäuden auf 20 Jahre (in Österreich mindestens 33,3 Jahre), die Möglichkeit von steuerlichen Wertberichtigungen zu Forderungen, günstigere Bedingungen für den steuerlichen Verlustvortrag, Erweiterung der steuerlichen Anrechnung von Werbeaufwendungen sowie für die Neuinvestitionen die Möglichkeit der Bildung einer steuerfreien Rücklage in Höhe von 10 % des Gewinns ("*Tax holidays*").⁸⁰ Durch die Einführung der Flat

⁸⁰ Für andere Länder siehe auch *Karre/Spritzey*, Flat Tax: Was außer der Höhe noch zählt STEUERWETTBEWERB, Die Presse 2005/41/04.

Tax hat das Ausmaß an ausländischen Direktinvestitionen markant zugenommen.

In den letzten Jahren konnte man beobachten, dass immer mehr Länder die Flat Tax Besteuerung eingeführt haben. Als Beispiele können folgende Länder genannt werden: Russland, Tschechien, Litauen, Lettland, Estland, Rumänien, Serbien, Ukraine, Georgien, Bulgarien und Mazedonien sogar mit dem niedrigsten Steuersatz in Höhe von 10 %.⁸¹ Wie man sieht, ist die Flat Tax Besteuerung das steuerliche Erfolgsrezept insbesondere der neuen EU-Länder geworden. Tiefe Steuern, hohes Wachstum, einfache Administration, höhere Einnahmen, Attraktivität für ausländische Investoren, fünf Eigenschaften, die durchaus überzeugten.⁸²

B. Die Slowakei hat ihre legendäre Flat Tax abgeschafft

Die Slowakei hat nach genau neun Jahren ihre Flat Tax abgeschafft, mit welcher dieses Land für Furore gesorgt hat. Das Ziel dieser Abschaffung war, das Abgabenaufkommen zu erhöhen.

Ab Januar 2013 bezahlten die Firmen statt der bisherigen 19 % generell 23 %. Der Körperschaftsteuersatz wurde mit Jänner 2014 noch einmal geändert und zwar er wurde von 23 % auf 22 % gesenkt. Bei den natürlichen Personen wurde im Jänner 2013 die progressive Besteuerung eingeführt; bis zu einem Jahreseinkommen von EUR 35.022,31 beträgt der Einkommensteuersatz 19 % und diesen Betrag übersteigende Einkünfte unterliegen einem Einkommensteuersatz von 25 %.⁸³

Die Steuererhöhung wurde als notwendig von der Regierung angesehen. Der Grund war ganz einfach: Das Finanzministerium hoffte auf Mehreinnahmen von bis zu 400 Millionen Euro, der Großteil davon sollte von den Unternehmen

⁸¹ Siehe auch *SLC-Europe*, Flat-Tax in Europa, abrufbar unter http://www.slc-europe.com/xist4c/web/flat-tax-europa_id_16181_.htm (abgerufen am 17.09.2014).

⁸² Siehe *Schlumpf*, Pauschal-Steuer – hat das progressive Steuersystem ausgedient? (2006).

⁸³ Siehe § 15 Einkommensteuergesetz Nr 595/2003 Slg idgF.

kommen. „Ziel war es, die Neuverschuldung der jungen Republik unter drei Prozent der Wirtschaftsleistung zu drücken.“⁸⁴

Ob die jetzige Regierung auch ihre Ziele erreichen wird, zeigt die Zeit. Man darf jedoch eines nicht vergessen. Die Steuererhöhung macht die Slowakei für Investoren sicher nicht attraktiver. Deswegen wurde dieser Schritt von vielen kritisiert; die Kritiker sehen darin nur einen Einmaleffekt, der das Budget nicht nachhaltig entlastet. Zusätzlich bewirken Änderungen der gesetzlichen Lage, welche so kurzfristig umgesetzt werden, mE keine Kontinuität und sorgen für kein positives Klima.⁸⁵

II. Flat Tax - Ein Besteuerungsmodell für alle?

Die Einführung der Flat Tax regte in vielen Ländern, ua auch in Österreich, die Debatte über die Notwendigkeit zur Steuerreformen an. Als Beispiele wurden osteuropäische Länder mit niedrigem Steuersatz genommen. Als Vorteile wurden insbesondere gesehen: die Steigerung der Standortattraktivität und damit zusammenhängendes Wachstum an Investitionen; die einfache und transparente Administration bei den Steuerbehörden und Steuerpflichtigen; keine individuelle Steuermodelle; Steuererleichterungen oder Steuerbefreiungen und damit zusammenhängende höhere Steuermoral und kleinere Steuerhinterziehungsrate; sowie die gleiche Besteuerung, die dazu führt, dass die Wahl der Rechtsform nicht mehr aus Steuerüberlegungen getroffen wird.⁸⁶

Meiner Meinung nach wäre es jedoch leichtsinnig zu behaupten, dass die Flat Tax Besteuerung das perfekte Steuersystem für jedes Land ist. Zweifellos ist die Einführung der Flat Tax in den Transformationsländern wie osteuropäische Länder leichter als in den entwickelten Ländern wie Österreich. Eine Flat Tax

⁸⁴ Siehe *Schellhorn*, SuperMarkt: Hurra, die Flat Tax ist endlich tot! Die Presse (07.12.2012), abrufbar unter http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/supermarkt/1321686/SuperMarkt_Hurra-die-Flat-Tax-ist-endlich-tot (abgerufen am 17.09.2014).

⁸⁵ Siehe zB *Paugger*, Steuerliche Neuerungen in der Slowakei 2014, abrufbar unter <http://auditor.eu/assets/media/files/odborneclanky/slovensko/Paugger%20in%20SWI%202014,%20177.pdf> (abgerufen am 17.09.2014).

⁸⁶ Zu den Vorteilen der Flat Tax Besteuerung siehe ausführlich *Schlumpf*, Pauschal-Steuer.

ist in Österreich ungewöhnlich und kann komplexen wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten nicht genügend Rechnung tragen. Die Flat Tax Besteuerung verzichtet nämlich ua grundsätzlich auf steuerliche Ausnahmen und damit auch auf steuerliche Förderinstrumente, wie zB im Forschungsbereich, wo etwa Österreich ein großzügiges und erfolgreiches System hat. Tiefere Steuereinnahmen werden in der Regel mit hohen Mehrwertsteuersätzen kompensiert bzw mit erhöhten Sozialbeiträgen.⁸⁷ Kleinere Einkommen werden zum gleichen Satz besteuert wie große, dh dass hohe Einkommen in Wirklichkeit begünstigt werden. Der Steuer- und somit auch der Standortwettbewerb nehmen ab.⁸⁸

III. Schlussfolgerungen

Ohne Zweifel gilt Österreich im Vergleich zu anderen OECD-Ländern als extremes Hochsteuerland.⁸⁹ Wie die Praxis zeigt, wird die Steuerhinterziehung immer populärer. Diese Tendenz ist auch in Österreich leider spürbar. Meines Erachtens, könne Flat Tax ebenfalls in Österreich nicht nur die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes erhöhen sondern auch zur Hebung der Steuermoral beitragen. Bei einer Steuerbelastung von etwa 19 %, die für jeden überschaubar und leicht kalkulierbar ist, stellt sich der Steuerzahler die Frage, ob es sich für ihn auszahlt, seinen persönlichen Wohnsitz aus rein steuerlichen Gründen ins Ausland zu verlegen, Privatausgaben als betriebliche Aufwendungen zu deklarieren oder Einkommen in der Steuererklärung gar nicht anzugeben. *„Das Ziel müsse sein, dass Steuerzahlen als ganz normale Pflicht und Steuerhinterziehung nicht mehr als Kavaliersdelikt gesehen werde. Bei einem Spitzensteuersatz von 50 Prozent in der Einkommensteuer sei aber die Versuchung groß, die Steuerbelastung durch illegale Maßnahmen zu*

⁸⁷ Als typisches Beispiel kann Slowakei genannt werden. Das war auch ein von mehreren Argumenten des slowakischen Regierungschefs Robert Fico von der Smer-Partei, bevor er den 19-prozentigen Einheitssatz durch einen progressiven Steuersatz ersetzt hat.

⁸⁸ Zu den Nachteilen der Flat Tax siehe ausführlich *Schlumpf*, Pauschal-Steuer sowie *Schatzenstaller*, Vormarsch der Flat Tax in Osteuropa (17.11.2007), abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=/?id=3081284> (abgerufen am 17.09.2014).

⁸⁹ Nur sieben der OECD-Länder verlangen höhere Steuern und Sozialbeiträge, und zwar Dänemark, Schweden, Finnland, Italien, Belgien, Frankreich und Norwegen. Im Jahr 2009 betrug die Fiskalquote in Österreich fast 43 %, wobei die Fiskalquote in der Slowakei bei 23 % lag. Siehe dazu näher *OECD-Studie*, Steuerquote klettert auch in der Krise, Die Presse (25.11.2009), abrufbar unter http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/523976/OECDStudie_Steuerquote-klettert-auch-in-der-Krise (abgerufen am 17.09.2014).

senken. Dem könne man nicht durch gelegentliche Steueramnestien entgegen wirken, sondern durch eine Senkung des Steuersatzes – vorzugsweise in Form einer Flat Tax mit sozialer Abfederung – verbunden mit einer transparenten und korruptionsfreien Verwaltung.“⁹⁰

Auch wenn die Umsetzung der Flat Tax Besteuerung in Österreich nur mit Schwierigkeiten verbunden wäre, ist es notwendig zu erwähnen, dass das progressive Besteuerungssystem im Wirtschaftsleben komplex und aufwändig und daher reformbedürftig ist. Mit der Hilfe der „Modernisierung“ des Steuersystems würde meiner Meinung nach die österreichische GmbH an Attraktivität im Wettbewerbsrecht des europäischen Gesellschaftsrechts gewinnen. Je mehr nämlich ein Land Neuinvestitionen durch ein flexibles Steuersystem unterstützen kann, umso mehr gewinnt es an Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit im Wirtschaftsleben.

⁹⁰ Duchaczek/Albeseder, Flat Tax für Österreich? (04.10.2007), abrufbar unter <http://www.die-wirtschaft.at/ireds-41920.html> (abgerufen am 17.09.2014). Auch in der Slowakei stiegen nach der Einführung der Flat Tax die Einkommensteuer-Einnahmen im Jahr 2004 um 36 %. Ebenfalls führten die Unternehmen deutlich mehr Gewinnsteuern ab. Die Steuerehrlichkeit hat sich erhöht. Die Slowakei ist somit als Investitionsstandort eindeutig attraktiver geworden.

2. TEIL Gläubigerschutz bei der GmbH

1. Kapitel Die europäische Nivellierung als neues Phänomen?

I. Europäischer Wettbewerb der Gesellschaften

Durch den Beitritt Österreichs⁹¹ und der Slowakei⁹² zur Europäischen Union wurde auch das europäische Gesellschaftsrecht implementiert, welches als das „Gesamtgefüge der in der (Europäischen) Gemeinschaft geltenden gesellschaftsrechtlichen Normen“ angesehen werden kann.⁹³ In der europäischen Integration spielt das Gesellschaftsrecht eine große Rolle.⁹⁴

Solange ein Unternehmen seine Tätigkeit im jeweiligen Inland ausübt, besteht keinen Raum für die Frage der Anwendbarkeit des ausländischen Rechts. Erst dann wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit entweder durch eine Zweigniederlassung oder die Verlegung ihres Verwaltungssitzes im Ausland ausübt, ergibt sich die Frage, nach welchem Recht die Innenverhältnisse und Außenverhältnisse einer Gesellschaft von ihrem Entstehen bis zur Beendigung zu regeln sind.

Nach der sog Sitztheorie richtet sich das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft nach dem Recht des Staates, in welchem sich der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet.⁹⁵ Diese Theorie hat zur Folge, die Flucht unter ein regelungsärmeres Recht zu verhindern.⁹⁶ Nach der sog Gründungstheorie richtet sich das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft nach

⁹¹ Österreich ist am 01.01.1995 beigetreten.

⁹² Slowakei ist am 01.05.2004 beigetreten.

⁹³ Horn, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893 (894).

⁹⁴ Das Gesellschaftsrecht als Rechtsgebiet ist im Bereich des Privatrechts eine Ausnahme, die im EGV ausdrücklich erwähnt ist. Vgl Art 49 AEUV (ex-Artikel 43 EGV), 50 AEUV (ex-Artikel 44 EGV), 54 AEUV (ex-Artikel 48 EGV). Der EGV ist durch Artikel 2 des Vertrags von Lissabon mit Wirkung zum 01. Dezember 2009 in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union umbenannt worden.

⁹⁵ Vgl Kalss in FOWI, „Centros“ und die Beitrittswerber (2000) 7.

⁹⁶ So auch Conrads/Schade, Internationales Wirtschaftsprivatrecht (2012) 197. Im Gegensatz zur Gründungstheorie, gemäß welcher der Ort des Verwaltungssitzes nicht relevant ist; dadurch wird die Freiheit der Gründer von Gesellschaften geschützt und der internationale Bewegungsspielraum gefördert.

dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft gegründet und ausgestaltet wurde.⁹⁷

Die Sitztheorie wurde insbesondere in den kontinentaleuropäischen Ländern anerkannt. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit in den letzten Jahren⁹⁸ wurde den Gründern ermöglicht, die Rechtsform eines anderen Mitgliedstaates frei zu wählen. Den Mitgliedstaaten wurde verboten, die Niederlassung einer solchen Rechtsform im eigenen Staat zu beschränken. Damit wurde die Sitztheorie aufgegeben und der Gründungstheorie wurde der Vorzug gegeben. Dies betrifft sowohl die Zweigniederlassung als auch die Verlegung des Verwaltungssitzes.⁹⁹ Für die Ausgestaltung dieser Rechts- und Parteifähigkeit ist allein das ausländische Gesellschaftsrecht maßgeblich. Auch sog Scheingesellschaften (*pseudo-foreign corporations*)¹⁰⁰ müssen als rechts- und parteifähig anerkannt werden.¹⁰¹ Nach den Entscheidungen des EuGH können die Unternehmer für die Gründung eigener Gesellschaft einfach ein rechtlich und ökonomisch unternehmerfreundliches Land wählen, das am besten der Zielsetzung des Unternehmens dient. Dabei spielen ua günstigere Haftungsbestimmungen und niedrigeres Mindeststammkapital ohne Zweifel eine große Rolle.¹⁰²

⁹⁷ Vgl Kalss in FOWI, „Centros“ und die Beitrittswerber 7.

⁹⁸ Dazu siehe unten Punkt II.

⁹⁹ Gem Art 49 AEUV sind die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten. Das gilt auch für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

¹⁰⁰ Scheingesellschaften sind Gesellschaften, bei denen schon von Anfang an (bei der Gründung) eine Divergenz zwischen dem Satzungssitz und tatsächlichem Hauptverwaltungssitz besteht. Sie stellen nur eine sog Briefgesellschaft im Staat der Gründung dar und üben die unternehmerische Tätigkeit im anderen Staat aus. Solche Gesellschaften besitzen außer ihrer Rechtsform und ihrer Inkorporation keinen Bezug zum Gründungsstaat.

¹⁰¹ EuGH Rs C-208/00, Überseering, Slg 2002, I-09919; Mellert/Verfürth, Wettbewerb der Gesellschaftsformen, Ausländische Kapitalgesellschaften als Alternative zu AG und GmbH (2005) 51.

¹⁰² Zu den Wettbewerbsbedingungen im europäischen Gesellschaftsrecht siehe Gelter, Wettbewerbsbedingungen im europäischen Gesellschaftsrecht. Die amerikanische Diskussion um die Struktur des regulatorischen Wettbewerbs und ihre Bedeutung für Europa, ZfRV 2004, 26; zu den Auswirkungen der Inspire Art Rechtssache auf die Beratungspraxis siehe unter vielen zB Zöllner, Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Private Limited Company, GmbH Rundschau 1/2006, 1 (3 ff); Wachter, Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd., GmbH Rundschau 2/2004, 88 (91 ff) (als Vorteile bei der Verwendung einer ausländische Gesellschaft werden insbesondere keine Kapitalaufbringung und -erhaltung, keine Umqualifizierung von Fremdkapital in

Die freie Rechtsformwahl im europäischen Raum hat heftige Diskussionen in den Mitgliedstaaten erweckt und auch viele Reformen insbesondere im Bereich des Gesellschafts- und Steuerrechts in den nationalen Rechtsordnungen verursacht.¹⁰³ Dadurch wurde auch der Reformdruck auf Österreich erhöht.¹⁰⁴

Jeder Mitgliedstaat hat mit den Reformen versucht, die Attraktivität eigener Rechtsformen im Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen zu erhöhen. Grund für zahlreiche Reformen war insbesondere die Befürchtung der Konkurrenz ausländischer „Billiggesellschaften“ bzw Briefkastengesellschaften mit den heimischen Gesellschaften und der Durchsetzung des Gesellschaftsrechtes mit dem geringsten Schutzstandard; dies würde eine potentielle Gefahr bzw Unsicherheit für die Gläubiger darstellen.¹⁰⁵

II. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit

In den Urteilen *Centros*¹⁰⁶, *Überseering*¹⁰⁷ und *Inspire Art*¹⁰⁸ hat der EuGH festgestellt, dass die in Art 49¹⁰⁹ und 54¹¹⁰ AEUV festgeschriebene Niederlassungsfreiheit nationale Beschränkungen nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässt. In allen drei Entscheidungen hat der EuGH die

Eigenkapital, keine Mitbestimmung der Arbeitnehmer gesehen; als Nachteile bzw Risiken werden insbesondere Anerkennung im Geschäftsverkehr, rechtliche Komplexität, Sprachbarriere, Verwaltungskosten gesehen).

¹⁰³ Als Beispiele sind Deutschland und Frankreich zu nennen.

¹⁰⁴ Siehe dazu krit *Krejci*, Gegen Billig-Gesellschaften m.b.H. Zur Reformdiskussion über Gründungserleichterungen, ÖZW 2008, 39: Die Internationalisierung, Liberalisierung und Deregulierung der nationalen Vorschriften kann zu einem teilweisen Rückbau des staatlichen Rechtsschutzes auch im Bereich des Gläubigerschutzes führen. „*Mehr Freiheit des einen bedeutet weniger Schutz des anderen. Wer Hermes noch größere Flügel gönnt, sollte nicht vergessen, dass Hermes nicht nur der Gott des Kaufleute, sondern auch der Diebe ist.*“

¹⁰⁵ Gem § 26 Abs 3 slowHGB musste die Haftung der Gesellschafter Dritten gegenüber mindestens in der Höhe garantiert sein, die das slowakische Recht festlegte. § 26 Abs 3 slowHGB wurde im Jahr 2008 abgeschafft, weil er nicht im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit war. Siehe zum alten § 26 Abs 3 *Mihálik*, *Sloboda usádzania sa v Európskej únii z pohľadu podnikania* (Niederlassungsfreiheit aus der Sicht des Unternehmens), FN 3, abrufbar unter <http://www.epi.sk/Main/Default.aspx?Template=/Main/TArticles.ascx&phContent=/Main/ArticleShow.ascx&ArtID=6243&LngID=0&CatID=66> (abgerufen am 17.09.2014).

¹⁰⁶ EuGH Rs C-212/97, *Centros*, Slg 1999, I-01459, Rn 24 und 39.

¹⁰⁷ EuGH Rs C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-09919.

¹⁰⁸ EuGH Rs C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155, Rn 136.

¹⁰⁹ ex-Artikel 43 EGV.

¹¹⁰ ex-Artikel 48 EGV.

Niederlassungsfreiheit immer aus der Perspektive des Zuzugstaates beurteilt.¹¹¹

Mit der ersten viel diskutierten *Centros* Entscheidung hat der EuGH ausjudiziert, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat rechtswirksam errichtete Gesellschaft ihre Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat errichten kann und zwar auch dann, wenn es sich um bloße Briefkastengesellschaft handelt, die nur zum Zweck der Umgehung des Gesellschaftsrechtes, insbesondere der Mindestkapitalvorschriften, des Tätigkeitsstaates gegründet wurde.¹¹²

Mit der *Überseering* Entscheidung hat der EuGH die Pflicht dem Zuzugsstaat auferlegt, die Rechtsfähigkeit einer in einem EU-Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft anzuerkennen.¹¹³

In *Inspire Art* hat der Zuzugstaat die ausländische Gesellschaft anerkannt, dieser wurden aber bestimmte Pflichten auferlegt, wie zB die Ausstattung mit Mindeststammkapital, die Eintragung in das Handelsregister mit dem Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“. Auch hier hat der EuGH den Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit ausgesprochen.¹¹⁴

Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit führte nicht nur zur Anwendung der Gründungstheorie auf EU-Auslandgesellschaften, sondern warf gleichzeitig die Frage hinsichtlich der effektiven Regelung des Gläubigerschutzes in grenzüberschreitenden Szenarien auf nationaler und europäischer Ebene auf. Die österreichischen bzw slowakischen Unternehmen können sich nunmehr einer ausländischen Rechtsform bedienen, auch wenn

¹¹¹ Seither ist der Zuzug der British Private Limited Liability Company oder der slowakischen GmbH in Österreich möglich.

¹¹² Zum Sachverhalt und zur Entscheidung siehe näher *Mellert/Verfürth*, Wettbewerb der Gesellschaftsformen 42 ff.

¹¹³ Siehe ausführlicher *Röpke*, Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte (2007) 78.

¹¹⁴ Zum Sachverhalt und zur Entscheidung siehe näher *Straube/Ratka*, Nach „Centros“ und „Überseering“ folgt nun „Inspire Art“: Nationales Gesellschaftsrecht (fast) chancenlos?, GeS 2003, 148 (148 ff) sowie *Ratka*, Der dritte Streich: EuGH entscheidet „Inspire Art“, GeS 2003, 432 (432 ff); siehe auch zur Wirkung der Rechtsache Inspire Art auf die Slowakische Republik *Pala*, *Sloboda usadzovania spoločností vo svetle novej judikatúry ESD: Inspire Art* (Freiheit der Gesellschaftsgründungen nach der Rechtsache Inspire Art), *Právny obzor* (Rechtsrundschau) 4/2004, 317.

sie keine Tätigkeit im Ausland ausüben. Dies kann zu Lücken im Gläubigerschutzrecht führen, wenn inländisches Recht nicht eingreift und die ausländischen Regelungen aus welchem Grund auch immer nicht durchsetzbar sind.

Umstritten bleiben bei solchen Fällen die Fragen, in welchem Ausmaß die Vorschriften des Sitzstaates bei einer im Ausland wirksam gegründeten Gesellschaft zur Anwendung kommen, führt die Anwendung der nationalen Vorschriften zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und wenn ja, kann man eine solche Beschränkung rechtfertigen?¹¹⁵

Zweifelloso bleibt, dass die innerstaatlichen Normen auf jeden Fall im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit stehen müssen. Der EuGH hat schon in den Entscheidungen *Centros*¹¹⁶ und *Inspire Art*¹¹⁷ ausgesprochen, dass die Mitgliedsstaaten die nationalen einschränkenden Maßnahmen dann treffen können, wenn sich Staatsangehörige unter Ausnutzung der durch den Vertrag geschaffenen Möglichkeiten mittels Missbrauch oder Betrug auf die europarechtlichen Freiheiten berufen.

Weder in der *Centros* Entscheidung noch in der *Inspire Art* Entscheidung findet man jedoch die Definition der Begriffe „Missbrauch“ und „Betrug“. Der EuGH stellte nur fest, dass die Wahl des vorteilhaftesten Rechts auf Ebene der Gesellschafter¹¹⁸ bzw. der fehlende wirtschaftliche Bezug auf der Ebene der

¹¹⁵ Siehe in diesem Zusammenhang *Rüffler*, Die Behandlung von Scheinauslandsgesellschaften, GeS 2005, 411; das Recht des Gründungsstaates ist bei den gesellschaftsrechtlich qualifizierenden Fragen anwendbar. So auch *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU- Auslandsgesellschaften in: *Tietje/Kraft/Sethe* (Hrsg), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 53 (2006) 24 (hins Stammkapitalerhaltung), 26 und 27 (hins Eigenkapitalersatzrecht); *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, Überlegungen zum IPR im Lichte der Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, in: *Kalss*, Schriftenreihe zum Gesellschaftsrecht (START-FWF) (2006) 169 mwN.

¹¹⁶ *Centros*, Rn 24 und 39.

¹¹⁷ *Inspire Art*, Rn 136.

¹¹⁸ *Centros*, Rn 27: „Damit kann es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit.“; Ebenfalls *Inspire Art*, Rn 138.

Gesellschaft¹¹⁹ keinen Missbrauch des Gemeinschaftsrechtes darstellen. Ob ein Missbrauch vorliegt hängt immer vom Einzelfall ab, somit trägt derjenige, der sich auf den Missbrauch beruft, im Einzelfall der Beweislast des konkret missbräuchlichen Verhaltens.¹²⁰

Sofern die Niederlassungsfreiheit nicht durch Missbrauch oder Betrug erschlichen wurde, haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Niederlassungsfreiheit durch die nationalen Maßnahmen zu beschränken, jedoch unter der Bedingung, dass solche Maßnahmen (i) im Einzelfall in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, (ii) zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, (iii) zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein müssen und (iv) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist.¹²¹ Die Rechtsprechung des EuGH zeigt jedoch, dass die Auferlegung der gläubigerschützenden Beschränkungen den ausländischen Gesellschaften im Zeitpunkt der Aufnahme ihrer inländischen Tätigkeit nicht erlaubt ist. Abstrakt-generelle Vorsichtsmaßnahmen, wie zB das Mindestkapital sind auf jeden Fall unverhältnismäßig.¹²²

Die Verwendung ausländischer Kapitalgesellschaften ist in Österreich zwar nicht voll ausgeprägt, dennoch scheint es nicht ausgeschlossen, dass mit der Zeit die Kapitalgesellschaften ausländischer Rechtsordnungen häufiger nach Österreich „importiert“ werden.

Den bislang letzten Schritt in der „Europäisierung“ des Gesellschaftsrechtes hat EuGH mit seiner Entscheidung im Jahr 2008 gemacht. Alle drei Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* haben sich mit dem

¹¹⁹ *Centros*, Rn 29: „Dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, keine Geschäftstätigkeiten entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, belegt zudem nach Randnummer 16 des Urteils *Segers* noch kein missbräuchliches und betrügerisches Verhalten, das es dem letzteren Mitgliedstaat erlauben würde, auf diese Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.“; Ebenfalls *Inspire Art*, Rn 139.

¹²⁰ *Eidenmüller* in *Eidenmüller* (Hrsg) *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht* (2004) § 3 Rn 98.

¹²¹ Zu den notwendigen Zulässigkeitskriterien siehe näher *Wohlfahrt*, *Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften* 17.

¹²² So auch *Teichmann*, *Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht*, NJW 34/2006, 2444 (2448).

Zuzugsfall beschäftigt. In der Rechtssache *Cartesio*¹²³ hatte der EuGH genau den umgekehrten Fall, und zwar aus der Perspektive eines Wegzugstaates, beurteilen müssen.

Die *Cartesio KG* war eine nach ungarischem Recht gegründete Kommanditgesellschaft, die seit 2004 ihre Hauptverwaltung (Verwaltungssitz) in Ungarn hatte.¹²⁴ Im Jahr 2005 beantragte die Gesellschaft beim Registergericht die Eintragung ihrer Sitzverlegung nach Italien, von wo sie auch weiter ihre Tätigkeit als ungarische Gesellschaft betreiben wollte. Das Gericht lehnte diese Eintragung ab, weil im ungarischen Recht – wie etwa auch in Österreich – eine Regelung über die Sitzverlegung fehlte.¹²⁵ Der EuGH musste in diesem Fall die Frage beantworten, ob eine Gesellschaft, die ihren Hauptverwaltungssitz aus einem Mitgliedstaat hinaus verlegen will, befürchten muss, ihre Rechtspersönlichkeit zu verlieren.¹²⁶ Dies ist nicht nur gesellschaftsrechtlich sondern auch steuerlich bedeutsam. Der Verlust der Rechtspersönlichkeit führt nämlich zur Liquidation der Gesellschaft im Wegzugsstaat und damit zur Aufdeckung stiller Reserven.

Der Wegzugsstaat konnte sich bisher auf die Rechtsache *Daily Mail*¹²⁷ stützen, in welcher der EuGH einen Anspruch von Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden, auf Wahrung der Rechtspersönlichkeit bei der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes ablehnte und die Wegzugsbeschränkungen für mit der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich vereinbar erklärt hatte.

Der Ausgangspunkt für das *Cartesio* Verfahren war Artikel 54 AEUV¹²⁸, gemäß welchem Gesellschaften in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit natürlichen Personen gleichstehen. Wenn eine Person, die in Österreich geboren und

¹²³ EuGH Rs C-210/06, *Cartesio*, Slg 2008, I-09641.

¹²⁴ Der Sitz einer Kommanditgesellschaft wird in Ungarn zwingend durch den Ort der Hauptverwaltung bestimmt. Siehe dazu *Nemessányi*, *Cartesio ergo sum?*, ZfRV 2008, 264 (265).

¹²⁵ Zum Sachverhalt siehe näher *Weng*, Die Rechtssache *Cartesio* – Das Ende *Daily Mails?*, EWS (2008) 264 (265).

¹²⁶ Siehe auch *Ratka/Rauter*, *Cartesio* und das *ius vitae necisque* des Wegzugsstaates, wbl 2009, 62 (62 ff).

¹²⁷ Siehe EuGH Rs C-81/87, *Daily Mail*, Slg 1988, I-5483.

¹²⁸ ex-Artikel 48 EGV.

österreichischer Staatsangehöriger ist, in die Slowakei übersiedelt, verliert sie auch nicht ihre österreichische Staatsbürgerschaft. Gleiches sollte auch für Unternehmen gelten. Aus der vom EuGH favorisierten Gründungstheorie und dem Auswertungsbericht der EU-Kommission vom Juli 2006 zur geplanten 14. EU-Richtlinie (sog. Sitzverlegungsrichtlinie) ergibt sich, dass ein Unternehmen auch nach der Verlegung seiner Hauptverwaltung gemäß dem Recht des Herkunftsstaats bestehen bleibt. Ein inländischer Verwaltungssitz sei nicht notwendig, um die Anwendung des Gründungsrechts des Herkunftsmitgliedstaates zu gewährleisten. Solange die Gesellschaft ihren Satzungssitz im Herkunftsmitgliedstaat behält, unterliegt sie dem Recht dieses Mitgliedstaates. Nach dieser Ansicht müsste dann *Cartesio* berechtigt sein, identitätswahrend den Verwaltungssitz von Ungarn nach Italien zu verlegen.¹²⁹

Der EuGH folgte in seiner überraschenden Entscheidung der Ansicht des Generalanwaltes *Poiões Maduro* nicht und verneinte den Schutz dieser Form der Sitzverlegung unter der Niederlassungsfreiheit. Der EuGH zitierte aus seiner *Daily Mail* Entscheidung, dass *„eine aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat“*.¹³⁰ Die Mitgliedstaaten sehen hinsichtlich der Sitzverlegung unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Manche erlauben den Gesellschaften, ihre Geschäftsleitung ins Ausland zu verlegen; andere beschränken aber dieses Recht und verlangen die Liquidation der Gesellschaft¹³¹. Der EuGH führte aus, dass *„der EWG-Vertrag diesen Unterschieden im nationalen Recht Rechnung trägt“* und somit *„der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die*

¹²⁹ So auch *Poiões Maduro*: „Im Ergebnis bin ich der Auffassung, dass beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts unmöglich argumentiert werden kann, dass die Mitgliedstaaten völlig frei über „Leben und Tod“ der nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften verfügen können, ohne dass die Folgen für die Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen wären. Andernfalls würde den Mitgliedstaaten der „Freibrief“ erteilt, nach Belieben die „Todesstrafe“ über eine nach ihrem Recht gegründete Gesellschaft zu verhängen, nur weil diese sich zur Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit entschließt.“ Schlussanträge des Generalanwaltes *Poiões Maduro*, 22.5.2008, Rs C-210/06 („*Cartesio*“) Rn 31. Vgl auch *Gurtner/Hofbauer/Kofler*, Sitztheorie vs Gründungstheorie - Abgehen von der Rsp in der Rs *Daily Mail*, taxlex-EC 2008/83.

¹³⁰ *Cartesio*, Rn 104.

¹³¹ Wie zB Österreich; mit der Ausnahme der SE bei der die grenzüberschreitende Sitzverlegung ohne Auflösung unter Wahrung der Rechtsidentität ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist (vgl Art 8 SE-VO; §§ 5 ff SEG).

*Hauptniederlassung einer Gesellschaft als Anknüpfung gleich geachtet werden“.*¹³²

Der EuGH bestätigte¹³³ die Möglichkeit der Sitzverlegung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat, ohne dass sie dabei ihre durch die Rechtsordnung des Gründungsmitgliedstaats zuerkannte Rechtspersönlichkeit verliert. Er sprach gleichzeitig aber aus, dass die Modalitäten dieser Verlegung nach den Rechtsvorschriften des Gründungsmitgliedstaats zu beurteilen sind und somit ein Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, diesbezüglich Beschränkungen aufzuerlegen.¹³⁴ In diesem Sinne führte der EuGH aus, dass *„ein Mitgliedsstaat somit sowohl die Anknüpfung, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem innerstaatlichen Recht gegründet angesehen werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, bestimmen kann, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird“.*¹³⁵ Der Mitgliedstaat kann daher die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei der Sitzverlegung verbieten, wenn durch so eine Sitzverlegung sich die Gesellschaft neu organisieren möchte. Mit der *Cartesio* Entscheidung hat der EuGH die Entscheidung *Daily Mail* bestätigt, wobei er jedoch klargestellt hat, dass diese Befugnis keinesfalls irgendeine Immunität des nationalen Rechts über die Gründung und Auflösung von Gesellschaften im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit impliziert.¹³⁶

Zusammenfassend hat der EuGH festgestellt, dass die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft das Behalten ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts dieses Mitgliedstaates bei der Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat nicht erlauben, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.¹³⁷

¹³² *Cartesio*, Rn 106.

¹³³ Siehe *Überseering*.

¹³⁴ Siehe *Cartesio*, Rn 107.

¹³⁵ *Cartesio*, Rn 110.

¹³⁶ Siehe *Cartesio*, Rn 112.

¹³⁷ Siehe *Cartesio*, Rn 124.

In der Tat bedeutet die *Cartesio* Entscheidung, dass der EuGH den Sinn der Grundfreiheiten verkannt hat, nämlich die Gewährung der Mobilitätsgarantien im Binnenmarkt unabhängig von Unterschieden in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen. Dies hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten und damit auch Österreich, den inländischen Gesellschaften die Verlegung des Verwaltungssitzes unter Beibehaltung des Gründungsstatuts in einen anderen Staat verbieten können.¹³⁸

2. Kapitel Materiellrechtliche Gläubigerschutzinstrumente

I. Beschränkte Haftung als Gefährdungsmoment für die Gläubiger?

A. *Haftungsprivileg aus volkswirtschaftlichen Interessen*

Gerade in wirtschaftlich angespannten Zeiten, wie es die letzten Jahre zweifellos waren, wird die Effizienz der kapitalgesellschaftsrechtlichen Finanzverfassung aus der Sicht des Gläubigerschutzes immer wieder in Frage gestellt.

Die Unternehmensform mit beschränkter Gesellschafterhaftung ist im Unterschied zu den anderen Gesellschaftsformen, die sich langsam aus dem Wirtschaftsleben entwickelt haben, eine reine „Erfindung“ des Gesetzgebers.¹³⁹ Für die Einführung¹⁴⁰ der Gesellschaft mit beschränkter Haftung standen pragmatische Überlegungen im Vordergrund.¹⁴¹ Die Möglichkeit der beschränkten Haftung sollte allgemein Unternehmergeist und Wirtschaft stärken und zu einem hohen Beschäftigungsniveau in der Bevölkerung

¹³⁸ Siehe kritisch *Ratka/Rauter*, wbl 2009, 64, die richtig erkannt haben, dass die Rechtsache *Cartesio* indirekt Werbung für supranationale Gesellschaftsformen macht, denen die Verlegung des Satzungssitzes möglich und erlaubt ist. Dies betrifft insbesondere die SE als "Alternative" zur nationalen Aktiengesellschaft und die in Vorbereitung befindliche, auf KMUs zugeschnittenen SPE.

¹³⁹ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2188.

¹⁴⁰ In Österreich wurde die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Reichsgesetzblatt (RGBI) 1906/58 vom 15. März 1906 kundgemacht und trat am 15. Juni 1906 in Kraft. In der Slowakei wurde die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Gesetz Nr 271/1920 Slg am 1. Mai 1920 eingeführt. Siehe *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2006, 488 und *Hanes*, *Spoločnosť s ručením obmedzeným* 44.

¹⁴¹ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, Entwicklung, Perspektiven, Materialien (2005) 35 ff; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 7.

beitragen.¹⁴² Da die Neigung zu sorglosem Vorgehen auf Kosten der Gläubiger aufgrund des Absehens von persönlicher Gesellschafterhaftung bei vielen Unternehmern sehr groß ist, stand die Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von Anfang an im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz im Zentrum rechtspolitischer Diskussionen.¹⁴³

Im Wirtschaftsleben gehört die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung heutzutage zweifellos sowohl in Österreich als auch in der Slowakei zu den bedeutendsten und beliebtesten Organisationsformen. Der Grund für ihre Beliebtheit ist insbesondere ihre rechtliche, vermögensmäßige und haftungsrechtliche Trennung von den Gesellschaftern, die als Trennungsprinzip bezeichnet wird.¹⁴⁴ Das bedeutet, dass den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht die einzelnen Gesellschafter persönlich sondern die Gesellschaft selbst mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen haftet; anders als bei Personengesellschaften, wo die einzelnen Gesellschafter mit dem ganzen eigenen Vermögen haften.

Die Gesellschafter haften nur mittelbar und beschränkt bis zur Höhe der jeweiligen Stammeinlage, die im Firmenbuch eingetragen ist.¹⁴⁵ Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich festgelegt, dass die Gesellschaftsgläubiger nur auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen können, wenn sie ihre Forderungen befriedigen wollen. Gleichzeitig hat er aber dadurch auch die Aufgabe übernommen, ein effizientes Mechanismus für die vollständige Aufbringung des Stammkapitals und dessen Erhaltung gesetzlich zu verankern, um die Gläubiger vor dem Missbrauch dieser Rechtsform seitens der Unternehmern ausreichend zu schützen, oder anders gesagt, bei der Einrichtung der Haftungs- und Vermögensstruktur des Unternehmensträgers einen

¹⁴² EB RV 236 Blg stProt HH XVII. Session 1904, 49 f und 53. Siehe ausführlich *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 7 und *Hanes*, Spoločnosť s ručením obmedzeným 46. Siehe auch *Wiedemann*, Reflexionen zur Durchgriffshaftung, ZGR 2003, 283 (287), der ausführt, dass „eine Risikobegrenzung als Voraussetzung oder wenigstens als Anreiz für die Teilnahme am Wettbewerb angeboten werden muss – unter den heutigen Wirtschaftsbedingungen noch mehr als in früheren Zeiten.“

¹⁴³ Siehe unter vielen *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 8; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 38; *Hanes*, Spoločnosť s ručením obmedzeným 26.

¹⁴⁴ Siehe *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 61 Rn 6 sowie *Blaha* in *Patakyová, M. a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár § 106 S 315 ff.

¹⁴⁵ Siehe § 61 Abs 2 GmbHG und § 106 slowHGB.

Kompromiss zwischen den Gesellschafterinteressen und den Interessen der einzelnen Gläubiger zu finden. Ob es ihm auch gelungen ist, wird im Folgenden weiter behandelt.

B. Gesellschaftsimmanente Risiken

Im täglichen Wirtschaftsleben gehen die Menschen sehr oft leichtfertig hohe ökonomische Risiken ein, insbesondere wenn sie beim Fehlschlagen einer Investition nur das Eigenkapital und nicht eigenes Vermögen riskieren. Mit fallender Eigenkapitalquote steigt natürlich der Anreiz, Investitionen mit höherem Risiko einzugehen.¹⁴⁶ Im Extremfall werden Projekte mit negativem Erwartungswert durchgeführt, ein sog *gambling for resurrection*.¹⁴⁷ Misslingt das unternehmerische Projekt, steht den Gläubigern lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung.

Heutzutage wird insbesondere auf drei wesentliche Gefährdungsmomente für Gläubiger hingewiesen:

- unzureichendes (Anfangs-) Vermögen,
- Vermögensverschiebung und
- opportunistisches Verhalten – Moral Hazard.

¹⁴⁶ Kalss bringt in ihrem Buch ein gutes Beispiel: „Der Wert der „Option“ (des Eigenkapitalanteils) steigt mit dem Risiko des Basisguts (dem Gesellschaftsvermögen) und mit ihrer Laufzeit. Aus diesem Grund können die Gesellschafter den Wert ihrer Beteiligung durch Steigerung des Risikos zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger erhöhen. Anschaulich ist auch der Vergleich mit einem Glücksspiel: Ein risikoneutraler Spieler steht vor der Entscheidung, EUR 100 bei einem Würfelwurf einzusetzen. Wird die Augenzahl 6 geworfen, erhält er 500, in allen anderen Fällen erhält er nichts. Der Spieler wird darauf nicht einsteigen, weil der Erwartungswert seiner Investition negativ ist ($400 \times 1/6 + (-100) \times 5/6 < 0$). Anders ist es, wenn er sich die Hälfte des Einsatzes ausborgen kann und das Darlehen nur zurückzahlen muss, wenn er gewinnt. In diesem Fall wird er auf das Spiel einsteigen. Dieser Anreiz wirkt sich nicht nur dann aus, wenn der Erwartungswert - wie im Beispiel – negativ ist, sondern auch, wenn eine Entscheidung zwischen Investitionen mit hohem Risiko (dh mit breiter Streuung der Ergebnisse) und solcher mit geringem Risiko (mit geringer Streuung) zu treffen ist.“ Siehe im Detail Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 312 ff.

¹⁴⁷ Eckert/Grechenig/Stremitzer, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 95 (127): „Eine Gesellschaft mit einem EK von 10 und einem FK von 10 könnte sich im Interesse der Aktionäre dafür entscheiden, eine Investition mit einem je 50 prozentigen Zahlungsstrom von + 15 bzw – 20 durchzuführen. Diese Investition hätte einen Erwartungswert von – 2,5 ($0,5 \times 15 - 0,5 \times 20$) und sollte daher unterlassen werden. Für die Aktionäre hätte diese Investition allerdings einen positiven Erwartungswert von + 2,5 ($0,5 \times 15 - 0,5 \times 10$), denn mehr als 10 können die Aktionäre wegen der beschränkten Haftung nicht verlieren.“

1. Unzureichendes (Anfangs-) Vermögen

Die beschränkte Haftung der GmbH ist für viele Unternehmer der Grund, warum sie gerade diese Rechtsform für ihre unternehmerische Tätigkeit nehmen. Da für die Verbindlichkeiten der Gläubiger nur die Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet, versuchen die Gesellschafter natürlich das Gesellschaftsvermögen so klein wie möglich zu halten. Weder in der Slowakei noch in Österreich besteht die Pflicht, dass die Eigenkapitalausstattung eine "angemessene" oder "durchschnittliche" Höhe je nach Branche erreichen muss. Sehr oft kommt es daher zu Fällen, dass die Gesellschafter nicht die Risikoeigenheit und Kostenträchtigkeit der jeweiligen Geschäftstätigkeit berücksichtigen. Die Gesellschaft ist schon zu Beginn ihrer Tätigkeit mit unzureichendem Vermögen ausgestattet, was einen Misserfolg bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt.

In diesem Zusammenhang darf ebenfalls der *leverage effect* (Hebeleffekt/Hebelwirkung) nicht vergessen werden, der bei allen Unternehmensformen relevant ist. Unter dem *leverage effect* wird die Hebelwirkung der Finanzierungskosten des Fremdkapitals auf die Eigenkapitalverzinsung verstanden. Diese Hebelwirkung tritt dann ein, wenn das Fremdkapital zu günstigeren Konditionen aufgenommen werden kann als die Investition an Rendite erzielt. In diesem Fall sind die Gesellschafter natürlich nicht interessiert, im Falle des Kapitalbedarfs das Gesellschaftsvermögen durch Aufbringen weiteren Eigenkapitals zu erhöhen, weil die Ansprüche daraus nachrangig befriedigt werden. Dies führt zur Schlechterstellung der Gläubiger.¹⁴⁸

2. Vermögensverschiebung

Im Wirtschaftsleben stehen sich zwei Gruppen gegenüber: die Gesellschafter, deren Interesse es ist, das Gesellschaftsvermögen so klein wie möglich zu halten und die Gläubiger, die daran interessiert sind, das möglichst viel Vermögen in der Gesellschaft bleibt. Insbesondere im Fall der Insolvenz

¹⁴⁸ Siehe ausführlich Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz (2005) 41 f.

versuchen die Gesellschafter noch während des Bestehens der Gesellschaft möglichst viel vom Gesellschaftsvermögen auf ihr Privatvermögen zu übertragen, das durch die beschränkte Haftung geschützt ist, was natürlich zur Schlechterstellung der Gläubiger führt.¹⁴⁹

3. Opportunistisches Verhalten – Moral Hazard

Wie schon oben erwähnt, kommt es bei der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter zur Risikoverlagerung auf nicht zustimmende Dritte. Die Haftungsbeschränkung hat nämlich zur Folge, dass die Gesellschafter einen potentiellen Verlust nur bis zur Höhe der (geleisteten) Einlagen tragen. Dadurch entsteht jedoch der Anreiz zu opportunistischem Verhalten. Während das Verhalten des persönlich haftenden Unternehmers durch seine potenzielle Haftung grundsätzlich gesellschaftserhaltend beeinflusst wird, kann die Verbindung von beschränktem Verlustrisiko und „unbeschränkter“ Gewinnaussicht insbesondere im Falle der Insolvenz zur Verleitung der Eingehung eines dem Unternehmensinteresse zuwiderlaufenden überhöhten Geschäftsrisikos führen.¹⁵⁰

C. Gläubigerschutzkonzept

Viele würden sich beim Gläubigerschutzkonzept eine einheitliche Rechtsmaterie vorstellen. Vielmehr besteht das Konzept jedoch aus einer Reihe gesetzlicher, teils durch Richterrecht entwickelter Institutionen, die in unterschiedlichen Rechtsgebieten gefunden werden können. Die meisten Gläubigerschutznormen befinden sich sowohl in der Slowakei als auch in Österreich im Gesellschaftsrecht, vor allem sind das Mindestkapital sowie die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften zu beachten, die in Europa aufgrund der EuGH Entscheidungen betreffend die Kapitalerfassung der Kapitalgesellschaften eine lebhafte Diskussion entfacht haben.

¹⁴⁹ Siehe ausführlich Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz 42.

¹⁵⁰ Siehe ausführlich Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz 43 ff sowie oben zum Begriff *gambling for resurrection*.

Neben den Themen wie Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung durch festes Nennkapital spielt auch die Publizitätspflicht bestimmter Unternehmensdaten im Firmenbuch, insbesondere durch die Veröffentlichung des Jahresabschlusses, aus der Sicht des Gläubigerschutzes eine Rolle. Des Weiteren wird dem Gläubigerschutz in Österreich auch durch Richterrecht entwickeltes Instrument des Haftungsdurchgriffs und Eigenkapitalersatzrechts Rechnung getragen.

Nicht nur das Gesellschaftsrecht sondern auch zahlreiche insolvenzrechtliche Normen versuchen die Gläubiger vor überschuldeten bzw zahlungsunfähigen Gesellschaften zu schützen. Ebenfalls finden wir die gläubigerschützenden Normen im Vertragsrecht und Deliktsrecht.

Sowohl das slowakische als auch das österreichische Gläubigerschutzrecht stützt den Gläubigerschutz im Gegensatz zu dem angloamerikanischen Rechtssystem¹⁵¹ an die ex-ante Betrachtung. Das folgende Kapitel beschäftigt sich mit ausgewählten Gläubigerschutzinstrumenten und deren Effizienz.

II. Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalaufbringung

A. *Nennkapital, Mindestkapital und Gesellschaftsvermögen*

Sowohl im österreichischen als auch im slowakischen Gesellschaftsrecht stellen die Kapitalvorschriften einen elementaren Bestandteil des Gläubigerschutzes dar. Insbesondere die Aufbringung eines Mindeststammkapitals soll als Korrelat des Haftungsprivilegs diesem Schutzgedanken Rechnung tragen.¹⁵²

Die Gesellschafter verpflichten sich, bei Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung einen bestimmten Betrag aufzubringen. Die Höhe dieses

¹⁵¹ „The advantages of ex post controls are precisely that they set up no unjustifiable barriers to entry into business, and that the legislatively prescribed standards may be precisely tailored to the situations of particular businesses.“ Davies, Legal Capital in Private Companies in Great Britain, Die Aktiengesellschaft (1998) 346 (353).

¹⁵² Siehe Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 23.

Betrages liegt im Ermessen der Gesellschaftsgründer.¹⁵³ Wird einmal der Betrag festgelegt, müssen die Gesellschaftsgründer ihn aber auch real aufbringen. Es handelt sich um sog festes Nennkapital, das als Bestandteil des Eigenkapitals auf der Passivseite der Bilanz ausgewiesen ist und, (i) die Mindesthöhe der Einlagenleistung aller Gesellschafter eingibt, (ii) die Ausschüttungen von Vermögen an die Gesellschafter begrenzt und (iii) die Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft festlegt.¹⁵⁴

Festes Nennkapital (auch Stammkapital genannt) ist die Summe aller Bar- und Sacheinlagen¹⁵⁵ der Gesellschafter. Es wird obligatorisch gebildet und seine Höhe wird im Firmenbuch¹⁵⁶ eingetragen. Das Stammkapital wird als Nominalbetrag verstanden, das der Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens dient¹⁵⁷, und auf dessen Höhe die Gläubiger vertrauen können. Es handelt sich um das „Kernvermögen“ der Gesellschaft und ist demnach vom Gesellschaftsvermögen zu unterscheiden. Wie schon oben erwähnt, wird das Stammkapital als starre Rechnungspost auf der Passivseite ausgewiesen, im Vergleich zum Gesellschaftsvermögen, das in der Bilanz auf der Aktivseite zu veranschlagen ist und je nach Gewinnen bzw Verlusten vermehrt oder verringert wird.¹⁵⁸ Das Stammkapital ist hingegen eine konstante Größe, die nur durch Gesellschaftsvertragsänderung erhöht oder vermindert werden kann.¹⁵⁹

¹⁵³ Der Betrag muss jedoch eine bestimmte Untergrenze erreichen. Siehe im Detail 2. Kapitel dieses Teiles, II.B. und II.C. – Mindestkapitalaufbringung bei der GmbH in Österreich und in der Slowakei.

¹⁵⁴ Siehe *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 318 mwN.

¹⁵⁵ Dazu zählen nicht Agio und Nachschüsse.

¹⁵⁶ In der Slowakei Handelsregister genannt.

¹⁵⁷ *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008) 48.

¹⁵⁸ § 224 Abs 2, Abs 3 UGB; siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 4 Rn 11; *Ďurica in Patakyová, M. a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár § 58 S 168; sowie *Vráblová*, Nahradi inštitút základného imania koncepcia „primeranej kapitalizácie“? (Ersetzt die Konzeption der angemessenen Kapitalausstattung das Institut des Mindeststammkapitals?), *Obchodné právo* 1/2003, 3 (4); *Fekete*, Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným – Teil 11: Základné imanie a jeho zmeny (Stammkapital und seine Änderungen), *Obchodné právo* 12/2005, 9 (10).

¹⁵⁹ §§ 141 ff slowHGB und §§ 50 ff GmbHG. Eine Herabsetzung des Stammkapitals unter EUR 35.000,- ist unzulässig. Eine Ausnahme bilden Sanierungen, wenn zugleich mit der Herabsetzung eine Kapitalerhöhung ohne Sacheinlagen beschlossen wird, die den Betrag wieder auf das Minimum hebt; siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 54 Abs 4 Rn 11 ff. Eine ähnliche Ausnahme kennt das slowakische Rechtssystem nicht.

Festes Nennkapital und Mindestkapital sind streng auseinander zu halten: das Mindestkapital setzt das feste Nennkapital voraus, aber nicht umgekehrt.¹⁶⁰

Das Mindestkapital begrenzt den Spielraum, den die Gesellschafter bei Festlegung des Nennkapitals haben.¹⁶¹ Das GmbHG und das slowHGB sehen ein System zur Aufbringung des Stammkapitals vor, das zumindest einen bestimmten Wert erreichen muss.¹⁶² Das gesetzliche Mindestkapital stellt eine absolute Untergrenze dar. Liegt der im Gesellschaftsvertrag genannte Betrag unter dem gesetzlich vorgesehenen Mindestkapitalbetrag, trägt das zuständige Gericht die Gesellschaft wegen der formellen Unterkapitalisierung nicht ins Firmenbuch ein.¹⁶³

Die Mindestkapitalbeträge gelten grundsätzlich für alle Kapitalgesellschaften, unabhängig von der Risikoeigenheit oder Kostenträchtigkeit der jeweiligen Geschäftstätigkeit, und werden als „Startkapital“ der Gesellschaft gesehen¹⁶⁴; eine Höchstgrenze besteht nicht.¹⁶⁵ Die Angemessenheit des Mindestkapitals wird jedoch, insbesondere in Österreich, sehr oft kritisiert. Es wird behauptet, dass der Betrag in der Regel zu gering ist.¹⁶⁶

Weder in der Slowakei noch in Österreich ist die Angemessenheit der Stammkapitalausstattung der Gegenstand der *ex-ante* Prüfung des Gerichtes bei der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch. In Österreich wird jedoch die gerichtliche *ex-post* Kontrolle durch das Gericht hinsichtlich des Haftungsdurchgriffes wegen der anfänglichen, qualifizierten Unterkapitalisierung diskutiert. Danach ist zu prüfen, ob der im

¹⁶⁰ Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts 306 mwN.

¹⁶¹ Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 327 f.

¹⁶² In Österreich beträgt das Mindestkapital EUR 35.000,- (siehe aber unten eine Ausnahmeregelung - die sog Gründungsprivilegierung), in der Slowakei EUR 5.000,-.

¹⁶³ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung – wirksame Instrumente des Gläubigerschutzes?, in: Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes: Im italienischen, slowenischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002) 32 mwN; Hanes, Spoločnosť s ručením omedzeným 125 und 131 ff.

¹⁶⁴ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 32; Ďurica in Patakyová, M. a kol., Obchodný zákonník – Komentár § 58 S 167 f.

¹⁶⁵ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 6 Rn 5; Hanes, Spoločnosť s ručením obmedzeným 132.

¹⁶⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 6 Rn 3 mwN.

Gesellschaftsvertrag verankerte Betrag im Verhältnis zur geplanten und auch realisierten Geschäftstätigkeit klar erkennbar unzureichend war.¹⁶⁷

Welcher Betrag ist aber für welche Geschäftstätigkeit angemessen? Der Betrag darf nicht zu gering sein, um den Gläubiger einen ausreichenden Schutz zu bieten. Der Betrag darf jedoch auch nicht zu hoch sein, um den Wirtschaftswettbewerb nicht zu beeinträchtigen. Meines Erachtens ist es nicht möglich, einen „optimalen“ Betrag zu finden, mit welchem alle Beteiligten zufrieden sind. Daher muss der Gesetzgeber andere Instrumente finden, die auf der einen Seite den gesunden Wirtschaftswettbewerb nicht behindern aber auf der anderen Seite auch einen ausreichenden Schutz für die Gläubiger gewährleisten. Dazu aber mehr unten.

Auch wenn die Starrheit des Mindestkapitals von manchen kritisiert wird, die die Festlegung einer „angemessenen“ Eigenkapitalquote je nach Unternehmenstätigkeit bevorzugen¹⁶⁸, darf man eines nicht außer Acht lassen: Die Gesellschaft wird mit einem für eine bestimmte Geschäftstätigkeit erkennbar „ausreichenden“ Mindestkapital gegründet. Ändert sich mit der Zeit ihre Geschäftstätigkeit, für welche ein höherer oder ein geringerer Betrag erforderlich wäre, stellt sich dann die Frage, ob die Gesellschaft dann die Kapitalerhöhung bzw Kapitalherabsetzung durchführen muss. Wie würde die gesetzliche Lage in diesem Fall aussehen?

Zusätzlich muss man ebenfalls die Frage beantworten, was unter der „Geschäftstätigkeit“ verstanden wird - der im Gesellschaftsvertrag verankerte Unternehmensgegenstand oder die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit? Im Falle, dass die Gesellschaft mehrere Geschäftstätigkeiten ausüben würde, für welche unterschiedliche Mindestkapitalbeträge vorgesehen wären, müsste sie demnach für jede einzelne Tätigkeit ein Mindestkapital aufbringen?

¹⁶⁷ Zöllner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 33 mwN. Dazu siehe auch unten 3. Kapitel, V. - Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung.

¹⁶⁸ Dazu siehe näher unten 2. Kapitel dieses Teiles, II.E.5. - Starrheit der Mindestkapitalziffer?.

B. Mindestkapitalaufbringung bei der GmbH in Österreich

Die Vorschriften über das Mindeststammkapital bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung befinden sich in § 6 GmbHG. Gemäß § 6 Abs 1 GmbHG *„müssen das Stammkapital und die Stammeinlage auf einen in Euro bestimmten Nennbetrag lauten“*. *„Das Stammkapital muss mindestens EUR 35.000,- erreichen und besteht aus den Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter, deren jede mindestens EUR 70,- betragen muss.“*

Die Stammeinlage kann als Bareinlage, Sacheinlage, oder gemischte Einlage geleistet werden. Vor der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Firmenbuch müssen mindestens EUR 17.500,- bar einbezahlt werden. Jeder Gesellschafter hat zudem die auf ihm entfallende Stammeinlage mindestens zu einem Viertel, jedenfalls aber im Betrag von EUR 70,- einzubezahlen¹⁶⁹; die übernommenen Stammeinlagen müssen nicht für alle Gesellschafter gleich hoch sein.¹⁷⁰

Im Falle der Sacheinbringung muss der Einbringende, der Gegenstand der Übernahme und der veranschlagte Geldwert im Gesellschaftsvertrag genau und vollständig festgesetzt werden.¹⁷¹ Aber auch in diesem Fall muss die Hälfte des Stammkapitals in bar aufgebracht werden; das gilt nicht, wenn die Gesellschaft zum ausschließlichen Zwecke der Fortführung eines seit mindestens fünf Jahren bestehenden Unternehmens errichtet wird und nur der bisherige Inhaber und allenfalls noch die Familienmitglieder Gesellschafter sind.¹⁷² Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, sind die aktienrechtlichen Vorschriften über die Gründungsprüfung einzuhalten. In diesem Fall ist ein externer Prüfer für die Richtigkeit der Bewertung verantwortlich.¹⁷³

¹⁶⁹ § 10 Abs 1 GmbHG.

¹⁷⁰ § 6 Abs 3 GmbHG.

¹⁷¹ Siehe § 6 Abs 4 GmbHG.

¹⁷² Siehe § 6a Abs 1-3 GmbHG.

¹⁷³ Siehe § 6a Abs 4 GmbHG.

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, die von ihm übernommenen Stammeinlage in voller Höhe nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages und der von den Gesellschaftern gültig gefassten Beschlüsse einzuzahlen.¹⁷⁴

Ein säumiger Gesellschafter ist zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet.¹⁷⁵ Erfolgt die Einzahlung nicht rechtzeitig, kann die Gesellschaft zudem die ausständige Einlage mittels einer Klage einfordern oder das Kaduzierungsverfahren unter Bestimmung einer Nachfrist androhen.¹⁷⁶ Nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist ist der säumige Gesellschafter auszuschließen; zusätzlich treten die Rechtsfolgen der §§ 67-69 GmbHG ein. Letztlich können auch die übrigen Gesellschafter zur Leistung des Fehlbetrages nach Verhältnis ihrer Stammeinlagen herangezogen werden, sog Ausfallhaftung.^{177 178} Darin liegt ein personalistisches Element der GmbH. Das AktG kennt keine dazu parallele Bestimmung.

Sicherung der Mindestkapitalaufbringung durch die Geschäftsführerklärung?

Die Einzahlung der Stammeinlagen und ihre freie Verfügbarkeit sind im Antrag auf Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in das Firmenbuch im gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgeschriebenen Umfang von den Geschäftsführern zu erklären. Eine bloß vorläufige Verfügbarkeit ist nicht ausreichend. Die Geschäftsführer haften solidarisch für den aufgrund der falschen Angaben entstandenen Schaden.¹⁷⁹

„Gemäß § 10 GmbHG erklärt der gefertigte Geschäftsführer, dass die bar zu leistende Stammeinlage in dem eingeforderten Betrag, dh in der Höhe von EUR 17.500,- bar einbezahlt ist und sich in seiner freien Verfügung befindet. Weiters erklärt der gefertigte Geschäftsführer, dass er als Geschäftsführer in

¹⁷⁴ § 63 Abs 1 GmbHG.

¹⁷⁵ § 65 Abs 1 GmbHG.

¹⁷⁶ Siehe dazu §§ 66-69 GmbHG.

¹⁷⁷ § 70 GmbHG.

¹⁷⁸ Im Falle der vertraglichen Übertragung des Geschäftsanteils haftet gemäß § 78 Abs 2 GmbHG der Erwerber zur ungeteilten Hand mit dem Rechtsvorgänger für rückständige Leistungen des Veräußerers bis zum Zeitpunkt der Anmeldung der Rechtsnachfolge bei der Gesellschaft.

¹⁷⁹ § 10 Abs 3 und Abs 4 GmbHG.

der Verfügung über den einbezahlten Betrag, nicht, namentlich nicht durch Gegenforderungen, beschränkt ist.“

Sicherung der Mindestkapitalaufbringung durch die Bankbestätigung?

Zusätzlich zur Erklärung von den Geschäftsführern ist die Einzahlung des Stammkapitals auf das Konto der Gesellschaft durch schriftliche Bankbestätigung nachzuweisen.¹⁸⁰ Die Bankbestätigung ist erforderlich, unabhängig davon, ob die Einzahlung der Bareinlage durch Gutschrift auf ein Gesellschaftskonto oder direkt bar an die Geschäftsführung ohne Zwischenschaltung einer Bank vorgenommen wird.¹⁸¹ Die schriftliche Bankbestätigung ist dem Firmenbuchgericht mit dem Antrag auf die Eintragung der Gesellschaft vorzulegen. Die Bank haftet für die falschen Angaben.¹⁸²

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Wunschgemäß geben wir Ihnen die Bestätigung gemäß § 10 Absatz 3 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der derzeit geltenden Fassung, dass auf das in unserem Institut geführte Girokonto Nr (...), lautend auf [Firma] in Gründung auf die zu leistenden Stammeinlagen EUR (...) eingezahlt worden sind.

Das Guthaben steht zur freien Verfügung des(der) Geschäftsführer(s).

Das vorgenannte Guthaben wird in unserem Institut so lange gesperrt gehalten, bis uns der Nachweis der Firmenbucheintragung durch Vorlage des Firmenbuchauszuges bzw des Beschlusses des Firmenbuchgerichtes hinsichtlich der Eintragung der Firma erbracht worden ist.

¹⁸⁰ Der Gesetzgeber hat mit der Novelle IRÄG 1994 (BGBl 1994/153) § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG eingeführt, um die Gefahr des Missbrauchs bei Bargründung zu vermeiden und den Gläubigerschutz zu verbessern.

¹⁸¹ Siehe, *Zollner* Mindestkapital und Kapitalaufbringung 41 mwN.

¹⁸² § 10 Abs 3 GmbHG.

Hiezu geben wir Ihnen die verbindliche Erklärung ab, dass der(die) Geschäftsführer in der Verfügung über den oben genannten Betrag nicht, namentlich nicht durch Gegenforderungen, beschränkt ist(sind).

Mit freundlichen Grüßen

(...).“

Nach dem Wortlaut von § 10 Abs 3 S 3 GmbHG muss das Kreditinstitut nur die Einzahlung der Bareinlagen nicht aber ihre freie Verfügbarkeit bestätigen. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 10 Abs 3 S 3 GmbHG zum Schutz der Gläubiger eingeführt. Daher sollte nicht nur die Einzahlung sondern auch die freie Verfügbarkeit der Bareinlagen bestätigt werden. Obwohl der Gesetzgeber dies im Gesetzeswortlaut nicht ganz klar zum Ausdruck brachte, ist, wie *Zollner* richtig argumentiert hat, aus teleologischer und gesetzessystematischer Interpretation zu folgern, dass die Bank nicht nur die Einzahlung der Bareinlagen, sondern auch ihre freie Verfügbarkeit zu bestätigen hat.¹⁸³

Außerdem hat sich die Praxis in den letzten Jahren auch in diese Richtung entwickelt. Aus diesem Grund akzeptieren die Firmenbuchgerichte nur solche Bankbestätigungen, wo auch die freie Verfügbarkeit der Bareinlagen bestätigt wird.

Wird aber durch die Bankbestätigung ein ausreichender Gläubigerschutz gewährleistet? Meines Erachtens nicht. Die Haftung von Kreditinstituten für die Richtigkeit der Bestätigung nach § 10 Abs 3 S 3 GmbHG bezieht sich auf den Ausstellungszeitpunkt. Das Kreditinstitut haftet nicht, dass das Stammkapital auch in dieser Höhe erhalten bleibt. Die bestätigende Bank trägt grundsätzlich keine Verantwortung für Veränderungen des Kontostands zwischen der Ausstellung der Bestätigungen und der Eintragung der Gesellschaft. Es ist nicht die Aufgabe der Bank, die weiteren Kontobewegungen auf dem Gesellschaftskonto zu überwachen. Das Vermögen der Gesellschaft kann

¹⁸³ *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 44 mwN; vgl auch *Fellner/Kaindl*, Zur Bankbestätigung gemäß § 29 Abs 1 AktG und § 10 Abs 3 GmbHG, ÖBA 2006, 103 (107).

daher sogar schon im Zeitpunkt der Anmeldung geringer sein als ihr im Firmenbuch eingetragenes Stammkapital.¹⁸⁴

Mitverschulden der Gesellschaftsorgane bei unrichtiger Bankbestätigung?

Wie schon oben erwähnt, haftet die Bank für die Richtigkeit der Bankbestätigung. In der Literatur wird das Mitverschulden der Gesellschaftsorgane für den Fall, dass die Bank eine unrichtige Bestätigung ausstellt, verneint.¹⁸⁵ Es wird argumentiert, dass durch die Bestätigung einer externen und unabhängigen Institution Missbräuche bei der Gesellschaftsgründung vermieden werden sollen.¹⁸⁶

Dritthaftung bei unrichtiger Bankbestätigung?

Im Falle einer unrichtigen Bankbestätigung, stellt sich auch die Frage, ob eine schadenersatzpflichtige Haftung gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern besteht. § 10 Abs 3 S 3 GmbHG sieht jedenfalls nur eine Haftung der Bank gegenüber der Gesellschaft vor.¹⁸⁷ *Koziol* vertritt die Meinung, dass aus dem Wortlaut des § 10 GmbHG keine Haftung der Bank gegenüber Gläubigern abgeleitet werden kann, wobei er insbesondere auf die verwandte Problematik der Dritthaftung des Abschlussprüfers hinweist: Da wie dort seien Dritte nicht in den Schutzbereich des Vertrages miteinbezogen; den Gläubigern stehe

¹⁸⁴ OGH 11.07.2008, 3 Ob 99/08t, ecolex 2008, 408.

¹⁸⁵ Siehe zB: *Karollus/Lukas*, Dritthaftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung?, JBI 2004, 686.

¹⁸⁶ Siehe im Detail *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 45 mwN; vgl auch OGH 23.10.2000, 8 Ob 141/99i, ÖBA 2001, 345, die bei einer Abschlussprüfung das Mitverschulden der Gesellschaftsorgane für unzulässig erklärt hat: Zweck der Abschlussprüfung ist „eine vorsätzliche unrichtige Rechnungslegung des Vorstandes zum Schaden der Gesellschaft aufzudecken und damit eine weitere Schädigung der geprüften Gesellschaft durch weiteres rechtswidriges Verhalten des Vorstandes zu verhindern.“ Ablehnend für die analoge Anwendung bei der Bankbestätigung *Koziol*, Haftung der Bank bei Bestätigung der freien Verfügung über Bareinlagen (§ 10 Abs 3 GmbHG), ÖBA 1996, 272 (275).

¹⁸⁷ Ablehnend *Zollner*, der die Grundsätze für die Dritthaftung des Abschlussprüfers auch auf die Bankbestätigung erstrecken und daher eine Dritthaftung der Bank über einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bzw objektivrechtliche Sorgfaltspflichten begründen will. *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 46 mwN.

„mangels einer den weitgehenden Vermögensschutz rechtfertigenden Sonderbeziehung zur Bank nur deliktische Ersatzansprüche“ zu.¹⁸⁸

Der OGH hat jedoch in seiner Entscheidung vom 27.11.2001¹⁸⁹ die Dritthaftung des Abschlussprüfers ausdrücklich anerkannt. Laut dieser Entscheidung sei die Stellung eines Abschlussprüfers mit der eines Sachverständigen vergleichbar, da beide bei der Weitergabe ihrer Gutachten an andere Personen mit Sorgfaltspflichten gegenüber bestimmten Dritten rechnen müssen. Ein Abschlussprüfer schuldet der Gesellschaft und der potenziellen Gläubigern *„jene Sorgfalt, die eine dem Gesetz entsprechende, ordnungsgemäße Abschlussprüfung für die Ausstellung des zu veröffentlichenden Bestätigungsvermerks nach § 274 UGB verlangt“*. Der OGH ist dabei von einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgegangen. Eine Verletzung der daraus ableitbaren Schutz- und Sorgfaltspflichten führt zur Schadenersatzpflicht.¹⁹⁰

Solche Überlegungen treffen auch für die Bankbestätigung gemäß § 10 Abs 3 GmbHG. Die Bankbestätigung, die dem Registergericht zwingend vorgelegt werden muss, wird in die Urkundensammlung des Firmenbuchs aufgenommen.¹⁹¹ Da in diese jedermann Einsicht nehmen¹⁹² und auch Auszüge anfordern kann, wird eine direkte Kenntnisnahme der Bestätigung über die Einzahlung ermöglicht. So eine Bankbestätigung kann uU eine potenzielle Entscheidungsgrundlage für Gläubiger, Gesellschafter und Anlieger sein: *„die Pflicht der Gesellschaft, die Bankbestätigung bei Anmeldung zur Eintragung vorzulegen und deren zwingend vorzunehmende „Veröffentlichung“ in der Urkundensammlung ist mit einem Sachverständigen vergleichbar, der mit der Weitergabe seines Gutachtens an potenzielle Kapitalgeber der Gesellschaft rechnen muss“*.¹⁹³

¹⁸⁸ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 46 mwN sowie Koziol, ÖBA 1996, 272 (280).

¹⁸⁹ OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01t, ecolex 2002, 41.

¹⁹⁰ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 47.

¹⁹¹ Vgl § 12 FBG.

¹⁹² Vgl § 9 Abs 1 UGB.

¹⁹³ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 47 mwN.

Anerkennt man die Dritthaftung des Abschlussprüfers und die Parallelität zur Bankbestätigung, muss dann auch die Haftung des Kreditinstituts gegenüber Dritten bejaht werden. Ein Kreditinstitut haftet jedoch nur dann, wenn es eine unrichtige Bankbestätigung erstellt und diese die Entscheidungsgrundlage für einen potenziellen Kreditgeber ist. Die Unrichtigkeit der Bankbestätigung muss dem Kreditinstitut vorgeworfen werden können. Da jedoch die Bank nur über die in ihrer Sphäre gelegene oder ihr tatsächlich bekannte Verfügungsbeschränkungen zum Ausstellungszeitpunkt Auskunft gibt, wird gerade an dem Kausalitätsnachweis die Haftung der Bank häufig ausscheiden.¹⁹⁴

GmbH Light und Gründungsprivilegierung

Die niedrige Höhe der Mindeststammkapitalbeiträge in anderen EU Ländern hat zu heftigen Diskussionen in Österreich geführt.¹⁹⁵ Mit dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2013, welches am 01. Juli 2013 in Kraft getreten ist, wollte die Regierung die österreichische GmbH durch ihre leichtere und finanziell günstigere Gründung, insbesondere durch die Herabsetzung des Stammkapitals von EUR 35.000,- auf EUR 10.000,- im europäischen Wettbewerb der Kapitalgesellschaften attraktiver machen und somit zu einer Stärkung des Wirtschaftsstandortes in Österreich beitragen.¹⁹⁶

Folgende wesentliche Änderungen wurden im Zusammenhang mit GmbHs beschlossen:

- Senkung des Mindeststammkapitals;¹⁹⁷
- Reduktion der Gründungskosten;¹⁹⁸

¹⁹⁴ So auch *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 48 mwN.

¹⁹⁵ Dazu mehr unten im dritten Teil.

¹⁹⁶ „Die Attraktivität der österreichischen GmbH soll im nationalen und internationalen Wettbewerb der Rechtsformen gesteigert werden.“, Regierungsprogramm 2008 - 2013, 138, abrufbar unter <http://www.bka.gv.at> (abgerufen am 17.09.2013).

¹⁹⁷ Das notwendige Mindeststammkapital wurde von EUR 35.000,- auf EUR 10.000,- herabgesetzt, wobei mind die Hälfte, dh EUR 5.000,- in bar einbezahlt werden musste. Vgl Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/109.

¹⁹⁸ Durch die Senkung des Mindeststammkapitals wurden die bei der Gründung anfallenden tarifmäßigen Notariats- und Rechtsanwaltskosten vermindert (§ 5 Abs 8 und § 28 Z 4 Notariatstarifgesetz sowie § 10 Z 5 und § 26 Rechtsanwaltstarifgesetz).

- Entfall der Veröffentlichungspflicht;¹⁹⁹
- Verringerung der Mindestkörperschaftssteuer.²⁰⁰

Die Reform hatte natürlich auch ihre Gegner. Kritiker sahen im geringen Stammkapital die Gefahr einer Unterkapitalisierung und somit das Risiko für die Gläubiger, ihre Forderungen zu befriedigen.²⁰¹ Nach nur acht Monaten wurde die GmbH „light“ wieder abgeschafft und als „Kompromiss“ wurde eine sog Gründungsprivilegierung geschaffen.²⁰² Zu dieser Entscheidung hat jedoch vielmehr die Tatsache geführt, dass mit der Reduktion des Stammkapitals ein erheblicher Verlust an Mindestkörperschaftssteuer verbunden war als die sachlichen Argumente. Ausserdem hat die Reduktion des Stammkapitals einen Spielraum für kapitalertragsteuerfreie Kapitalherabsetzungen in Form von Einlagenrückzahlungen ermöglicht, was zu einem weiteren Steueraufkommensausfall geführt hat.²⁰³

Die „gründungsprivilegierte“ GmbH ist keine eigenständige Rechtsform; sie ist eine „klassische“ GmbH, die laut Gesellschaftsvertrag grundsätzlich

¹⁹⁹ Siehe § 12 GmbHG. Vor der GmbH-Reform 2013 musste jede Neugründung einer GmbH im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht werden. Der Entfall der Veröffentlichungspflicht führte zu einer Verminderung der Gründungskosten um ca EUR 150.

²⁰⁰ Die Mindestkörperschaftssteuer knüpft an das Mindeststammkapital an und ist bei einem Verlust bzw geringen Gewinn der GmbH an das Finanzamt zu entrichten. Die Mindestkörperschaftssteuer betrug vor der GmbH Reform EUR 1.750,- pro Jahr und durch die Novelle hat sich diese auf EUR 500 jährlich verringert. Vgl Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/109.

²⁰¹ Siehe dazu "Verbilligung bei GmbH-Gründungen soll Boom auslösen", Online-Presse v 22.03.2013, abrufbar unter <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1379451/print.do> (abgerufen am 17.09.2014). Vgl auch *Krejci*, Zum Entwurf eines GesRÄG 2013, GeS 2013, 171 (171 ff); Stellungnahme Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, Em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_12227/fname_300979.pdf (abgerufen am 17.09.2014); Stellungnahme *Wirtschaftskammer Österreich*, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_12248/imfname_301990.pdf (abgerufen am 17.09.2014).

²⁰² Die gesetzlichen Neuregelungen sind mit 01.03.2014 in Kraft getreten. Siehe § 127 Abs 13 GmbHG idF AbgÄG 2014.

²⁰³ Durch die neue Reform in so einer kurzen Zeit wurde auch das Vertrauen auf eine nachhaltige Rechtslage im Bereich der Körperschaftsteuer für bestehende GmbHs ein weiteres Mal enttäuscht; als Ausgleich wurde eine zweistufige, insgesamt zehn Jahre geltende Körperschaftsteuerreduktion geschaffen, die für die ab 01.07.2013 neu gegründeten GmbHs gilt. Siehe dazu *Moser*, Die neue „gründungsprivilegierte“ GmbH, CFO aktuell 2014, 113 (113 ff) mwN.

EUR 35.000,- Stammkapital haben muss.²⁰⁴ Die Gründer können jedoch das Gründungsprivileg in Anspruch nehmen und geringere als EUR 35.000,-, "gründungsprivilegierte" Stammeinlagen für die einzelnen Gesellschafter festlegen. Eine „gründungsprivilegierte“ GmbH kann dann ein reduziertes Stammkapital von EUR 10.000,- haben, wobei davon mind EUR 5.000,- bar einzuzahlen sind; Sacheinlagen sind ausgeschlossen.²⁰⁵ Das Gründungsprivileg kann jedoch nur für einen maximalen Zeitraum von 10 Jahren ab Eintragung im Firmenbuch in Anspruch genommen werden.²⁰⁶

Während aufrechter Gründungsprivilegierung sind die Gesellschafter abweichend von § 63 Abs 1 GmbHG nur insoweit zu weiteren Einzahlungen auf die von ihnen übernommenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen verpflichtet, als die darauf geleisteten Einzahlungen hinter dem Betrag von insgesamt EUR 10.000,- zurückbleiben.²⁰⁷

Nach außen hin ist die „gründungsprivilegierte“ GmbH als solche nicht zu kennen. Es gibt keinen kennzeichnenden Zusatz zum Firmenwortlaut gründungsprivilegierter GmbH.²⁰⁸ Nur der Gesellschaftsvertrag und die Firmenbucheingabe müssen die Inanspruchnahme der

²⁰⁴ Vgl. dazu ErlRV zum AbgÄG 2014, Zu Art. 24, Zu Z 1 und 2 (§ 6 und § 10 GmbHG); Zu Z 3 (§ 10b GmbHG).

²⁰⁵ § 10b Abs 3 GmbHG. Dadurch soll die „Seriositätsschwelle“ sichergestellt werden.

²⁰⁶ "Gründungsprivilegierte" Gesellschaften haben längstens 10 Jahre Zeit, um ihr Kapital (durch Innenfinanzierung [Gewinnrücklagenbildung] oder im Weg der Außenfinanzierung [Zuschüsse in Kapitalrücklagen]) entsprechend zu erhöhen; dh dass die einbezahlten Stammeinlagen EUR 17.500,- danach zu betragen haben. Werden innerhalb von 10 Jahren ab Eintragung in das Firmenbuch die Kapitalvorschriften nicht erfüllt, entfällt das Gründungsprivileg trotzdem durch Zeitablauf. Das Gesetz sieht jedoch weder explizite Sanktionen noch die Löschung der Gesellschaft von Amts wegen vor; das bleibt dem Gesetzgeber aber in den nächsten Jahren unbenommen. Vgl Moser, CFO aktuell 2014, 114. Gesellschaftsrechtlich wären nach Ablauf dieser Periode ausstehende Einlagen nunmehr fällig und von dem/den Geschäftsführer/n einzufordern. Die Gesellschafter haben in diesem Fall für die noch nicht einbezahlten Stammeinlagen der Gesellschaft eine Verbindlichkeit und müssen diese insbesondere im Insolvenzfall einzahlen. Vgl Moser, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbHG und dessen steuerliche Auswirkungen, ecolex 2014, 369 (370).

²⁰⁷ Reich-Rohrwig, GmbH alt/neu/, ecolex 2014, 295 (296): Hatten die gründungsprivilegierten Gesellschafter anlässlich der Gründung der GmbH nur EUR 5.000,- bar eingezahlt, können Gläubiger bis 28.02.2024 die ausständigen Bareinlagen nur in Bezug auf weitere EUR 5.000,- pfänden lassen; dieselbe Beschränkung für die Geltendmachung ausständiger Stammeinlagen gilt auch für den Insolvenzverwalter, wenn während aufrechter Gründungsprivilegierung ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet wird.

²⁰⁸ ME ist der Zusatz nicht erforderlich. Die potenziellen Geschäftspartner sollten ihre Entscheidungen ua anhand der Bonitätsauskünfte und aktuellen Jahresabschlüsse und nicht bloß anhand des gesellschaftsvertraglichen (Mindest-) Kapitals treffen.

Gründungsprivilegierung beinhalten. In der Firmenbucheingabe einer neu gegründeten gründungsprivilegierten GmbH muss explizit drinnen stehen, dass die Gesellschaft das Gründungsprivileg des § 10b GmbHG in Anspruch genommen hat und das gründungsprivilegierte Stammkapital der Gesellschaft EUR 10.000,- beträgt, welches zur Hälfte bar geleistet wurde. Die Geschäftsführer müssen erklären, dass sie von den Gesellschaftern auf das gründungsprivilegierte Stammkapital der Gesellschaft in der Höhe von EUR 10.000,- Einzahlungen in der Höhe von EUR 5.000,- erhalten haben.²⁰⁹

Die Gründungsprivilegierung gilt nicht für Gesellschaften, die vor dem 01.03.2014 gegründet wurden. Sie können die Gründungsprivilegierung weder durch Abänderung des Gesellschaftsvertrags noch durch Kapitalherabsetzung oder Umgründung in Anspruch nehmen.

Wie schon oben erwähnt, sind die gesetzlichen Neuregelungen mit 01.03.2014 in Kraft getreten. Einige Übergangsvorschriften wurden jedoch ua aus Vertrauensschutzüberlegungen geschaffen: (i) Gründungen von GmbHs „light“ waren bis 28.02.2014 möglich;²¹⁰ (ii) GmbHs „light“ die zwischen 01.07.2013 und 28.02.2014 gegründet wurden und ein Stammkapital unter EUR 35.000,- hatten, haben bis zum 01.03.2024 Zeit, ihr Stammkapital auf EUR 35.000,- oder einen höheren Betrag zu erhöhen.²¹¹ Das Gesetz sieht jedoch keine Sanktionen bei Nichterfüllung der gesetzlichen Bestimmung vor.²¹²

C. Mindestkapitalaufbringung bei der GmbH in der Slowakei

Die Kapitalausstattungsanforderungen einer slowakischen GmbH sind geringer als bei einer österreichischen GmbH. Die Vorschriften über das Mindeststammkapital bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung befinden sich in §§ 108 und 109 slowHGB.

²⁰⁹ Siehe *Reich-Rohrwig*, Firmenbucheingabe für neu gegründete gründungsprivilegierte GmbH, *ecolex* 2014, 339 (340).

²¹⁰ Auf GmbHs, die vor dem 01.03.2014 zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet wurden, gilt das Mindeststammkapital von EUR 10.000,- auch weiterhin. Vgl. § 127 Abs 14 GmbHG idF AbgÄG 2014. Das gleiche gilt für die vor dem 01.03.2014 beim Firmenbuchgericht angemeldeten Anträge auf Kapitalherabsetzung – hier gelten weiterhin die Bestimmungen des GesRÄG 2013.

²¹¹ Vgl. § 127 Abs 16 GmbHG idF AbgÄG 2014.

²¹² Siehe im Detail *Moser*, CFO aktuell 2014, 114.

Gemäß § 108 Abs 1 slowHGB muss das Stammkapital mindestens EUR 5.000,- erreichen. Gemäß § 109 Abs 1 slowHGB muss die Stammeinlage mindestens EUR 750,- betragen; die übernommenen Stammeinlagen müssen nicht für alle Gesellschafter gleich hoch sein.²¹³

Die Stammeinlage kann als Bareinlage, Sacheinlage, oder gemischte Einlage geleistet werden. Die Einlagen sind vor der Eintragung in das Handelsregister wie folgt einzuzahlen: (i) mindestens 30 % jeder Bareinlage, (ii) die Summe aller eingezahlten Bar- und Sacheinlagen muss mindestens 50 % des Stammkapitals betragen, (iii) bei einer Einpersonen – GmbH ist das gesamte Stammkapital, dh alle Bar- und Sacheinlagen, zur Gänze zu leisten.²¹⁴

Sacheinlage kann nur ein Vermögensgegenstand sein, dessen wirtschaftlicher Wert bestimmt werden kann. Die Einlagen, die in einer Verpflichtung zur Ausführung der Arbeiten oder Erbringung der Dienstleistungen bestehen, sind verboten.²¹⁵ Die Sacheinlage muss vor der Eintragung ins Handelsregister in voller Höhe eingebracht werden.²¹⁶

Das slowHGB sieht keine dem § 6a GmbHG ähnliche Einschränkungen vor. Das gesamte Stammkapital darf daher in Sacheinlagen aufgebracht werden. Der Wert der Sacheinlage muss jedoch durch ein Sachverständigengutachten bestimmt werden. Das Gutachten ist nicht erforderlich, wenn (i) der Gegenstand der Sacheinlage bereits durch ein Sachverständigengutachten bewertet wurde, das nicht älter als sechs Monate ist, oder der Wert der Sacheinlage sich aus einem ordentlichen Jahresabschluss ergibt, der uneingeschränkt durch einen Wirtschaftsprüfer bestätigt wurde, (ii) die

²¹³ § 109 Abs 2 slowHGB.

²¹⁴ Siehe § 111 slowHGB.

²¹⁵ Siehe § 59 Abs 2 slowHGB.

²¹⁶ Jede Sacheinlage muss vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Gänze geleistet werden (siehe § 59 Abs 2 slowHGB). Erwirbt die Gesellschaft das Eigentum an der Sacheinlage nicht, hat der Gesellschafter, nach Aufforderung durch die Geschäftsführer, einen der Sacheinlage entsprechenden Betrag an die Gesellschaft innerhalb von 90 Tagen zu leisten (siehe § 59 Abs 2 slowHGB). Liegt der Wert der Sacheinlage bei Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister unter dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Wert, ist der Gesellschafter verpflichtet, die Differenz durch Bareinlage zu leisten (siehe § 59 Abs 6 slowHGB).

Gesellschafter dem zustimmen und (iii) sich der Wert der Sacheinlage bis zur Einbringung nicht wesentlich geändert hat.²¹⁷

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, den bei der Eintragung nicht eingebrachten Teil seiner Bareinlage in der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Frist einzuzahlen; spätestens jedoch innerhalb von 5 Jahren ab Eintragung. Im Falle der Nichtzahlung drohen dem Gesellschafter Verzugszinsen iHv 20 % sowie der Ausschluss aus der Gesellschaft durch Kaduzierung.²¹⁸ Anders als in Österreich²¹⁹ entscheidet über den Ausschluss des säumigen Gesellschafters nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist die Generalversammlung. Dem slowakischen Rechtssystem ist die Haftung der Vormänner für den unberechtigten Teil der Einlage, wie im § 67 GmbHG vorgesehen, fremd.

Genauso wenig kennt das slowHGB die im § 70 GmbHG verankerte Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter. Der Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters geht auf die GmbH über. Die Generalversammlung kann die Übertragung solches Geschäftsanteiles auf einen anderen Gesellschafter oder einen außenstehenden Dritten beschließen. In dieser Hinsicht legt das slowHGB keine Beschränkungen fest. Findet die Übertragung nicht innerhalb von 6 Monaten nach dem Ausschluss statt, muss die Generalversammlung die Kapitalherabsetzung beschließen, sonst droht der Gesellschaft ihre Auflösung von Amts wegen.^{220 221}

Im Vergleich zu Österreich war in der Slowakei bis 2014 das umständliche – mE auch nicht gläubigerschutzwirkendes - Sperren des Betrages auf einem Bankkonto nicht erforderlich. Es hat lediglich die Bestätigung des Einlageverwalters (in der Regel einer der Eigentümer) genügt, dass das Geld vorhanden ist.²²²

²¹⁷ Siehe § 59b slowHGB sowie *Augustiníc/Tadláňková*, Eigenkapitalmaßnahmen bei einer GmbH in der Slowakei, eastlex 2010, 44 (44 und 45).

²¹⁸ § 113 slowHGB.

²¹⁹ Vgl § 66 Abs 2 GmbHG.

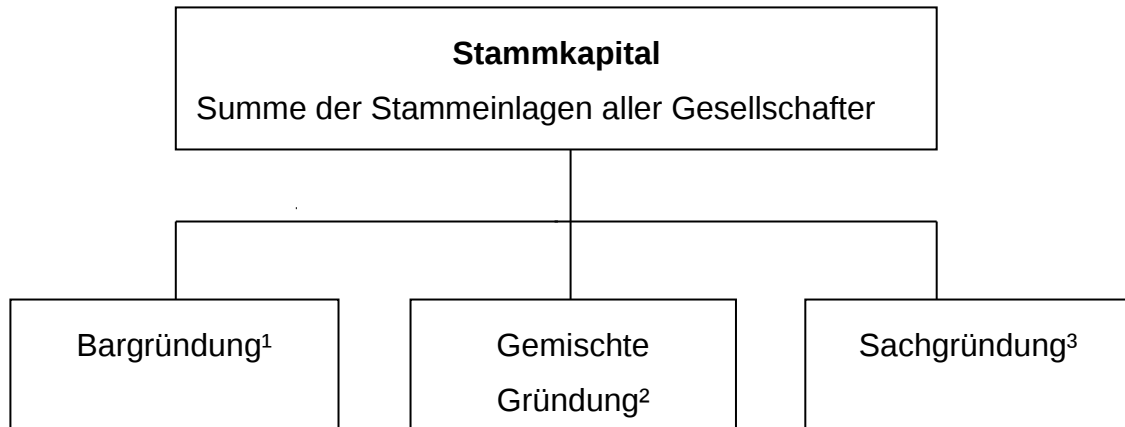
²²⁰ Siehe § 113 Abs 6 slowHGB.

²²¹ Im Falle der vertraglichen Übertragung des Geschäftsanteils haftet gemäß § 115 Abs 3 Satz 3 slowHGB der Veräußerer für die Einzahlung der rückständigen Leistungen auf die Einlage.

²²² Siehe ausführlich *Đurica* in *Patakyová, M. a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár § 60 S 183 ff; anders § 10 GmbHG.

Seit 2014 ist jedoch eine Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlage bzw deren Teils erforderlich, welche dem Handelsgericht bei der GmbH Gründung vorgelegt werden muss; hinsichtlich der Sacheinlagen ist eine Bestätigung des Einlageverwalters ausreichend. Diese Novelle wurde sehr oft kritisiert und es gibt schon Bestrebungen im Parlament, die alte Rechtslage wieder herzustellen.²²³

²²³ Siehe § 60 Abs 5 slowHGB iVm § 11 Abs 2 lit f der Verordnung des Justizministeriums Nr 25/2004 Z.z. idgF.



Österreich

Slowakei

Bargründung

¹ Mindestens EUR **35.000**

§ 6 (1) GmbHG

Stammkapital voll einbezahlt
oder Mindesteinzahlung iHv
EUR **17.500**

Auf jede bar zu leistende Einlage
muss mind ein Viertel, jedenfalls
aber EUR **70** eingezahlt sein
(sonst volle Einzahlung).

¹ Mindestens EUR **5.000**

§ 108 (1) slowHGB

Stammkapital voll einbezahlt
oder Mindesteinzahlung iHv
EUR **2.500**.

Auf jede bar zu leistende Einlage
muss mind 30 % eingezahlt sein.

Bei einer Einpersonen – GmbH
ist das gesamte Stammkapital,
zur Gänze zu leisten.

Gemischte Gründung

² Hälfteklausel: mind die Hälfte
des Stammkapitals muss durch
Bareinlagen aufgebracht werden.
(§ 6a (1) GmbHG)

Die Sacheinlage ist zu bewerten.

² Das slowHGB sieht keine dem
§ 6a (1) GmbHG ähnliche
Einschränkungen vor.

Sachgründung

³ § 6a Abs 1-3 GmbHG:

Die Gesellschaft wird zum ausschließlichen Zwecke der Fortführung eines seit mindestens fünf Jahren bestehenden Unternehmens errichtet und nur der bisherige Inhaber und allenfalls noch die Familienmitglieder Gesellschafter sind.

§ 6a Abs 4 GmbHG:

Die strengen aktienrechtlichen Kapitalaufbringungsvorschriften (Gründungsbericht und externe Gründungsprüfung) werden eingehalten.

³ Das gesamte Stammkapital darf in Sacheinlagen aufgebracht werden.

Die Sacheinlage muss vor der Eintragung ins Handelsregister in voller Höhe eingebracht werden.

Sachverständigengutachten für die Bestimmung des Werts der Sacheinlage erforderlich, außer:

- (i) es liegt bereits ein Sachverständigengutachten vor (nicht älter als 6 Monate), oder der Sacheinlagewert ergibt sich aus einem ordentlichen Jahresabschluss(bestätigt durch einen Wirtschaftsprüfer);
- (ii) Zustimmung der Gesellschafter;
- (iii) keine wesentliche Änderung des Wertes der Sacheinlage bis zur Einbringung.

Tab 1: Übersicht der Regelung hinsichtlich der Mindestkapitalaufbringung
(Österreich vs Slowakei)²²⁴

²²⁴ Die Vorschriften für die „gründungsprivilegierte“ GmbH sind in der Tabelle nicht enthalten.

D. Funktionen des Mindeststammkapitals

1. Einführung

Das Mindestkapitalsystem zusammen mit den Kapitalaufbringungsvorschriften²²⁵ wird in beiden Ländern mit dem Gesellschafterschutz und dem Schutz der Gesellschaft selbst, mit der Sicherstellung des Marktes sowie insbesondere mit dem Gläubigerschutz verbunden.²²⁶ Der OGH hat hinsichtlich der Sicherstellung der vollständigen Kapitalaufbringung ausgeführt, dass *„im Gesellschaftsrecht, insbesondere bei beschränktem Haftungszugriff, stets die Gläubigerinteressen zu wahren sind, (und...) die reale Aufbringung des Stammkapitals bestmöglich gesichert werden soll...“*²²⁷.

Mit der Einführung des Mindestkapitals hat sowohl der österreichische als auch der slowakische Gesetzgeber ein *„hinreichendes Interesse der Teilnehmer an der Gesellschaft wachzuhalten“* (Ernsthaftigkeitsschwelle) bezweckt. Die Gesellschafter sollten selbst einen spürbaren Anteil am Unternehmerrisiko tragen und dieses nicht vollständig – durch ausschließliche Fremdfinanzierung der Gesellschaft – auf die Gläubiger überwälzen.²²⁸ Zusätzlich sollte dadurch die Gründung ungenügend fundierter Gesellschaften vermieden (Seriositätsindiz) sowie die Anfangsverluste der GmbH abgefedert und somit eine frühere Insolvenz der Gesellschaft verhindert werden (Pufferfunktion).²²⁹

²²⁵ Dazu gehören beispielsweise die Sicherung der Kapitalaufbringung der Kapitalgesellschaft durch Bareinlagen, die Prüfung von Sacheinlagen und die Vermeidung der Umgehung der Sachgründungsvorschriften, die Haftung der Bank für unrichtige Bankbestätigungen anlässlich der Gründung oder Kapitalerhöhung, die Haftung des Gründungsprüfers für schuldhaft überbewertete Sacheinlagen und für Schäden aus der nicht ordnungsgemäßen Prüfung des Hergangs der Gründung etc.

²²⁶ Vgl. Bericht der *hochrangigen Gruppe von Experten* auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa (2002) 84 f., abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf (abgerufen am 17.09.2014).

²²⁷ OGH 23.04.1996, 1 Ob 2085/96s, ecolex 1996, 760 (761).

²²⁸ EB RV 236 Blg. HH XVII. Session, 57 (nachgedruckt bei Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 314).

²²⁹ Siehe Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 163 mwN; siehe auch Vráblová, Ochrana majetku kapitálových spoločností (Schutz des Vermögens der Kapitalgesellschaften) (2003) 61 f.

Insbesondere hat die gläubigerschützende Funktion des Mindestkapitals bei den Diskussionen hinsichtlich seiner Einführung eine große Rolle gespielt und ist auch heutzutage noch immer ein zentrales Argument für die Beibehaltung dieses Rechtsinstituts. Laut *Wiedemann* sind die Vorschriften zu Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung eine „Kulturleistung ersten Ranges“: „Das in vielen Einzelschriften ausgearbeitete Institut des Garantiekapitals stellt eine für das europäische Gesellschaftsrecht stilprägende Eigenart dar und ist zugleich eine Kulturleistung ersten Ranges, weil es die persönliche Entlastung der Anlagegesellschafter mit der Sicherung der Kreditwürdigkeit der Unternehmen in idealer Weise verbindet.“²³⁰

In den letzten Jahren hat jedoch die Rechtsprechung des EuGH die optimistische Betrachtung des Mindestkapitals in Frage gestellt und neue Rahmendaten hinsichtlich der Effizienz der gläubigerschützenden Funktion des Mindestkapitals gesetzt. Daher muss meines Erachtens die Legitimation des Mindestkapitals vor allem aus der Gläubigerschutzsicht neu überlegt und die Frage beantwortet werden, ob das Mindestkapital die oben erwähnten Funktionen noch immer, auch in heutiger Zeit, erfüllt. Dies ist der Gegenstand der Untersuchung folgender Kapitel.

2. „Eintrittspreis“ für das Absehen von persönlicher Haftung

Das Mindeststammkapitalerfordernis wird in der Literatur als „Ausgleich“ zum Haftungsprivileg, als Eintrittspreis für die „Wegnahme“ der persönlichen Haftung, gesehen, um die Seriosität des Unterfangens sicherzustellen bzw eine Art Warnfunktion auszuüben.²³¹ „Wer die Mindesteinzahlung nicht leisten kann, soll gar nicht in den Genuss der beschränkten Haftung kommen.“²³² Nach dieser Ansicht erlaubt nur eine angemessene Eigenkapitalausstattung, die durch Mindestkapitalvorschriften gewährleistet wird, die in der Haftungsbeschränkung liegende Externalisierung des Unternehmensrisikos.²³³

²³⁰ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980) 557 f.

²³¹ Siehe *Rüffler*, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept?, GeS 2005, 140 (145); *Hanes*, Spoločnosť s ručením obmedzeným 131.

²³² *Doralt*, Zum Entwurf einer Novelle des GmbH-Gesetzes, JBl 1977, 124.

²³³ *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in: *Damm/Heermann/Veil*, Festschrift für Thomas Raiser (2005) 3 (11) mwN.

Laut *Wiedemann* besteht ein funktioneller Zusammenhang zwischen Mindestkapitalisierung und institutioneller Haftungsbeschränkung, weil durch die persönliche Haftungsentlastung der Gesellschafter die Kreditwürdigkeit der Unternehmer gesichert ist.²³⁴

Auch in der deutschen Rechtsprechung können wir ähnliche Ansichten finden. Beispielsweise hat der deutsche Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass die Gesellschafter bei Wahl der Rechtsform der GmbH den im Gesetz vorgesehenen „Preis“ zu zahlen haben, und zwar *„in Form der Pflichten zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals und der Registerpublizität“* - als Kompensation für das Privileg der fehlenden persönlichen Haftung der Gesellschafter.²³⁵

Laut *Goette* entspricht die Pflicht zur Aufbringung und Erhaltung eines gesetzlich vorgesehenen Mindestkapitals *„unserem tradierten Verständnis“*. Entweder einigt man sich mit dem Gläubiger individuell oder aber, wenn diese Haftungsbeschränkung generell greifen soll, muss eine Gesellschaftsform gewählt werden, bei welcher im Vorhinein ein Eintrittspreis zu leisten ist, der zu ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung und zur Beachtung von einigen Mindestregeln bei der Abwicklung einer beendeten Gesellschaft zwingt.²³⁶

In der Literatur wird zusätzlich die „erzieherische Funktion“ des Mindestkapitals gesehen. Das Privileg der fehlenden persönlichen Haftung sollte nur demjenigen zugutekommen, der auch bereit ist, eine gewisse Mindesthaftung - als Kompensation für die Haftungsbeschränkung – zu übernehmen: *„das verantwortungsbewusste Wirtschaften werde gefördert, wenn dieses mit einem spürbaren eigenen Risiko verbunden sei.“*²³⁷ Den Unternehmern sollte bewusst sein, dass sie auch einen Teil des finanziellen Risikos zu tragen haben.

²³⁴ *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH 7 mwN.

²³⁵ BGH, Urteil vom 27.9.1999, II ZR 371/98, GmbHR 1999, 1134.

²³⁶ Siehe *Goette*, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ÖBA 2009, 18 (19).

²³⁷ Die Stellungnahme von *Raiser*, abgedruckt in BT-Drucks, 8/3908, S 68 und 69.

Dadurch sollen die Gläubiger geschützt werden, die sonst zu ihren Lasten unverantwortliche Spekulationen befürchten müssten.²³⁸

Kann man aber ernsthaft behaupten, dass das österreichische Mindestkapital in der gesetzlich vorgesehenen Höhe von EUR 35.000,- oder sogar das slowakische Mindestkapital in der gesetzlich vorgesehenen Höhe von EUR 5.000,- die Gläubiger vor Spekulationen seitens der Unternehmer schützt?²³⁹ Kann man die Ansicht wirklich vertreten, dass je höher der Mindestkapitalbetrag ist, desto größer ist auch der Anspruch auf die beschränkte Haftung?

3. Gesellschafts- und Gesellschafterschutz

Die Grundsätze des Kapitalgesellschaftsrechts liegen im Interesse der Gesellschafter. Bei der GmbH besteht vielmehr die Gefahr der "Verharmlosung kraft Rechtsform", die Möglichkeit der "beschränkten Haftung" ausgelöst wird und „*sich auf das gesamte rechtliche Umfeld einschließlich des Innenverhältnisses unter den Gesellschaftern zu erstrecken vermag*“.²⁴⁰ Die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften schützen daher die Gesellschafter vor Übervorteilung durch andere Gesellschafter. Durch die klare Trennlinie zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen soll verhindert werden, dass die Gesellschafter weniger als das vertraglich vereinbarte Risikokapital aufbringen oder einmal aufgebrachtes Kapital wieder an sich zurückgewähren.²⁴¹

Die Kapitalaufbringungsvorschriften beinhalten ebenfalls den Schutz der Gesellschaft gegen Haftungsrisiken aus ihrer Entstehung und dem späteren Geschäftsbetrieb.²⁴² Es sollte verhindert werden, dass die Gesellschaft schon im

²³⁸ Siehe dazu *Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz, *GesRZ* 2004, 360 (364) mwN.

²³⁹ Man darf auch nicht ganz außer Acht lassen, dass eine GmbH in Österreich schon durch Baraufbringung eines Mindestvermögens in Höhe von EUR 17.500,- und in der Slowakei in Höhe von EUR 2.500,- gegründet werden kann.

²⁴⁰ *Bruckbauer*, Die Reform des Rechts der Kapitalgesellschaften im kontinentaleuropäischen Raum, *GeS* 2009, 4 (13).

²⁴¹ Vgl. *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 35 ff; *Vráblová*, *Obchodné právo* 1/2003, 8.

²⁴² Vgl. auch *Vráblová*, *Obchodné právo* 1/2003, 8.

Zeitpunkt ihrer Entstehung mit Liquiditätsproblemen kämpfen muss und ihre unternehmerische Tätigkeit nicht aufnehmen kann. Das aufgebrachte Risikokapital dient als „Puffer“, durch welchen ua die Verluste in der Anfangsphase der Gesellschaft aufgefangen werden können, ohne dass die Gesellschaft gleich am Anfang Insolvenz anmelden müsste (Insolvenzprophylaxe).²⁴³ *„Ein hohes satzungsmäßiges Stamm- bzw Grundkapital verringert die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz der Gesellschaft.“*²⁴⁴

4. Seriositätsindiz

Die weitere Funktion der Kapitalaufbringungsvorschriften liegt in der Sicherstellung der Seriosität des Marktes. Dadurch sollen absolut unseriöse Gründungen in Österreich vermieden werden. *„Nur solche (Kapital) Gesellschaften sollen Rechtspersönlichkeit erlangen, deren Gründer zur Übernahme des mit der Höhe der zu erbringenden Einlagen begrenzten Risikos auch tatsächlich bereit sind.“*²⁴⁵ Durch ein gesetzlich vorgesehenes Mindestkapital soll *„die ärgste Spreu abgesondert werden“*²⁴⁶ und „die Schwindelfirmen“ sollen dadurch vermieden werden. Die Mindestbareinzahlung soll die Rechtsform der GmbH zu einer soliden Gesellschaftsform machen.²⁴⁷ Das Privileg des Wirtschaftens mit beschränkter Haftung soll nur solchen zugutekommen, die selbst ein Vertrauen in die Rentabilität des eigenen Projekts haben und daher nicht vor einem eigenen Risikobeitrag zurückschrecken. Diejenigen, die von vornherein die Absicht haben, die beschränkte Haftung zu missbrauchen, um auf alleiniges Risiko der Gläubiger zu agieren, sollen „ausgefiltert“ werden.²⁴⁸

²⁴³ Vgl. Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 36; siehe auch Wilhelmi, Das Mindestkapital als Mindestschutz – eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited, GmbHR 1/2006, 13 (13) mwN.

²⁴⁴ Engert, Die Wirksamkeit des Gläubigerschutzes durch Nennkapital. Überprüfung anhand von Daten der Creditreform Rating AG und weiteren Rechtstatsachen, GmbHR 7/2007, 337 (338).

²⁴⁵ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 36 mwN; siehe auch Vgl auch Vráblová, Obchodné právo 1/2003, 9.

²⁴⁶ Doralt, JBI 1977, 125.

²⁴⁷ Vgl. Doralt, Die GmbH-Novelle 1980, ÖStZ 1981, 75.

²⁴⁸ Siehe Kleindiek, Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335 (343).

Auch *Rüffler* sieht die wichtigste Funktion der Kapitalaufbringung in der Gewährung der Seriosität der Gründung. *Rüffler* ist der Ansicht, dass das Risiko des Verlustes eines wenn auch für manche geringen, für den Durchschnittsbürger jedoch nicht zu vernachlässigenden Kapitals von EUR 35.000,- zur genaueren Überprüfung der Erfolgsaussichten einer potenziellen unternehmerischen Tätigkeit anhalten wird.²⁴⁹

5. Gläubigerschutz

In der Literatur wird insbesondere auf die Funktion des Mindestkapitals und der Kapitalaufbringung als Instrument des Gläubigerschutzes hingewiesen. Aus der Sicht des Rechtsverkehrsschutzes wird die Leistungs- und Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft als Risikoquelle für die Geschäftspartner und andere Personen gesehen.²⁵⁰ Da die Gläubiger nur auf das Gesellschaftsvermögen und nicht auch auf das Gesellschaftervermögen greifen können, soll das, durch die Gesellschafter aufzubringende Kapital in seiner gesetzlich vorgeschriebenen Mindesthöhe, den Gläubigern als Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter dienen. Das sogenannte Mindesthaftkapital soll mit nachhaltigen Werten ausgestattet werden und auch nach der Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch den Gläubigern zur Verfügung stehen. Zusätzlich sollen die Gläubiger darauf vertrauen können, dass das eingetragene Kapital keine fiktive Größe ist, sondern dem Betrag entspricht, der der Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Anmeldung tatsächlich zugeflossen ist und zur freien Verfügung der Geschäftsführer gestanden ist. Dadurch sollen sowohl vorhandene als auch potentielle Gläubiger geschützt werden.²⁵¹

²⁴⁹ Siehe *Rüffler*, GeS 2005, 146.

²⁵⁰ Vgl. *Bruckbauer*, GeS 2009, 13; *Vráblová*, Obchodné právo 1/2003, 9.

²⁵¹ Siehe näher *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 37 ff.

E. Rechtfertigung und Kritik des Mindeststammkapitals

1. Einführung

Vor einigen Jahren wäre eine Argumentation wie, *„für das Privileg der fehlenden persönlichen Gesellschafterhaftung ist bei Wahl der Rechtsform der GmbH der im Gesetz vorgesehene Preis in ‚Form‘ der Pflichten zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals ... zu zahlen“*²⁵²; *„das GmbH-Recht ist von dem ... maßgebenden Grundsatz beherrscht, dass im Interesse des redlichen Rechtsverkehrs die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals als die Haftungs- und Kreditgrundlage der Gesellschaft unbedingt gesichert sein muss“*²⁵³; *„der mit den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkte Gläubigerschutz stellt zusammen mit der Konkursantragspflicht, die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der GmbH-Gesellschafter dar“*²⁵⁴, nicht in Frage gestellt worden. Dies ist jedoch heutzutage anders. Insbesondere die tragende Säule des Kapitalschutzkonzepts, das Mindestkapital, wird heutzutage von vielen sehr kritisiert und von manchen werden die Regeln über das Mindeststammkapital sogar als *„das schwächste Glied in der Normenkette des kapitalorientierten Gläubigerschutzes“*²⁵⁵ gesehen.

Als wichtigste Kritikpunkte²⁵⁶ hinsichtlich der Sinnhaftigkeit der Mindestkapitalvorschriften werden in der Literatur insbesondere die Gewährleistung eines temporären, auf den Gründungszeitpunkt beschränkten Schutzes, die Starrheit der Mindestkapitalziffer, die sich nicht am individuellen Eigenkapitalbedarf des Unternehmens orientiert, sowie kein ausreichender

²⁵² BGHZ 142, 315, 322, abgedruckt in *Kleindiek*, ZGR 2006, 335.

²⁵³ BGHZ 68, 191, 195, abgedruckt in *Kleindiek*, ZGR 2006, 335.

²⁵⁴ BGHZ 126, 181, 197, abgedruckt in *Kleindiek*, ZGR 2006, 336.

²⁵⁵ *Kleindiek*, ZGR 2006, 337.

²⁵⁶ Siehe dazu für viele aus jüngerer Zeit *Oelkers*, GesRZ 2004, 360 ff, *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 332 ff, *Winkler*, Die Reform des österreichischen GmbH-Rechts im europäischen Trend: langsam, aber doch, GeS 2011, 164 (164 ff), *Krejci*, Was bringt 2011 dem Gesellschaftsrecht?, GeS 2011, 1 (1 ff), *Bruckbauer*, GeS 2009, 11 ff, sowie *Kleindiek*, ZGR 2006, 338 mwN, wo empfohlen wird, auf die *„nicht ernst zu nehmende“* manchmal aber doch als *„ärgerliche Stolperfalle“* erscheinende Hürde des Mindestkapitals ganz zu verzichten; *Vráblová*, Obchodné právo 1/2003, 9; *Vráblová*, Ochrana majetku kapitálových spoločností 63; antikritisch *Rüffler*, GeS 2005, 145 ff.

Schutz der Gläubiger vorgebracht.²⁵⁷ Sind diese Kritikpunkte auch gerechtfertigt?

2. Erzieherische Funktion des Mindestkapitals?

Dem Mindestkapital wird eine „erzieherische Funktion“ zugestanden. Meiner Meinung nach lässt sich die „erzieherische Funktion“ des Mindeststammkapitalerfordernisses jedoch kaum messen. Wie die Praxis zeigt, gibt es weder einen Zusammenhang zwischen der Höhe des Stammkapitals zum Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung und der späteren Insolvenzanfälligkeit der Gesellschaft noch einen Zusammenhang zwischen der Haftungsbeschränkung und dem Mindestkapital.

Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass innerhalb der EU die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit unterschiedlichen Mindestkapitalbeträgen gegründet werden können, wie zB kommt eine GmbH in Belgien mit einem Mindestkapital iHv EUR 18.550,-, in der Slowakei mit einem Mindestkapital iHv EUR 5.000,- und in England sogar ohne Mindestkapital aus. Die Insolvenzstatistik zeigt ebenfalls, dass im Jahr 2011 in Österreich über 1.981 GmbHs und in der Slowakei über ca 990 GmbHs ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde (inklusive der mangels Vermögen abgewiesene Insolvenzanträge), obwohl in Österreich im Vergleich zur Slowakei ein höheres Mindestkapital und zwar iHv EUR 35.000,- eingebracht werden muss.²⁵⁸

Das Mindestkapitalerfordernis ist meiner Meinung nach vielmehr eine reine rechtspolitische Entscheidung. Es hängt von der jeweiligen Rechtsordnung ab,

²⁵⁷ Siehe dazu für viele *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 38; *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 163 ff mwN, *Roth*, Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar?, in FS Doralt 2004, 479 (482, 483).

²⁵⁸ Siehe zur Insolvenzstatistik in Österreich, *Creditreform*, Firmeninsolvenzstatistik 2011, abrufbar unter http://www.creditreform.at/home/downloads/Insolvenzstatistik_Creditreform/Insolvenzstatistik_2011.pdf (abgerufen am 29.06.2012) und zur Insolvenzstatistik in der Slowakei *Justizministerium der Slowakischen Republik*, Insolvenzstatistik, abrufbar unter <http://www.justice.gov.sk/Stranky/Informacie/Statistika-konkurznych-konani.aspx> (abgerufen am 17.09.2014) und unter www.eulerhermes.com (abgerufen am 17.09.2014); mangels einer detaillierten Statistik ist es in der Slowakei nicht möglich eine genaue Zahl hinsichtlich der Insolvenzverfahrenseröffnungen im Falle der GmbHs anzugeben.

ob ein Gesellschafter beschränkt oder unbeschränkt haftet und in welcher Höhe. Es hängt vom Land ab, mit welchen Mitteln es die Gesellschaftsformen für potenzielle Investoren attraktiv macht. Als Beispiel können elf EU Länder mit unterschiedlichen Mindestkapitalbeträgen herangezogen werden.

Land	Mindeststammkapital
Österreich (GmbH) ²⁵⁹	EUR 35.000,-
Deutschland (GmbH) ²⁶⁰	EUR 25.000,-
Belgien (SPRL/BVBA) ²⁶¹	EUR 18.550,-
Italien (S.r.l.) ²⁶²	EUR 10.000,-
Tschechische Republik (s.r.o.) ²⁶³	1,- Kč (ca EUR 0,04)
Slowakei (s.r.o.) ²⁶⁴	EUR 5.000,-
Spanien (S.L.) ²⁶⁵	EUR 3.006,-
Ungarn (Kft.) ²⁶⁶	HUF 3 Mio. (ca EUR 12.000,-)
Frankreich (S.à r.l.) ²⁶⁷	EUR 1,-

²⁵⁹ Siehe § 6 Abs 1 GmbHG.

²⁶⁰ Siehe § 5 Abs 1 dGmbHG; siehe auch § 5a Abs 1 dGmbHG, gemäß welchem eine Gesellschaft mit einem niedrigeren als im § 5 Abs 1 dGmbHG vorgesehenen Betrag als Alternative zur deutschen GmbH gegründet werden kann (gemäß § 5 Abs 2 dGmbHG muss der Nennbetrag auf volle Euro lauten, dh mindesten EUR 1,- betragen). In diesem Fall muss die Gesellschaft jedoch in der Firma die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

²⁶¹ Siehe unter http://business.belgium.be/de/ihr_unternehmen_verwalten/gruendung/kapital/ (abgerufen am 17.09.2014).

²⁶² Siehe Art. 2463 Codice Civile (CC) idgF. Der italienische Gesetzgeber hat mit Gesetz Nr 99/2013 das GmbH Recht geändert. Nunmehr ist es möglich auch eine 1 – Euro – GmbH zu gründen. Man unterscheidet zwischen zwei Formen: die ordentliche GmbH (*società a responsabilità limitata, S.r.l.*) und die vereinfachte GmbH (*società a responsabilità limitata semplificata, S.r.l.s.*). Nach der Novelle ist auch für die Gründung einer ordentlichen GmbH nur noch ein Mindestkapital von EUR 1,- Euro erforderlich. Liegt das Stammkapital jedoch unter EUR 10.000,- so gelten bestimmte Besonderheiten.

²⁶³ Siehe § 142 des tschechischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften Nr 90/2012.

²⁶⁴ Siehe § 108 Abs 1 slowHGB.

²⁶⁵ Siehe unter <http://www.spanieninfo.biz/de/spanische-firma/spanien-sl-haeufig-gestellte-fragen.html> (abgerufen am 17.09.2014) sowie Gesetz Nr 19/1989.

²⁶⁶ Siehe unter http://www.slc-europe.com/xist4c/web/gmbh-kft-gruendung-ungarn-firmengruendung_id_14123_.htm (abgerufen am 17.09.2014).

²⁶⁷ Siehe Art L 223-1 ff Code de Commerce idgF sowie Ratka, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht, GeS 2004, 20 (22, 23); die Abschaffung wurde damit begründet, dass ein gesetzliches Mindeststammkapital Gesellschaftsgründung unnötig erschwere und Gläubiger in der Realität nicht effektiv schütze.

Bulgarien (OOD) ²⁶⁸	Lv 2,- (ca EUR 1,-)
Vereinigtes Königreich (Ltd.) ²⁶⁹	Kein Mindeststammkapital vorgesehen

Tab 2: Übersicht der Mindestkapitalbeträge in ausgewählten EU Ländern

3. Anlegerschützende Funktion des Mindestkapitals?

Die Pflicht zur Aufbringung des Mindestkapitals verbindet die Gesellschafter zu einer „Risikogemeinschaft“, die zum Ziel hat, dass sich der einzelne Gesellschafter weder durch offene noch verdeckte Einlagenrückgewähr zum Nachteil des anderen bereichern wird. Wird dieses Ziel aber tatsächlich durch die gesetzliche Festlegung einer Mindestkapitalziffer erreicht?

Ohne Zweifel wird durch die Vorschriften der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung einen Gleichbehandlungsschutz gewährleistet, der aber meiner Meinung nach nicht unbedingt an das gesetzlich vorgesehene Mindestkapitalerfordernis knüpft. Vielmehr kann der Gleichbehandlungsschutz auch bei privatautonom festsetzbaren Stammkapital gewährleistet werden. Daher hat meinem Erachten nach die gesetzliche Mindestkapitalziffer nicht wirklich eine anlageschützende Funktion.²⁷⁰

4. Insolvenzprophylaxe oder Seriositätsschwelle?

Wie oben erwähnt, sollte durch die Kapitalaufbringungsvorschriften gewährleistet werden, dass die Gesellschaft zumindest im Zeitpunkt ihrer Entstehung über ein bestimmtes Mindestkapital verfügt, um eine unternehmerische Tätigkeit aufnehmen zu können und nicht gleich in ihrer Anfangsphase Liquiditätsprobleme hat. Laut *Rüffler* ist eine von den wichtigsten

²⁶⁸ Siehe Art 117 Abs 1 bgHG.

²⁶⁹ Mit dem Joint Stock Companies Act 1856 abgeschafft; siehe auch *Bruckbauer*, GeS 2009, 12, 15.

²⁷⁰ Siehe auch dazu *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH 14.

Funktionen der Kapitalaufbringung, einen gewissen Puffer für Anfangsverluste sicherzustellen.²⁷¹ Diese Ansicht muss meines Erachtens hinterfragt werden.

Die Pflicht, das Eigenkapital der Gesellschaft auch in dieser Höhe zu erhalten, ergibt sich nämlich aus diesen Vorschriften nicht. Es gibt keine Regeln, die vor den schlechten Geschäften einer GmbH bewahren. Die Einlagen der Gesellschafter stellen am Anfang echtes der Gesellschaft zur Verfügung stehendes Betriebskapital, auch „*working capital*“ genannt, dar. Das Geld kann dementsprechend nach ein paar Tagen, beispielsweise umgesetzt in Anschaffungen weg sein. Es ist sogar möglich und zulässig, dass das im Gesellschaftsvertrag festgelegte Stammkapital bereits bei Anmeldung durch bei der Gründung angefallene Kosten, Abgaben und Gebühren auch unter das gesetzliche Mindestkapital gesunken ist. Daher kann das Vermögen der Gesellschaft schon im Zeitpunkt ihrer Anmeldung geringer sein als ihr im Firmenbuch eingetragenes Stammkapital.²⁷² Wie kann das Mindeststammkapital einen Haftungsfond, ein Garantiekapital für die Gläubiger in der Insolvenz der Gesellschaft bilden, wenn es ganz legal im Betrieb verbraucht werden darf?²⁷³

Viele sehen im Mindestkapital nur eine sog Seriositätsschwelle, mit der Funktion, die Gläubiger vor „unsoliden Gesellschaften“ zu schützen. Laut *Zollner* stellt das gesetzliche Mindestkapital eine Hemm- bzw Eintrittsschwelle gegenüber absolut unseriösen Gründungen dar. Durch die Pflicht den Betrag iHv EUR 35.000,- in Österreich aufzubringen, werden zumindest finanziell absolut substanzlose Gesellschaftsgründungen verhindert. Dadurch wird Gesellschaften mit einem potenziell hohen Illiquiditätsrisiko der Markteintritt verwehrt.²⁷⁴ Nimmt man jedoch diese Ansicht kritisch unter die Lupe, muss man sich die Frage stellen, ob die „Seriosität“ des Marktes tatsächlich,

²⁷¹ Siehe *Rüffler*, GeS 2005, 145.

²⁷² Vgl *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 39 mwN; *Vráblová*, Obchodné právo 1/2003, 9 mwN.

²⁷³ Siehe *Oelkers*, GesRZ 2004, 364 mwN. Vgl unter vielen auch *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 39, der das Mindeststammkapital als „Haftungsfond“ für irreführend hält sowie *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH 10, der einen Gläubigerschutz durch Mindestkapital für illusorisch hält.

²⁷⁴ *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 38.

insbesondere auch in der Slowakei wegen dem niedrigen Mindeststammkapital sichergestellt ist.

Blaurock erachtet das Mindestkapital als Indiz für die wirtschaftliche Solidität einer Gesellschaft für nicht ausreichend. Vielmehr sieht er das Mindestkapital als ordnungspolitisches Seriositätsindiz, mit dem die Flut von überstürzten und damit unsoliden GmbH-Gründungen vermieden werden soll, wobei dies bereits auch durch die Warn- und Beratungsfunktion der notariellen Beurkundungspflicht erreicht werden kann. Daher ist eine zusätzliche Seriositätsschwelle in Form des Mindestkapitals nicht erforderlich.²⁷⁵

Meiner Meinung nach muss die Funktion des Mindestkapitals als Seriositätsschwelle ein bisschen präzisiert werden: das Mindestkapital wird nicht unseriöse Gründer vor der unternehmerischen Tätigkeit abschrecken. Man wird wohl aber sagen können, dass das Mindestkapital zusammen mit der Warn- und Beratungsfunktion der notariellen Beurkundungspflicht unvorsichtige Gründer zum Nachdenken veranlasst.²⁷⁶

5. Starrheit der Mindestkapitalziffer?

Wie bereits oben dargestellt, wird in der Literatur das Mindestkapitalerfordernis als Eintrittspreis für die „Wegnahme“ der persönlichen Haftung gesehen. Nur eine „angemessene“ Eigenkapitalausstattung sollte das Haftungsprivileg rechtfertigen. Wann ist aber die Eigenkapitalausstattung „angemessen“? Und nach welchen Kriterien?

Weder das österreichische noch das slowakische Kapitalaufbringungsrecht kennt eine Orientierung der Höhe des Mindestkapitals am individuellen Eigenkapitalbedarf des Unternehmens. Es gibt auch mE keine „richtige“ Eigenkapitalquote. Wie bereits oben erwähnt, ist es in der Praxis meiner Meinung nach nicht möglich eine „angemessene“ Eigenkapitalquote je nach

²⁷⁵ Siehe im Detail *Blaurock*, Mindesthaftung und Haftung bei der GmbH 13 mwN.

²⁷⁶ In diesem Sinne auch *Teichmann*, NJW 34/2006, 2446.

Unternehmenstätigkeit festzulegen.²⁷⁷ Die Betriebswirtschaft müsste zuerst die Kriterien entwickeln, die Kapitalbedarf und Ausfallsrisiko verlässlich angeben; zusätzlich müsste jedoch sichergestellt werden, dass die Gründer keine falschen Angaben über die beabsichtigte unternehmerische Tätigkeit machen.²⁷⁸ Zusätzlich herrscht in Österreich die Meinung, dass die unbegrenzte Verpflichtung zur Aufrechterhaltung einer bestimmten Eigenkapitalquote auf eine Verlustdeckungspflicht und im Endeffekt auf die Abschaffung der Haftungsbeschränkung hinausliefe.²⁷⁹

Die Kapitalaufbringungsvorschriften verhindern daher nicht die Gründung von Gesellschaften, die zwar den Mindestkapitalbetrag aufbringen, der aber in keiner Relation zu Art und Umfang der Geschäftstätigkeit steht.

6. Gläubigerschutz?

Wie ich schon erwähnt habe, haften den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht die einzelnen Gesellschafter persönlich sondern die Gesellschaft selbst mit ihrem ganzen Gesellschaftsvermögen. Das Fernbleiben einer persönlichen Haftung wie es bei Personengesellschaften zu sehen ist bringt für die Gläubiger ein bestimmtes Risiko mit sich.

Das Mindestkapital zusammen mit den Kapitalaufbringungsvorschriften wird in der Literatur als ein Instrument des Gläubigerschutzes gesehen. Beispielsweise war *Priester* in der Diskussion zum MoMiG in Deutschland gegen eine „1 Euro GmbH“. Er hat argumentiert, dass eine GmbH mit so einem kleinen Mindeststammkapital keinen ausreichenden Schutz für die Gläubiger gewährt:

²⁷⁷ Siehe oben 2. Kapitel dieses Teiles, II.D.2. – „Eintrittspreis“ für das Absehen von persönlicher Haftung.

²⁷⁸ Skeptisch *Schön*, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, Der Konzern 3/2004, 165.

²⁷⁹ *Oelkers*, GesRZ 2004, 366; siehe dort insbesondere der belgische Finanzplan als Alternative zur Sicherung einer ausreichenden Anfangskapitalisierung, gemäß welchem die Gründer der Gesellschaft verpflichtet sind, einen Finanzplan zu erstellen, in welchem die Kapitalausstattung der Gesellschaft darzulegen und ihre Angemessenheit zu rechtfertigen ist. Die Gründer müssen zusätzlich beschreiben, welche unternehmerische Tätigkeit sie in den ersten zwei Jahren beabsichtigen und wie diese zu finanzieren ist. Der belgische Finanzplan ist nicht der Öffentlichkeit zugänglich und bleibt beim Notar. Im Falle der Insolvenz entscheiden die Gerichte aufgrund des Finanzplanes, ob ein Fall der materiellen Unterkapitalisierung vorliegt, sprich ob die Gesellschaft vom Anfang an mit unzureichendem Kapital ausgestattet war und daher die Gründer gesamtschuldnerisch zu haften haben.

jemand, der eine deutsche GmbH mit EUR 1,- als Stammkapital mit dem Argument verlange, EUR 25.000,- bewirkten auch keinen Gläubigerschutz, erinnere seiner Meinung nach an jemanden, „*der einem bei Eis und Schnee in der Badehose frierend herumlaufenden Manne rät, er solle diese doch auch noch ausziehen, sie wärme ohnehin nicht*“.²⁸⁰ Laut Priester stellt das Mindeststammkapital einerseits die Seriositätsschwelle, andererseits bewahrt das Mindeststammkapital auch in der relativ geringen Höhe von EUR 25.000,- noch seine Funktion als „Risikopuffer“, wonach Verluste zu Lasten des Eigenkapitals gehen und daher nicht auf die Gläubiger durchschlagen.²⁸¹ Das Mindestkapital soll daher als „Mindesthaftkapital“ sowohl vorhandene als auch potenzielle Gläubiger schützen.²⁸² Ob die Aufbringung des Mindestkapitals jedoch tatsächlich diese Funktion erfüllt ist meiner Meinung nach fraglich.²⁸³

Ein wesentliches Argument seitens Kritiker ist es, dass das Mindestkapital tatsächlich keinen ausreichenden Schutz für die Gläubiger gewährt. Wie oben bereits gezeigt wurde, bietet das Mindestkapital keinen Schutz gegen Auszehrung des Haftungsfonds durch Verluste.²⁸⁴ Genauso wenig schützt das Mindestkapital den Rechtsverkehr vor potentielltem Insolvenzrisiko des Unternehmens, da die Mindestkapitalregelung eine Orientierung am individuellen Eigenkapitalbedarf des jeweiligen Unternehmens vermisst. Vielmehr kann sogar ein gesetzliches Mindestkapital die Gläubiger in die Irre führen: „*Der verbreitete Irrglaube, Gläubigern stehe ein Haft- oder Garantiekapital in der im Handelsregister vermerkten Höhe zur Verfügung, kann diese verleiten, auf eine eigenverantwortliche Risikoabsicherung zu verzichten*.“²⁸⁵

Laut Kalls und Schauer ist die Kontrolle der Kapitalaufbringung für die Gläubiger nur eine Information über das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft in ihrem Gründungsstadium. Nachher müssen sich die Gläubiger auf die

²⁸⁰ Priester, „GmbH light“ – ein Holzweg!, ZIP 2005, 921 (921).

²⁸¹ Priester, ZIP 2005, 922.

²⁸² Siehe oben 2. Kapitel dieses Teiles, II.D.5. – Gläubigerschutz.

²⁸³ Sog Insolvenzprophylaxe, siehe oben 2. Kapitel dieses Teiles, II.E.4. – Insolvenzprophylaxe oder Seriositätsschwelle?

²⁸⁴ Siehe zB Vráblová, Obchodné právo 1/2003, 9 mwN.

²⁸⁵ Blaurock, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH 16 mwN, wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Eigenkapitalquote in USA trotz fehlender Mindestkapitalvorschriften wesentlich höher als in Deutschland ist.

Rechnungslegung verlassen, deren Richtigkeit bei weitem geringeren Garantien unterliegt.²⁸⁶

Der Abkehr vom Gedanken eines gläubigerschützenden Mindestkapitals können wir auch auf der europäischen Ebene beobachten. Nach Ansicht von *La Pergola* in der *Centros* Rechtsache ist das Mindestkapital für den Gläubigerschutz nicht notwendig: „*Da das vorgeschriebene Mindestkapital rasch aufgebraucht sein kann, ist es in der Praxis für die Gläubiger der Gesellschaft besser, sich auf die verfügbaren neusten Informationen zu stützen, die den Gesellschaftskonten entnommen werden können, oder die Stellung von Sicherheiten durch die Geschäftsführung zu verlangen.*“²⁸⁷ Die dänische Zentralverwaltung hingegen bemerkte, dass die Zweigniederlassung in Dänemark nur aus einem Grund angemeldet wurde, nämlich um die nationalen Mindesteinlagenerfordernisse umzugehen. Daher ist es notwendig, die Eintragung der Zweigniederlassung zu verweigern, um die privaten sowie die öffentlichen Gläubiger und die Vertragspartner zu schützen und den betrügerischen Bankrott zu bekämpfen.²⁸⁸ Nach Ansicht der dänischen Zentralverwaltung gibt es kein milderes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen. Auch die Durchgriffshaftung der Gesellschafter wäre nicht milder als die Pflicht der Gesellschafter zur Einzahlung eines bestimmten gesetzlich vorgesehenen Mindestkapitals.²⁸⁹ Der EuGH ist jedoch der Ansicht des Generalanwalts gefolgt und festgestellt, dass mildere Maßnahmen getroffen werden können, die die Grundfreiheiten weniger beeinträchtigen. Beispielsweise könnten die öffentlichen Gläubiger vom Gesetzgeber die Möglichkeit der Einräumung der erforderlichen Sicherheiten bekommen.²⁹⁰

Das Mindestkapital war auch in *Inspire Art* ein Streitthema. Nach den am 30.1.2003 vorgelegten Schlussanträgen des Generalanwaltes Alber „*das Mindestkapital gewährleiste keinen Gläubigerschutz*“²⁹¹, welcher die

²⁸⁶ Gutachten Kalls/Schauer in Bruckbauer, GeS 2009, 12.

²⁸⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *La Pergola*, 16.7.1998, Rs C-212/97 („*Centros*“), Slg. 1999, I-1459, Rz 21.

²⁸⁸ EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97 („*Centros*“), Slg. 1999, I -1459, Rn 12.

²⁸⁹ EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97 („*Centros*“), Slg. 1999, I -1459, Rn 33.

²⁹⁰ EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97 („*Centros*“), Slg. 1999, I -1459, Rn 37.

²⁹¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Alber*, 30.1.2003, Rs C-167/01 („*Inspire Art*“), Slg. 2003, I-10155, Rz 57.

Rechtfertigungsgründe, mit denen ein Mitgliedstaat zuziehenden ausländischen Gesellschaften sein Gesellschaftsrecht partiell "aufzwingen" könnte, abgelehnt hat und die Ansicht vertreten hat, die Sonderanknüpfungen des tatsächlichen Sitzstaates hinsichtlich Firma, Publizität, Mindestkapital und Haftung mit der Niederlassungsfreiheit sei unvereinbar²⁹², stellte der EuGH die Unvereinbarkeit der Regeln über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer mit der Niederlassungsfreiheit fest. Nach der Auffassung des EuGH gewährleiste das Mindestkapital keinen Gläubigerschutz. Für die Gläubiger muss ausreichend sein, wenn sie wissen, dass eine Gesellschaft anderen Rechtsvorschriften unterliegt. Was den Missbrauch betrifft, hat der EuGH auch in dieser Entscheidung keinen Missbrauch der Rechtsform gesehen, wenn eine Gesellschaft in einem anderen EU-Staat gegründet wird, um die strengeren Regeln des Tätigkeitsstaats zu vermeiden; vielmehr muss man in der Auswahl des liberalsten Gesellschaftsrechts eine primärrechtlich garantierte Freiheit sehen.²⁹³

Kritiker weisen darauf hin, dass ein festes Mindestkapital nicht erforderlich ist, weil sich die Gläubiger durch andere Instrumente selbst besser schützen können. Die Vertragsgläubiger wären insbesondere durch die Besicherung von Krediten, Vereinbarungen von Risikoauflagen, Kontrollrechten oder Zugum-Zug-Leistungen selbst in der Lage, sich wirkungsvoll zu schützen.²⁹⁴ Für Deliktsgläubiger kämen dann Versicherungslösungen oder Durchgriffshaftung in Frage.²⁹⁵

Das System der privatautonomen Risikoverteilung ist meiner Meinung nach sicher ein funktionierendes gläubigerschutzwirkendes Instrument. Man darf jedoch eines nicht vergessen: die Kleingläubiger sind allerdings oft nicht in der Position, die Vertragsbedingungen individuell auszuhandeln. Vielmehr müssen

²⁹² Dazu näher *Straube/Ratka*, GeS 2003, 148 ff.

²⁹³ Siehe näher *Greindl*, Nochmals: Kapitalgesellschaften ohne Mindestkapital!, EuGH entscheidet gegen Einhaltung von Mindestkapitalvorschriften, EuGH-Urteil in der Rechtssache Inspire Art, SWK 2003, W 161.

²⁹⁴ *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 164 mwN; kritisch *Rüffler* GeS 2005, 147 f, der die Beibehaltung des österreichischen Kapitalschutzsystems bevorzugt und argumentiert, dass die Kritik die Praxis der Unternehmensfinanzierung verkennt, die Möglichkeiten des Gläubigerselbstschutzes überschätzt, die Kosten des alternativen Systems unterschätzt und reale Gläubigergefährdungen und die effiziente Reaktion insbesondere der Kapitalerhaltungsregeln auf diese Gefährdung missachtet.

²⁹⁵ Siehe *Rüffler* GeS 2005, 150 mwN.

sie schon bestehende Verträge akzeptieren, wenn sie ein Business machen wollen. *Rüffler* bringt ein paar Beispiele, in welchen dieses System nicht so funktioniert, wie man es sich am besten vorstellt, wie zB im Falle der Kreditfinanzierungen. Laut *Rüffler* spielen in der Praxis der Kreditfinanzierung Sicherheiten eine wichtige Rolle, und nicht die Vereinbarungen hinsichtlich der Ausschüttungsbegrenzungen, sog *financial covenants*. Die anderen Gläubiger werden wegen der Vorrangigkeit der Bankgläubiger sogar noch benachteiligt. Auch die *financial covenants* bieten in der Krise wenig Schutz, weil im Falle ihrer Verletzungen die Kredite fällig gestellt, und nicht die zu Unrecht ausbezahlten Mittel an die Gesellschaft zurückgeführt werden. Zusätzlich haben die nicht marktmächtigen Gläubiger bei den Vertragsverhandlungen eine schwächere Position und sind in den meisten Fällen auf Verträge angewiesen, ohne effiziente Sicherheiten verlangen bzw Risikoaufschläge durchsetzen zu können.²⁹⁶

F. Exkurs: Die Lehre der verdeckten Sacheinlagen

Als weiteres Institut des Gläubigerschutzes im System der Kapitalaufbringung kann die Lehre der verdeckten Sacheinlage gesehen werden, die in der Literatur und Judikatur jedoch als nicht abschließend geklärt gilt und noch viele Themen in diesem Bereich umstritten und offen sind. Unter dem Begriff einer verdeckten Sacheinlage werden *„Bareinlagen verstanden, die mit einem Rechtsgeschäft zwischen der Kapitalgesellschaft und dem einlegenden Gesellschafter in zeitlicher und sachlicher Hinsicht derart gekoppelt sind, dass wirtschaftlich der Erfolg einer Sacheinlage erreicht wird“*²⁹⁷. Durch eine verdeckte Sacheinlage werden die ansonsten bei einer offenen Sacheinlage anwendbaren Sachgründungs- und Sacheinlagevorschriften, wie

²⁹⁶ Siehe im Detail *Rüffler* GeS 2005, 150; kritisch *Oelkers*, der die Ansicht vertritt, dass auf das Mindeststammkapital verzichtet werden sollte, bzw sollte ein alternatives Modell geschaffen werden, gemäß welchem den Gründern zu überlassen ist, ob eine Gesellschaft mit Kapitalausstattung antritt (ein sogenanntes kollektives Vertragsangebot). Entscheiden sich die Gründer eine GmbH ohne Mindeststammkapital zu gründen, müssen sie dies auch offenzulegen. In so einer Konstellation sollten dann andere Sicherungsmaßnahmen getroffen werden, die geeigneter sind den Gläubigern einen besseren Schutz zu gewähren, wie zB Pflichtversicherungen, Financial Covenants, Solvenzerklärungen mit einer persönlichen Haftung sowie das Erstellen eines Finanzplanes. Siehe im Detail *Oelkers*, GesRZ 2004, 368.

²⁹⁷ OGH 30.08.2000, 6 Ob 132/00f EvBl 2001/41.

entsprechende Publizität durch Verankerung im Gesellschaftsvertrag²⁹⁸, eine Kontrolle durch das Firmenbuchgericht²⁹⁹, Überprüfung durch externe Sachverständige³⁰⁰ umgangen.³⁰¹ Vom Schutzzweck des Rechtsinstituts der verdeckten Sacheinlage umfasst sind nur jene Bareinlagen, die – im Zuge der Gesellschaftsgründung oder einer Kapitalerhöhung – auf die Stammeinlage geleistet werden.

Liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, haftet der Gesellschafter weiterhin für die Erfüllung seiner Einlagepflicht. Die Einzahlung der „Bareinlage“ wird nämlich wirtschaftlich so gesehen, als ob der Gesellschafter eine Sacheinlage erbracht hätte. In diesem Fall kann der Gesellschafter zwar die Sachleistung zurückfordern, das wirtschaftliche Risiko ihres Unterganges oder der Wertminderung trägt er aber selber; uU stehen ihm Bereicherungsansprüche gegenüber der Gesellschaft zu, weil die Leistungsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter unwirksam ist.³⁰² Bei Übertragung des betroffenen Geschäftsanteils haftet der Erwerber solidarisch mit dem Veräußerer, weil sich die rückständige Leistung auf den Geschäftsanteil bezieht.

Während über die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage Einigkeit besteht³⁰³, wurde die Frage nach der Möglichkeit der Sanierung einer verdeckten Einlage von der oberstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend beurteilt³⁰⁴. Auch die anderen Fragen wie das Vorliegens des

²⁹⁸ Vgl auch § 7 Abs 2 GmbHG, dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 7 Rn 9.

²⁹⁹ Siehe *Schopper in Straube (Hrsg)*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz² (2013), § 63 Rz 174.

³⁰⁰ Vgl § 6a Abs 4 GmbHG, dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 6a Abs 4 Rn 25.

³⁰¹ Vgl *Schopper in Straube*, GmbHG², § 63 Rz 174.

³⁰² Siehe *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 49 f mwN. Zur Slowakei siehe *Vráblová*, Ochrana základného imania (Schutz des Stammkapitals), Obchodné právo 6/2003, 24 (27) mwN; vgl auch § 59a Abs 1 slowHGB, gemäß welchem ein Sachverständigengutachten immer dann erforderlich ist, wenn die Gesellschaft das Vermögen aufgrund eines Vertrages mit ihrem Gründer oder Gesellschafter erwirbt und die Vergütung für das Vermögen 10 % des Stammkapitals übersteigt; zusätzlich unterliegt so ein Geschäft der Beschlussfassung der Gesellschafter, wenn der Vertrag innerhalb von 2 Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft abgeschlossen wird (§ 59a Abs 2 slowHGB).

³⁰³ OGH 30.08.2000, 6 Ob 132/00f EvBl 2001/41.

³⁰⁴ Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 30.08.2000 nur ausgesprochen, dass eine verdeckte Einlage im GmbH-Recht nicht durch analoge Anwendung der aktienrechtlichen Nachgründungsvorschriften (§§ 45 ff AktG) geheilt werden kann.

zeitlichen³⁰⁵ und sachlichen Zusammenhangs³⁰⁶ zwischen den Bareinlagen und dem entsprechenden Rechtsgeschäft bzw. die Notwendigkeit einer (nachgewiesenen oder vermuteten) Umgehungsabrede bleiben noch immer offen.³⁰⁷

Berücksichtigung von Rechtsgeschäften mit verbundenen Unternehmen

Grundsätzlich ist bei einer verdeckten Sacheinlage auf ein Rechtsgeschäft mit dem einlegenden Gesellschafter abzustellen. Nach der Literatur kann allerdings der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage auch in Konzernverhältnissen verwirklicht werden.³⁰⁸ *Winner* führt beispielhaft den Fall an, wo eine Tochtergesellschaft mit Mitteln der Muttergesellschaft das Kapital erhöht und mit diesen Mitteln Gegenstände vom Gesellschafter der Muttergesellschaft erwirbt.³⁰⁹ Meiner Meinung nach können nicht nur Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter der Muttergesellschaft eine verdeckte Sacheinlage darstellen, sondern – wie bei der verdeckten Gewinnausschüttung – grundsätzlich auch Rechtsgeschäfte mit Tochtergesellschaften oder anderen verbundenen Unternehmen der Muttergesellschaft, soweit diese Geschäfte wirtschaftlich der Muttergesellschaft zurechenbar sind. In der Literatur und in der Judikatur wurde diese Frage – soweit ersichtlich – aber noch nicht explizit beurteilt.³¹⁰

³⁰⁵ Man wird beispielsweise sehr wohl die verdeckte Einlage auch bei Vorliegen einer Absprache trotz Fehlens eines zeitlichen Zusammenhangs bejahen.

³⁰⁶ Zu den zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten siehe *Meusbürger*, Kapitalaufbringungsvorschriften und Cash-Pooling: Ein Überblick über diskutierte Gestaltungsvarianten und die Lösungsansätze des deutschen MoMiG, *GesRZ* 2008, 216 (219); als Beispiel wird die Verwahrung der Bareinlage auf einem getrennten Gesellschaftskonto diskutiert, wobei die Ansicht vertreten wird, dass durch die Einzahlung der aufgebrachten Mittel auf ein cash-pool-fernes Gesellschaftskonto eine verdeckte Sacheinlage weitgehend vermieden werden kann, wenn dieses Konto dauerhaft aus der Cash-Pooling-Vereinbarung ausgeschlossen wird. Obwohl die Verwahrung des einbezahlten Stammkapitals der Gesellschaft auf einem getrennten Gesellschaftskonto ein starkes Argument dafür ist, dass die Einlage nicht im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft mit dem einlegenden Gesellschafter steht, ist diese Ansicht mit Vorsicht zu genießen, weil selbst diese Maßnahme keine absolute Sicherheit schafft.

³⁰⁷ Siehe im Detail *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 50 mwN.

³⁰⁸ Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³, § 6 Rn 24.

³⁰⁹ *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012), § 150 Rn 117.

³¹⁰ Vgl. auch *Koppensteiner*, Über verdeckte Sacheinlagen, unzulässige Zuwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen und freie Verfügung, *GeS* 2007, 280 (281).

III. Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung

A. *Einführung*

Die bereits erwähnten Kapitalaufbringungsvorschriften besagen, dass die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Stammkapital in betraglich bestimmter Höhe in ihrem Gesellschaftsvertrag festlegen muss, wobei sie allein noch nicht gewährleisten, dass die Gesellschaft auch während ihrer Tätigkeit mit genügend Kapital ausgestattet ist. Das Stammkapital soll der Gesellschaft als Anfangsvermögen dienen und den Gesellschaftsgläubigern auch in dieser Höhe erhalten bleiben und zwar unabhängig von den Intentionen der Gesellschafter. Das soll das System der Kapitalerhaltung gewährleisten: *„das einmal aufgebrachte Vermögen soll nicht beliebig an die Gesellschafter ausgeschüttet werden“*.³¹¹ Das bei der Gründung der Gesellschaft aufgebrachte Kapital darf nur durch Verluste verringert und muss vor den Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter wieder aufgefüllt werden.³¹²

Insbesondere in Österreich gilt für Kapitalgesellschaften ein strenges System der Kapitalerhaltung. Das Konzept basiert auf dem Gedanken, dass das gesamte Vermögen einer Gesellschaft zugunsten ihrer Gläubiger geschützt werden soll. Dieses Ziel wird durch ein System von Kapitalerhaltungsregeln erreicht, welches detailliert die Einzahlungsverpflichtungen der Gesellschafter bei Kapitalerhöhungen sowie bei Kapitalherabsetzungen regelt, und welches die Möglichkeit jeglicher direkter oder indirekter Ausschüttungen an die Gesellschafter beschränkt. Da nicht die jeweils geleistete Einlage, sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen mit den Kapitalerhaltungsvorschriften geschützt werden soll, passt laut *Hüffer* in diesem Zusammenhang der Begriff der Vermögensbindung besser als der Kapitalerhaltung.³¹³

³¹¹ *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen (2005) 18; für die Slowakei siehe *Vráblová*, Zákaz vrátenia vkladov ako centrálny princíp zachovania kapitálu (Verbot der Einlagenrückgewähr als zentrales Prinzip der Kapitalerhaltung), *Obchodné právo*, 7-8/2003, 38 (38).

³¹² Siehe *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts 306.

³¹³ Siehe *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 19.

Durch die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens bezwecken die Kapitalerhaltungsvorschriften ohne Zweifel den Schutz der Gläubiger. Das Nennkapitalsystem garantiert die Vermögensausstattung jedoch nur für den Zeitraum der Gründung und Eintragung der Gesellschaft. Können die Kapitalerhaltungsvorschriften daher tatsächlich die Gesellschaft vor Verlusten schützen? Zusätzlich kann das durch die Nennkapitalziffer gebundene Vermögen der Gesellschaft durch Verluste oder Wertminderungen der Einlagegegenstände bereits nach der Eintragung der Gesellschaft aufgezehrt werden. Kann man dann ernsthaft behaupten, dass sich die Gläubiger auf diese Ziffer verlassen können?

B. Regelungszweck der § 123 slowHGB und § 82 Abs 1 GmbHG

1. Allgemein

Die Regeln für die Gewinnausschüttung bei der österreichischen GmbH befinden sich im § 82 GmbHG. Gemäß § 82 GmbHG fällt das gesamte Gesellschaftsvermögen, auch jenes, welches das Stammkapital übersteigt, unter die Kapitalerhaltungsregeln.³¹⁴ Außer für ausdrücklich festgelegte Umstände gibt es keine Rechtsgrundlage für Leistungen an die Gesellschafter durch die Gesellschaft. Die wichtigste dieser Ausnahmen ist das Recht der Gesellschafter, Dividendenzahlungen zu erhalten, die auf den in der genehmigten Bilanz ausgewiesenen Nettogewinn beschränkt sind, und die nicht von einer Ausschüttung durch Gesetz oder durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sind (§ 82 Abs 1 GmbHG).³¹⁵

Die Kapitalerhaltungsvorschriften sollten in erster Linie dem Schutz der Gläubiger dienen. Zweck dieser Regelung ist die Absicherung des Stammkapitals als „dauernden Grundstock der Gesellschaft“ und „einziges dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung

³¹⁴ Die österreichischen Kapitalerhaltungsvorschriften schützen nicht nur das zur Erhaltung des nominellen Stammkapitals erforderliche Vermögen, sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen einschließlich aller bilanzieller Rücklagen (zu beachten sind auch gebundene Rücklagen, die sich aus § 23 GmbHG iVm § 229 Abs 4-7 UGB bei großen Gesellschaften iSd § 221 Abs 3 UGB ergeben), Gewinnvortrag und stiller Reserven. Siehe näher *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 98.

³¹⁵ Vgl auch *Roth*, Gläubigerschutz bei der GmbH 490.

durch Leistung an die Gesellschafter.³¹⁶ Die Regelung des § 82 GmbHG verbietet im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist. Die Kapitalerhaltungsvorschriften erfassen jede unmittelbare oder mittelbare Leistung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Vermögen verringert. Darunter fallen Zuwendungen oder Vergünstigungen aller Art ohne Rücksicht darauf, ob sie in der Handelsbilanz der Gesellschaft oder des Gesellschafters einen Niederschlag finden.³¹⁷

Die Kapitalerhaltungsvorschriften schützen auch die Gesellschaft selbst vor deren Aushöhlung sowie verhindern die Grenzverschiebung zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen zugunsten einzelner Gesellschafter.³¹⁸ Die Gleichbehandlung der Gesellschafter und die Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungskompetenz sind aber nicht Zweck dieser Regelung sondern nur als Nebenfolge zu sehen.³¹⁹

Die Regeln für die Gewinnausschüttung bei der slowakischen GmbH befinden sich im § 123 slowHGB und sind den österreichischen Vorschriften grundsätzlich ähnlich. Gemäß § 123 slowHGB dürfen weder das Stammkapital noch Reservefonds noch die für die Dotierung des Reservefonds bestimmten Mittel als Gewinnausschüttung verwendet werden. Ein Gewinn darf nur dann ausgeschüttet werden, wenn die Differenz zwischen den Aktiva und den Verbindlichkeiten das Nennkapital übersteigt.³²⁰ Der Unterschied zur österreichischen Lage besteht bei der Bildung einer gesetzlichen Rücklage, die sich in der Slowakei auf alle GmbHs ungeachtet deren Größe bezieht. Eine solche gesetzliche Rücklage soll die Kapitalgrundlage der Gesellschaft stärken.³²¹ Die Bildung der gesetzlichen Rücklage stellt gewissermaßen eine "Pufferzone" zum Schutz des Stammkapitals dar, die für

³¹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rn 3.

³¹⁷ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, JBl 2000, 188 (190).

³¹⁸ Siehe näher *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 20 mwN.

³¹⁹ Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rn 3 mwN; anders *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 99 ff.

³²⁰ Siehe *Blaha* in *Patakyová, M. a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 123 S 372 f.

³²¹ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 23 Rn 2.

Gewinnausschüttungen nicht zur Verfügung steht und dient damit dem Gläubigerschutz.³²²

2. Gesetzliche Rücklage als Instrument des Gläubigerschutzes in Österreich?

In Österreich bezieht sich die Verpflichtung der Bildung einer gesetzlichen Rücklage nur auf große GmbHs. Vor dem Inkrafttreten des AktRÄG 2009³²³ regelte § 130 AktG für Aktiengesellschaften bzw § 23 GmbHG für große GmbHs³²⁴ iSd § 221 UGB die Verpflichtung zur Dotierung "gebundener Rücklagen"³²⁵. Mit der AktRÄG 2009 wurden die Bestimmungen hinsichtlich der Pflicht zur Bildung gebundener Rücklagen ohne materielle Änderungen in die Abs 4 bis 7 des § 229 UGB verschoben, die gemäß § 229 Abs 7 UGB nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden dürfen.

Die gebundene Kapitalrücklage ist ein Teil des Eigenkapitals der Gesellschaft und besteht aus Beträgen, die der Gesellschaft von außen über den Betrag des gezeichneten Kapitals hinaus zur Verfügung gestellt werden.³²⁶ Gemäß § 229 Abs 5 UGB sind in die gebundene Kapitalrücklage die in Abs 2 Z 1 bis 4 genannten Beträge einzustellen. Dazu zählen (i) das Aufgeld bei der ersten oder einer späteren Neuausgabe von Anteilen, (ii) der Betrag, der bei der

³²² Vgl Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 40.

³²³ Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 BGBl I 2009/71.

³²⁴ § 221 Abs 3 UGB definierte große Kapitalgesellschaften als „solche, die mindestens zwei der drei in Abs 2 bezeichneten Merkmale überschreiten“: (i) 19,25 Millionen Euro Bilanzsumme; (ii) 38,5 Millionen Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag; (iii) im Jahresdurchschnitt 250 Arbeitnehmer. Hinsichtlich der Aktiengesellschaften gilt gemäß § 221 Abs 3 UGB eine Kapitalgesellschaft stets als groß, wenn Aktien oder andere von ihr ausgegebene Wertpapiere an einem geregelten Markt im Sinne des § 1 Abs 2 BörseG oder an einem anerkannten, für das Publikum offenen, ordnungsgemäß funktionierenden Wertpapiermarkt in einem Vollmitgliedstaat der OECD zum Handel zugelassen sind. Die Rechtsfolgen der Größenmerkmale treten ab dem folgenden Geschäftsjahr ein, wenn diese Merkmale (i) an den Abschlußstichtagen von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten beziehungsweise nicht mehr überschritten werden; (ii) bei Umgründungen (Verschmelzung, Umwandlung, Einbringung, Zusammenschluß, Realteilung oder Spaltung) und Neugründungen am ersten Abschlußstichtag nach der Umgründung oder Neugründung vorliegen; dies gilt auch bei der Aufgabe eines Betriebes oder eines Teilbetriebes, wenn die Größenmerkmale um mindestens die Hälfte unterschritten werden.

³²⁵ Gemäß § 229 Abs 4 UGB bestehen gebundene Rücklagen aus der gebundenen Kapitalrücklage und der gesetzlichen Rücklage.

³²⁶ Vgl Hofians/Ressler in Straube, UGB II/RLG³ § 229 Rz 13 ff.

Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungsrechte und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen erzielt wird, (iii) der Betrag von Zuzahlungen, die Gesellschafter gegen Gewährung eines Vorzugs für ihre Anteile leisten, sowie (iv) die Beträge, die bei Kapitalherabsetzungen gemäß den §§ 185, 192 Abs 5 AktG und § 59 GmbHG zu binden sind.³²⁷

Unter gesetzlicher Rücklage ist eine Gewinnrücklage zu verstehen, die ausschließlich aus dem selbst erwirtschafteten Gewinn der Gesellschaft dotiert werden kann.³²⁸ Gemäß § 229 Abs 6 UGB ist in die gesetzliche Rücklage ein Betrag einzustellen, der mindestens dem zwanzigsten Teil des um einen Verlustvortrag geminderten Jahresüberschusses nach Berücksichtigung der Veränderung unverteilter Rücklagen entspricht, bis der Betrag der gebundenen Rücklagen insgesamt den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Nennkapitals erreicht hat.³²⁹

3. Gesetzliche Rücklage als Instrument des Gläubigerschutzes in der Slowakei?

In der Slowakei gehört die Bildung einer gesetzlichen Rücklage in Form eines Reservefonds³³⁰ ebenfalls zu den Gläubigerschutzinstrumenten. Wie oben bereits erwähnt, ist jede slowakische GmbH ungeachtet deren Größe zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage verpflichtet.³³¹ Das Stammkapital darf nicht zur Bildung des Reservefonds verwendet werden. Der Reservefond kann nur zur Abdeckung von Verlusten der Gesellschaft verwendet werden.³³² Eine Verwendung zu anderen Zwecken³³³ ist nicht möglich.

³²⁷ § 229 Abs 2 Z 1-4 UGB.

³²⁸ Vgl. Hofians/Ressler in: Straube, UGB II/RLG³ § 229 Rz 13 ff sowie Bergmann, AktRÄG 2009: Verpflichtung zur Dotierung gebundener Rücklagen für "verdeckte Kapitalgesellschaften"! — RWZ 2010/42, 169 (169) mwN.

³²⁹ § 229 Abs 6 UGB.

³³⁰ Der Reservefond dient als Deckungsfond für künftig fällige werdende oder ungewisse Schulden; seine Regelung gehört zum Pflichtinhalt des Gesellschaftsvertrages. In Österreich muss die Bildung der Rücklage nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

³³¹ Die Reserve wird in der Bilanz durch die passivseitige Buchung der Position „Reservefonds“ gebildet.

³³² Siehe Vráblová, Obchodné právo 6/2003, 36.

³³³ Die Bildung von sonstigen freiwilligen Rücklagen ist möglich, deren Verwendung gesetzlich nicht beschränkt ist. Art und Verwendungszweck können im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

Gemäß §§ 67 und 124 slowHGB bildet die slowakische GmbH Rücklagen grundsätzlich nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags entweder gleich bei der Gründung der Gesellschaft oder spätestens in dem Jahr, in welchem zum ersten Mal ein Gewinn erzielt wurde, und zwar in Höhe von 5 % des Reingewinns, jedoch nicht mehr als 10 % des Stammkapitals. Jährlich ist diese Rücklage nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zu dotieren, mindestens jedoch mit 5 % des Reingewinns, bis zum Erreichen der im Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Höhe, mindestens jedoch bis zu 10 % des Stammkapitals.³³⁴

C. Die verdeckte Einlagenrückgewähr bzw. Gewinnausschüttung

1. Allgemein

Wie bereits oben erwähnt, können die Gesellschafter einer GmbH ihre Stammeinlage nicht zurückfordern, sondern haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn (sog. Verbot der Einlagenrückgewähr).³³⁵ Sowohl die österreichischen als auch die slowakischen Kapitalerhaltungsregeln verbieten nicht nur offene Verletzungen der Einlagenrückgewähr³³⁶ sondern wird vielmehr auch die verdeckte Begünstigung der Gesellschafter erfasst.³³⁷ *„Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, der den Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses (causa societatis) zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt.“*³³⁸ Daher verstoßen schuldrechtliche Austauschbeziehungen³³⁹ zwischen einer GmbH und ihrem Gesellschafter, bei

³³⁴ Siehe Blaha in Patakyová, M. a kol., Obchodný zákonník – Komentár, § 124 S 374.

³³⁵ Siehe § 82 Abs 1 GmbHG und § 123 slowHGB.

³³⁶ Offene Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind eher selten; als Beispiele können Dividendenzahlungen aufgrund eines nichtigen Jahresabschlusses, Dividendenzahlungen ohne Verteilungsbeschluss, die Zahlung ohne ausreichenden Bilanzgewinn etc erwähnt werden. Siehe im Detail Justich, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 21.

³³⁷ Siehe Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rn 15; Vráblová, Obchodné právo 7-8/2003, 40.

³³⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rn 15 mwN.

³³⁹ Als Beispiele können die unentgeltliche Überlassung eines Kfz oder einer Wohnung der Gesellschaft zur privaten Nutzung des Gesellschafters genannt werden. Siehe näher Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rn 17 mwN.

denen das von der Gesellschaft zugesagte Entgelt übermäßig hoch ist, als verdeckte Einlagenrückgewähr gegen das gesellschaftsrechtliche Ausschüttungsverbot.

Aufgrund der strengen Kapitalerhaltungsregeln müssen Transaktionen zwischen Gesellschaftern und der Gesellschaft³⁴⁰ zu Marktbedingungen ("at arm's length") erfolgen; es sei denn, es handelt sich um die Verteilung des in Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften ermittelten Bilanzgewinns oder um einen gesetzlich geregelten Ausnahmefall. Ist dies nicht der Fall, stellt die Transaktion eine "verdeckte" Leistung an den Gesellschafter dar, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt.³⁴¹ Gleiches gilt für Transaktionen zwischen Gesellschaftern und Tochterunternehmen der Gesellschaft; Mutter- und Tochtergesellschaften oder Enkelgesellschaften sind in Bezug auf die Kapitalerhaltung bei der Muttergesellschaft als Einheit zu betrachten.³⁴² Auch Transaktionen zwischen Schwestergesellschaften können gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, wenn sie nicht zu Marktbedingungen erfolgen.³⁴³ Gesellschafterbeschlüsse, Gesellschaftsverträge, Beschlüsse der Geschäftsführung und Transaktionen, die die Kapitalerhaltungsregeln verletzen, erfolgen unter dem Risiko, nichtig zu sein.³⁴⁴

Der "typische" Fall einer Einlagenrückgewähr betrifft den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen einer Gesellschaft und einem ihrer (direkten oder indirekten) Gesellschafter. Die komplizierte Thematik des Verbotes der Einlagenrückgewähr wird unten anhand eines Beispiels näher erörtert, damit sich der Leser besser vorstellen kann, was mit der verdeckten Einlage überhaupt gemeint ist.

³⁴⁰ Zur Frage, ob unter das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene Zuwendungen der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten fallen siehe die neuere Entscheidung des OGH in Österreich, OGH 14.09.2011, 6 Ob 29/11z, GesRZ 2012, 122 ff.

³⁴¹ Eine Verletzung des Verbotes der Einlagenrückgewähr liegt beispielsweise vor, wenn ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut der Gesellschaft zu einem zu hohen Entgelt verkauft oder ein Wirtschaftsgut zu einem zu niedrigen Preis von der Gesellschaft kauft, ein nichtverzinstes oder ein unterhalb der Marktbedingungen verzinstes Darlehen von der Gesellschaft erhält, oder wenn ihm von der Gesellschaft eine Sicherheit zugunsten eines privaten Gläubigers gewährt wird.

³⁴² Vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 40.

³⁴³ Vgl Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG¹⁵ § 52 Rz 32; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 57.

³⁴⁴ Siehe Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 115 ff.

2. Einlagenrückgewähr in Österreich anhand eines praktischen Beispiels

Sachverhalt und Fragestellung: Im Rahmen einer Immobilientransaktion soll GmbH A (Tochtergesellschaft) von der GmbH B (Muttergesellschaft) mit der örtlichen Bauaufsicht beauftragt werden. Die Tochtergesellschaft soll diese Tätigkeit gegen Ersatz der Kosten ausüben, ein Gewinn soll auf Ebene der Tochtergesellschaft nicht erwirtschaftet werden. Es ist eher nicht davon auszugehen, dass Dritte die örtliche Bauaufsicht zu diesem Preis ausüben würden. Es stellt sich die Frage, ob gesellschaftsrechtliche Einwände gegen die Vergabe der örtlichen Bauaufsicht an die Tochtergesellschaft zu diesen Konditionen bestehen, oder anders gesagt, ob eine unzulässige Einlagenrückgewähr im Rahmen eines nach außen unbedenklich wirkenden Umsatzgeschäftes im Konzern vorliegt.

Rechtliche Beurteilung: Die Prüfung, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, erfolgt anhand eines Fremdvergleichs und der Frage, ob die Gesellschaft einen solchen Vertrag auch mit einem Nichtgesellschafter getätigt hätte. Eine objektive Wertdifferenz indiziert, dass das Geschäft nur wegen der Gesellschafterstellung getätigt wurde und daher dem Drittvergleich nicht standhält und grundsätzlich verboten ist. Es wird die dem Gesellschafter zugestandene bzw gewährte Vergütung mit jenem Wert verglichen, welcher der Leistung des Gesellschafters auf dem freien Markt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zukam; dabei sind nicht nur der schlichte Preisvergleich zu berücksichtigen sondern auch andere Rahmenbedingungen wie zB Risikotragung, Langfristigkeit von Verträgen, Vereinbarung oder Ausschluss von Preisgleitklauseln usw.³⁴⁵

Unabhängig von den oben erwähnten kann nach der Ansicht des OGH eine verdeckte Einlagenrückgewähr auch bei einem objektiv gegebenen Missverhältnis zwischen der Leistung und Gegenleistung damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der durch den Leistungsaustausch objektiv benachteiligten Gesellschaft vorliegen (...).³⁴⁶ Eine

³⁴⁵ Siehe näher *Reich-Rohrwig*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 152 (155).

³⁴⁶ Vgl OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d, *ecolex* 2006, 172.

betriebliche Rechtfertigung kann zum Beispiel in einer engen, voneinander abhängigen Geschäftsbeziehung zwischen zwei Gesellschaften eines Konzerns liegen. Die Rechtfertigung kann in der Absicherung einer solchen Geschäftsbeziehung eines nicht ganz wertäquivalenten Leistungsaustausches zwischen den Geschäftspartnern liegen.³⁴⁷ Hier stellt man darauf ab, ob aus Sicht und im Interesse der verkürzten Gesellschaft auch ein sorgfältiger Geschäftsmann den Vertrag abgeschlossen hätte.³⁴⁸

Zusammenfassend liegt daher eine verbotene Einlagenrückgewähr vor, wenn folgende Kriterien erfüllt werden:

1. keine Gewinnverwendung;
2. objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung;
3. keine Widerlegung des Missverhältnisses im Wege des Fremdvergleichs möglich da
 - keine angemessene Entgeltzahlung und
 - keine Rechtfertigung durch Vorliegen besonderer betrieblicher Rechtfertigungsgründe.

Im konkreten Fall ist die Konzerntochtergesellschaft ausschließlich zu dem Zweck gegründet worden, entsprechende Leistungen für die Muttergesellschaft zu erbringen. Es ist davon auszugehen, dass die Leistungen der Tochtergesellschaft am Markt keine Nachfrage (zumindest nicht in einem für den Unternehmensfortbestand ausreichenden Maß) finden würde. Die Tochtergesellschaft ist daher von der Geschäftsbeziehung mit der Muttergesellschaft abhängig. Dies kann es mE rechtfertigen, dass die Übernahme der örtlichen Bauaufsicht für einen Preis, der unterhalb des marktüblichen Preises liegt, erfolgt.

³⁴⁷ Siehe im Detail *Hoenig/Stingl*, Geschäftschancen - Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, *GesRZ* 2007, 23 (32).

³⁴⁸ Vgl. *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 24.

Die Grenze des Zulässigen wird aber mE dann überschritten, wenn der Konzerntochtergesellschaft aus dem Umsatzgeschäft ein Verlust erwachsen würde, der durch die Muttergesellschaft nicht ausgeglichen wird. Ein derartiges Vorgehen würde im krassen Widerspruch zur Zielsetzung der Kapitalerhaltungsregeln, nämlich des Gläubigerschutzes stehen. Auch würde dies dem aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr und dem Gleichbehandlungsgebot abgeleiteten Verbot der Nachteilszufügung im Konzern widersprechen. Demnach ist eine Nachteilszufügung im Konzern nur dann zulässig, wenn die Nachteile sofort und vollständig ausgeglichen werden.³⁴⁹

Zusammengefasst liegt mE eine betriebliche Rechtfertigung im vorliegenden Beispiel dafür vor, dass die speziell zu diesem Zweck gegründete Tochtergesellschaft die örtliche Bauaufsicht gegen eine nicht fremdübliche Entlohnung übernimmt. Unzulässig wäre aber, wenn der Tochtergesellschaft daraus zugunsten ihrer Muttergesellschaft ein Verlust erwachsen würde.

3. Rechtsfolgen einer verbotenen Einlagenrückgewähr in Österreich

Bejaht man im vorliegenden Beispiel trotz der oben aufgezeigten wirtschaftlichen Rechtfertigung eine verbotene Einlagenrückgewähr, ist deren Rechtsfolge zu beurteilen. Die Rechtsfolgen und die Wirkungen eines derartigen Verstoßes auf das zugrundeliegende Rechtsgeschäft sind jedoch umstritten. Man unterscheidet zwischen gesellschaftsrechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsfolgen.

Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolge

Die Rechtsfolgen ergeben sich im Wesentlichen direkt oder indirekt aus § 83 GmbHG. Auf der einen Seite besteht Rückleistungsverpflichtung des konkreten Gesellschafters, auf der anderen Seite die Haftung der Geschäftsführer.

³⁴⁹ Vgl. Kalss/Eckert, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 583 (583 ff).

Rückleistungsverpflichtung: Gemäß § 83 Abs 1 GmbHG sind Gesellschafter der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet, wenn sie Zahlungen verbotswidrig erhalten haben; dies gilt nicht wenn ein Gesellschafter in gutem Glauben als Gewinnanteil bezogen hat, wobei diese Bestimmung eng auszulegen ist.³⁵⁰ Die Rückersatzpflicht besteht im Ausmaß der Vermögensbeeinträchtigung der Gesellschaft.³⁵¹ Im Vergleich zur AG hat im GmbH-Recht nur die Gesellschaft den Anspruch auf Rückerstattung, nicht jedoch die Gesellschaftsgläubiger.³⁵² Anspruchsgegner sind Gesellschafter, die eine verbotswidrige Leistung erhalten haben³⁵³; § 83 GmbHG kommt auch bei dem Gesellschafter nahe stehenden Personen (wie zB Ehegatten, der „faktische“ Gesellschafter, Unternehmer an denen der Gesellschafter direkt oder indirekt beteiligt ist) analog zur Anwendung³⁵⁴; sonstige Dritte haften ausnahmsweise wegen Kollusion oder bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Missbrauchs aufgrund des für die Gesellschaft nachteiligen Rechtsgeschäftes.³⁵⁵

Ausfallhaftung: § 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG normieren eine sog Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter, die keine verbotswidrige Leistung erhalten haben. Nach dieser Bestimmung haften die Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Stammeinlagen für den Abgang am Stammkapital, wenn die Erstattung weder von dem Empfänger noch von den Geschäftsführern erlangt werden kann; dies ist ein Ausdruck des personalistischen Charakters der GmbH.³⁵⁶ Gemäß § 83 Abs 3 GmbHG werden dann Beiträge, die von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, nach dem bezeichneten Verhältnisse auf die übrigen Gesellschafter verteilt (sog Ausfallhaftung in Ausfallhaftung).³⁵⁷

Der Anspruch auf die Rückerstattung verjährt nach 5 Jahren. Kannte der Empfänger jedoch die Widerrechtlichkeit der Leistung verjähren die Ansprüche

³⁵⁰ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 10.

³⁵¹ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 8.

³⁵² Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 4.

³⁵³ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 6.

³⁵⁴ Siehe Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 166 f.

³⁵⁵ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 167 f.

³⁵⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, Allg Einl Rn 4.

³⁵⁷ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 14 f.

erst in 30 Jahren. Kennenmüssen allein genügt nicht; dafür ist die Gesellschaft beweispflichtig.³⁵⁸

Haftung der Geschäftsführer: Die Haftung der Geschäftsführer ergibt sich nicht direkt aus § 83 GmbHG³⁵⁹, sondern wird aufgrund des § 83 Abs 2 GmbHG vorausgesetzt. Im Falle der verbotenen Leistungen an die Gesellschafter liegt ein Verstoß gegen § 25 Abs 1, 3 Z 1 GmbHG vor. Gemäß § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG sind die Geschäftsführer zum Ersatz verpflichtet, wenn gegen die Vorschriften des GmbHG oder des Gesellschaftsvertrages Gesellschaftsvermögen verteilt wird. Mit anderen Worten haften sie nach einem objektiven Sorgfaltsmaßstab für die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer nicht dadurch aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben. Beschlüsse der Gesellschafter, die gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen, sind nichtig, lösen keine Bindungswirkung aus und wirken auch nicht zugunsten der Geschäftsführer haftungsbefreiend.³⁶⁰ Daher haften die Geschäftsführer mit den betroffenen Gesellschaftern gesamtschuldnerisch.³⁶¹

Zivilrechtliche Rechtsfolge

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsfolgen stellt man sich die Frage, ob das zugrunde liegende Geschäft ganz oder teilweise nichtig oder aber wirksam ist. Nach der ständigen Judikatur ist ein Geschäft, das gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, gemäß § 879 ABGB absolut nichtig.³⁶² Dh die Nichtigkeit ist nicht nur über Einrede, sondern von Amts wegen wahrzunehmen. Ferner betrifft die Nichtigkeit sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft. Abweichende Auffassungen in der Literatur gehen bloß von einer geltendzumachenden Nichtigkeit bzw Anfechtbarkeit oder

³⁵⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 11.

³⁵⁹ Im Unterschied zur slowakischen Lage, wo die Haftung explizit festgelegt wird. Siehe § 123 Abs 4 slowHGB.

³⁶⁰ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 25 Rn 17 ff mwN.

³⁶¹ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 83 Rn 2.

³⁶² ZB OGH 19.11.2002, 4 Ob 252/02s, GeS 2003, 161.

beschränken die Rechtsfolgen auf bloße Ansprüche auf wertmäßigen Ausgleich.³⁶³

Die Reichweite der Nichtigkeit ist danach zu beurteilen, ob ein Geschäft zur Gänze nichtig ist oder ob bloße Teilnichtigkeit vorliegt. Diese Beurteilung hat primär nach dem Verbotszweck zu erfolgen.³⁶⁴ Nur wenn der Verbotszweck weder für noch gegen eine Restgültigkeit bzw gänzliche Unwirksamkeit spricht, ist nach der Judikatur der hypothetische Parteiwillen dafür maßgeblich, ob der Vertrag teilweise aufrecht bleibt oder nicht.³⁶⁵

In der jüngsten Zeit verneint die überwiegende Literatur die absolute Nichtigkeit: *„Demnach wird der Leistungsaustausch zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nicht jedenfalls, sondern nur insoweit missbilligt, als eine deutliche Störung der Wertäquivalenz zulasten der Gesellschaft vorliegt“*.³⁶⁶ Dies liegt insbesondere daran, dass Nichtigkeit *ex tunc* eine der schärfsten Sanktionen im Zivilrecht ist und daher bei nur leicht inäquivalentem Leistungsaustausch diese Sanktion als überzogen angesehen wird. Im Sinne eines bestmöglichen Interessenausgleichs ist daher von einer geltend zu machenden Teilnichtigkeit in der Weise auszugehen, dass der Gesellschafter zum Wertausgleich verpflichtet ist.³⁶⁷

Conclusio des vorliegenden Beispiels

Nicht behandelt wurde in der Literatur und Rechtsprechung bisher die Frage, inwieweit ein rechtmäßiges Alternativverhalten als Rechtfertigung für eine verdeckte Einlagenrückgewähr herangezogen werden kann. Im vorliegenden Fall würde ein Gewinn, den die Tochtergesellschaft aus dem Umsatzgeschäft mit ihrer Konzernmutter erwirtschaftet, im Rahmen eines ordentlichen Gewinnausschüttungsbeschlusses an die Muttergesellschaft ausgeschüttet werden können. Wirtschaftlich würde dies für die Tochtergesellschaft und

³⁶³ Vgl. Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG² § 82 Rz 74 mwN sowie Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rn 19 mwN.

³⁶⁴ Siehe Krejci in Rummel³, § 879 ABGB, Rz 25.

³⁶⁵ OGH 04.07.2007, 7 Ob 142/07v, ÖRPfI 2008 H 2, 38.

³⁶⁶ Kalss/Eckert, RdW 2007, 584.

³⁶⁷ Vgl. Kalss/Eckert, RdW 2007, 584 mwN.

insbesondere deren Gläubiger zum selben Ergebnis wie eine inäquivalente Leistungsbeziehung führen.

Im vorliegenden Fall spricht bei Bejahen einer verbotenen Einlagenrückgewähr entgegen der Judikatur vieles für das Vorliegen eines bloßen Ausgleichsanspruches der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft in Höhe der Differenz zum fremdüblichen Entgelt. Ein dadurch entstehender Gewinn könnte nach Feststellung des Jahresabschlusses an die Muttergesellschaft wieder ausgeschüttet werden.

4. Ausnahmen vom Verbot der Einlagenrückgewähr in Österreich

Das österreichische GmbHG sieht solche Leistungen der Gesellschaft als rechtswidrig, wenn sie auf keinem wirksamen Rechtsgrund beruhen. Daher sind in bestimmten Fällen die Vermögensverschiebungen zugunsten des Gesellschafters *causa societatis* zulässig. Zu solchen Fällen gehören insbesondere: (i) die Verteilung von Bilanzgewinn; (ii) die Rückzahlung der Einlagen aufgrund einer ordentlichen Kapitalherabsetzung³⁶⁸; (iii) die Rückzahlung von Nachschüssen unter den Bedingungen von § 74 Abs 1 GmbHG³⁶⁹; (iv) die Zahlung des Erwerbspreises beim ausnahmsweise zulässigen Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft; (v) wiederkehrende Leistungen gemäß § 82 Abs 4 GmbH sowie (vi) guter Glaube.³⁷⁰

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft

Gemäß § 81 GmbHG ist der Erwerb und die Pfandnahme eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft verboten und wirkungslos.³⁷¹

³⁶⁸ Siehe dazu näher *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 57 Rn 1 f; das slowHGB sieht auch in seinem § 123 Abs 3 vor, dass die Rückzahlung der Einlagen aufgrund einer ordentlichen Kapitalherabsetzung nicht unter Verbot der Einlagenrückgewähr fällt.

³⁶⁹ Siehe näher unten 2. Kapitel dieses Teiles, III.E. – Nachschüsse.

³⁷⁰ Vgl. auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 83 Rn 5; *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 39 ff.

³⁷¹ § 81 GmbHG; zur slowakischen Lage siehe *Blaha in Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 120 S 367 (der Erwerb eigener Anteile kommt insbesondere in folgenden Fällen in Betracht: Ausschluss des Gesellschafters aus der Gesellschaft aufgrund der Nichterfüllung seiner Einlagepflicht, seiner Nachschusspflicht, oder grober Verletzung

Ausdrücklich gestattet ist nur der Erwerb eines eigenen Anteils möglich, wenn dies im Zuge der Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung der Gesellschaft gegen den betroffenen Gesellschafter geschieht.³⁷² Durch das GesRÄG 2007³⁷³ wurden weitere „Ausnahmen“, nämlich der unentgeltliche Erwerb eigener Anteile, der Erwerb eigener Anteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge und der Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern, eingefügt, auf welche die entsprechenden, für den Erwerb eigener Aktien geltenden Vorschriften sinngemäß anzuwenden sind.

§ 81 GmbHG steht im Zusammenhang mit den Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften; die Materialien begründen das Verbot des Erwerbs eigener Anteile damit, dass *„dies zur ungeschmälerten Erhaltung des Stammkapitals erforderlich sei“*³⁷⁴ und, dass die Gesellschaft als ihr eigener Gesellschafter *„eine juristisch widersinnige Erscheinung“*³⁷⁵ darstelle. Das Verbot der Inpfandnahme eigener Anteile wird in den Materialien damit begründet, dass *„es im wirtschaftlichen Effekte um dasselbe gehe wie beim Eigentumserwerb“*³⁷⁶; das Verbot der Inpfandnahme ist schon aus Gründen des Umgehungsschutzes notwendig.³⁷⁷ Liegt ein verbotener Erwerb bzw eine verbotene Inpfandnahme eines eigenen Anteils vor, sind sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft wirkungslos.³⁷⁸ Die Gegenleistung der Gesellschaft muss in solchem Fall zurückgewährt werden.³⁷⁹

Wiederkehrende Leistungen

Gemäß § 82 Abs 4 GmbHG dürfen die Gesellschafter für wiederkehrende Leistungen, zu denen sie nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages neben den Stammeinlagen verpflichtet sind (§ 8 GmbHG), - gewinnunabhängig

seiner Pflichten, im Falle des Konkurses über das Vermögen des Gesellschafters, Tod oder Untergang des Gesellschafters, wenn die Übertragung des Geschäftsanteils in solchen Fällen gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen ist etc).

³⁷² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 81 Rn 7.

³⁷³ BGBl I 2007/72 (das Gesetz ist am 15.12.2007 in Kraft getreten).

³⁷⁴ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 81 Rn 2.

³⁷⁵ Kritisch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 81 Rn 2.

³⁷⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 81 Rn 3.

³⁷⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 81 Rn 3 mwN.

³⁷⁸ Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 7. Auflage (2009), § 81 Rz 3.

³⁷⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 81 Rn 11.

– ein angemessenes Entgelt erhalten.³⁸⁰ Diese „Ausnahme“ zum Abs 1 hängt damit zusammen, dass es keine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens geben kann, wenn das was die Gesellschaft zahlt, nicht mehr wert ist, als das, was sie erhält.³⁸¹ Der Gesellschafter hat einen schuldrechtliche Anspruch auf das bedungene Entgelt für seine Leistungen nach § 8 GmbHG; es ist ein Gläubigerrecht.³⁸²

Guter Glaube

Gemäß § 83 Abs 1 GmbHG entfällt eine Rückzahlungspflicht der Gesellschafter bei gutgläubigem Bezug von Gewinnanteilen.³⁸³ Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Zahlungsannahme. Weder die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft noch die Unkenntnis der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages spielen eine Rolle.³⁸⁴ Laut *Koppensteiner* ist diese Bestimmung eng auszulegen.³⁸⁵ Der Bezug als Gewinnanteil setzt demnach einen regulären Gewinnverwendungsbeschluss voraus.³⁸⁶ Der gute Glaube muss sich auf die ordnungsgemäße Ermittlung des Bilanzgewinnes beziehen.³⁸⁷ Bei offensichtlichen Verstößen gegen den Gesellschaftsvertrag oder offensichtlicher Gesetzwidrigkeit ist jedoch der gute Glaube auf jeden Fall zu verneinen.³⁸⁸ Wird der gute Glaube bejaht, und entfällt dadurch die Rückzahlungspflicht der Gesellschafter, können die Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft – Verschulden vorausgesetzt - gemäß §§ 25 und 33 GmbHG in Anspruch genommen werden.³⁸⁹

³⁸⁰ Vgl § 82 Abs 4 GmbHG.

³⁸¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rn 14.

³⁸² *Gellis/Feil*, GmbHG, 7. Auflage, § 82 Rz 6. In der Slowakei ist diese Ausnahme nicht im Gesetz verankert. ME sprechen jedoch gute Gründe dafür, dass auch solche Fälle wegen ihrer Üblichkeit vom Verbot der Einlagenrückgewähr ausgenommen sind, vielmehr noch wenn eine Zustimmung der Generalversammlung vorliegen würde.

³⁸³ Vgl dazu auch 2. Kapitel dieses Teiles, III.C.5. – Verbot der Einlagenrückgewähr in der Slowakei - in der Slowakei keine Ausnahme.

³⁸⁴ Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG² § 83 Rz 40 mwN.

³⁸⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 83 Rn 10.

³⁸⁶ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 83 Rn 10 mwN.

³⁸⁷ Vgl *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 172.

³⁸⁸ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 83 Rn 10 mwN; der gute Glaube wird auf jeden Fall beim grob fahrlässigen Nichterkennen oder bei Kenntnis von der rechtswidrigen Gewinnvermittlung verneint – vgl dazu *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG² § 83 Rz 44 mwN; aA *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 56 Rz 37, die schon bei leichter Fahrlässigkeit den guten Glaube verneinen.

³⁸⁹ Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG² § 83 Rz 43 mwN.

5. Verbot der Einlagenrückgewähr in der Slowakei

In der Slowakei gilt ebenfalls ein generelles Verbot der Einlagenrückgewähr. Obwohl sich im slowakischen HGB keine besondere Normen hinsichtlich der verdeckten Gewinnausschüttungen bzw Einlagenrückzahlungen befinden, wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass dem Verbot betreffend die Auszahlung der Zinsen für Einlagen und Abschlagszahlungen auf Gewinnanteile³⁹⁰ eine weite Auslegung beizumessen ist und daher auch die verdeckten Ausschüttungen erfasst.³⁹¹ Aufgrund der slowakischen Kapitalerhaltungsregeln müssen Transaktionen zwischen Gesellschaftern und der Gesellschaft³⁹² zu Marktbedingungen erfolgen; ist dies nicht der Fall, stellt die Transaktion eine "verdeckte" Leistung an den Gesellschafter dar, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt.³⁹³ Auch in der Slowakei treten beim Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr auf einer Seite die gesellschaftsrechtlichen und auf der anderen Seite die zivilrechtlichen Rechtsfolgen ein.

Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolge

Die gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen beim Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr in der Slowakei sind grundsätzlich den österreichischen ähnlich. Gemäß 123 Abs 4 slowHGB sind verbotene Zahlungen an die Gesellschafter zurückzuerstatten.³⁹⁴ Das gilt auch - im Unterschied zu österreichischer GmbH - bei gutgläubigem Bezug.³⁹⁵ Für die Rückerstattung der rechtswidrig ausbezahlten Beträge haften die Geschäftsführer, die die Zustimmung zu solcher Auszahlung erteilt haben, gesamtschuldnerisch.³⁹⁶ Das

³⁹⁰ Siehe § 123 Abs 2 Satz 2 slowHGB.

³⁹¹ Vgl. *Augustinič*, ZfRV 2007/5, 29 sowie zustimmend *Vráblová*, Ochrana majetku kapitálových spoločností 157 ff.

³⁹² Zu Geschäften zwischen verbundenen Unternehmen siehe näher *Vráblová*, Obchodné právo 7-8/2003, 47 mwN.

³⁹³ Zum Begriff „*at arm's length*“ siehe unter vielen *Vráblová*, Obchodné právo 7-8/2003, 42; es gibt jedoch, soweit ersichtlich, zu der Frage, ob das Rechtsgeschäft durch Vorliegen besonderer betrieblicher Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden kann, keine Rechtsprechung. ME sprechen aber auch in der Slowakei gute Gründe dafür.

³⁹⁴ Zu den Ausnahmen siehe oben 2. Kapitel dieses Teiles, III.C.4. - Ausnahmen vom Verbot der Einlagenrückgewähr in Österreich.

³⁹⁵ Siehe *Blaha* in *Patakyová a kol.*, Obchodný zákonník – Komentár, § 123 Abs 4 S 373.

³⁹⁶ Die Haftung ist explizit im § 123 Abs 4 slowHGB geregelt. Gemäß § 135a Abs 5 slowHGB können die Gesellschaftsgläubiger ihre Ansprüche aus der gesetzwidrigen

slowakische Rechtssystem kennt keine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter. Der Anspruch auf die Rückerstattung verjährt nach 4 Jahren.³⁹⁷

Zivilrechtliche Rechtsfolge

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsfolgen stellt man sich die Frage, ob das Geschäft, mit welchem gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird, ganz oder teilweise nichtig oder aber wirksam ist. Gemäß § 39 des slowakischen Bürgerlichen Gesetzbuches ist jeder Rechtsakt absolut nichtig, der mit seinem Inhalt oder Zweck gegen das Gesetz oder gute Sitten verstößt. Daher ist ein Rechtsakt, der gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, absolut nichtig, weil er gegen das Gesetz und auch gegen gute Sitten verstößt.

Strittig bleibt die Frage, ob ein Rechtsgeschäft, mit welchem verdeckte Einlagenrückgewähr/Gewinnausschüttung verwirklicht wird auch absolut nichtig ist. Ein solches Rechtsgeschäft ist nämlich auf der einen Seite ein Rechtsakt, der gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und daher gegen das Gesetz verstößt, auf der anderen Seite stellt er auch eine vertragliche Verpflichtung dar. Weder in der slowakischen Literatur noch in der Rechtsprechung³⁹⁸ finden wir eine klare Antwort.³⁹⁹ Meiner Meinung nach wäre bei solchen Fällen die Sanktion der absoluten Nichtigkeit als überzogen anzusehen. Im Sinne eines bestmöglichen Interessenausgleichs ist mE auch in der Slowakei von einer geltend zu machenden Teilnichtigkeit in der Weise auszugehen, dass der Gesellschafter zum Wertausgleich verpflichtet ist.

Einlagenrückgewähr gegen die Geschäftsführer geltend machen, wenn sie die Forderung nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft befriedigen können.

³⁹⁷ § 397 slowHGB; slowakischer OGH 1 Obdo V 62/2005.

³⁹⁸ Vgl jedoch aus der Rechtsprechung ZSR 10/2003, wo ausgesprochen wurde, dass einem Gesellschafter nicht seinen Rechtsanspruch auf die Nichtigkeit eines Vertrages, den die Gesellschaft abgeschlossen hat und welcher eine negative Wirkung auf seinen Geschäftsanteil haben kann, entzogen werden kann.

³⁹⁹ Siehe dazu *Vráblová*, *Obchodné právo* 7-8/2003, 47.

D. Das Verbot der Einlagenrückgewähr beim Cash-Pooling aus der Sicht der österreichischen Rechtslage

1. Allgemein

Die Bestimmungen zur Kapitalerhaltung und das Eigenkapitalersatzrecht⁴⁰⁰ sind auch im Zusammenhang mit Cash Pooling Vereinbarungen und zentraler Konzernfinanzierung für österreichische⁴⁰¹ Poolgesellschaften zu beachten.⁴⁰²

Finanzierungsleistungen einer österreichischen Poolgesellschaft an ihre Gesellschafter ("up-stream") sowie an Schwestergesellschaften ("side-stream") unterliegen den gesetzlichen und von der Rechtsprechung konkretisierten Kapitalerhaltungsregeln, Finanzierungen der Gesellschafter an die österreichischen Poolgesellschaften ("down-stream") unterliegen hingegen den Einschränkungen durch das Eigenkapitalersatzrecht.⁴⁰³

Beim Cash Pooling⁴⁰⁴ handelt es sich um eine Unterform von Cash Management⁴⁰⁵, bei welcher es zu einem Konten- bzw Liquiditätsausgleich innerhalb eines Konzerns kommt; dabei gleichen einzelne Konzerngesellschaften (Poolgesellschaften) täglich ihre Konten gegen ein zentrales Konto aus.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ Dazu siehe unten 2. Kapitel dieses Teiles, III.G. – Eigenkapitalersatzrecht.

⁴⁰¹ Cash Pooling Vereinbarungen sind in der Slowakei gesetzlich nicht explizit geregelt. In der Praxis kommen solche Vereinbarungen jedoch öfter vor und sind auch nach dem slowakischen Recht erlaubt. Die Kapitalerhaltungsvorschriften, insbesondere die Marktüblichkeit sind auch bei solchen Vereinbarungen zu berücksichtigen. Die in diesem Kapitel beschriebenen Rechtsansätze hinsichtlich des Verbotes der Einlagenrückgewähr beim Cash-Pooling aus der Sicht der österreichischen Rechtslage können daher grundsätzlich auch bei den slowakischen Poolgesellschaften angewendet werden.

⁴⁰² Daher sollen die sich dabei ergebenden Risiken bereits bei der Vertragsgestaltung möglichst abgedeckt werden.

⁴⁰³ Vgl. *Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG*² § 82 Rz 90. Besondere (privilegierende) Vorschriften für Cash Pooling bestehen in Österreich nicht (insoweit ist auch der Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags nicht erforderlich).

⁴⁰⁴ Dank mehrerer Vorteilen in der Praxis, wie zB Liquiditätsmanagement und Zinsersparnis wird Cash Pooling trotz zahlreicher ungeklärter komplexer gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Fragestellungen häufig angewendet. Zu den Vorteilen und Nachteilen, die sich durch Cash Pooling ergeben können siehe *Moser, Cash Pooling als Instrument der Konzernfinanzierung*, Aufsichtsrat aktuell 2009 H 5, 23 (23, 24).

⁴⁰⁵ Vgl. *Billek, Cash Pooling im Konzern* (2009) 5.

⁴⁰⁶ Vgl. *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³, § 82 Rn 17c.

Beim sogenannten „echten“ Cash Pooling kommt zur tatsächlichen Überweisung der Geldmittel zwischen einem zentralen Hauptkonto und den einzelnen Nebenkonto der Unternehmensteile, wobei alle im Konzern vorhandenen liquiden Mittel bei der Konzernmuttergesellschaft oder einer speziellen Finanzierungsgesellschaft zusammengefasst werden. Die einzelnen abhängigen Gesellschaften geben ihre überschüssige Liquidität dorthin ab und erhalten von dort für ihren Liquiditätsbedarf Kredite. Banktechnisch wird dieses Vorgehen so abgewickelt, dass die positiven oder negativen Salden der Konten aller beteiligten Konzerngesellschaften tagesaktuell zu Gunsten oder zu Lasten des Kontos der Konzernmutter bzw der Finanzierungsgesellschaft ("Masterkonto") auf Null gestellt werden. Dieses Vorgehen führt dazu, dass die Konzerngesellschaften ihrerseits je nach Bereitstellung oder Inanspruchnahme von Liquidität bei der Konzernmuttergesellschaft bzw der Finanzierungsgesellschaft Forderungen oder Kreditverbindlichkeiten haben.⁴⁰⁷

Beim sogenannten „unechten, oder virtuellen Cash-Pooling“ erfolgt nur eine fiktive Gegenverrechnung der valutarischen Salden der Nebenkonto und gerade kein effektiver Übertrag der Salden auf das Hauptkonto. Nach der fiktiven/rein rechnerischen Kompensierung der Salden der Konzernteile werden die Zinsen nur am Hauptkonto effektiv berechnet.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rn 17c sowie *Artmann/Polster-Grüll*, Spannungsfeld Konzernfinanzierung - rechtliche und steuerliche Aspekte, RdW 2008, 627 (627).

⁴⁰⁸ Vgl *Bauer/Zehetnerr* in *Straube*, GmbHG § 82 Rz 91.

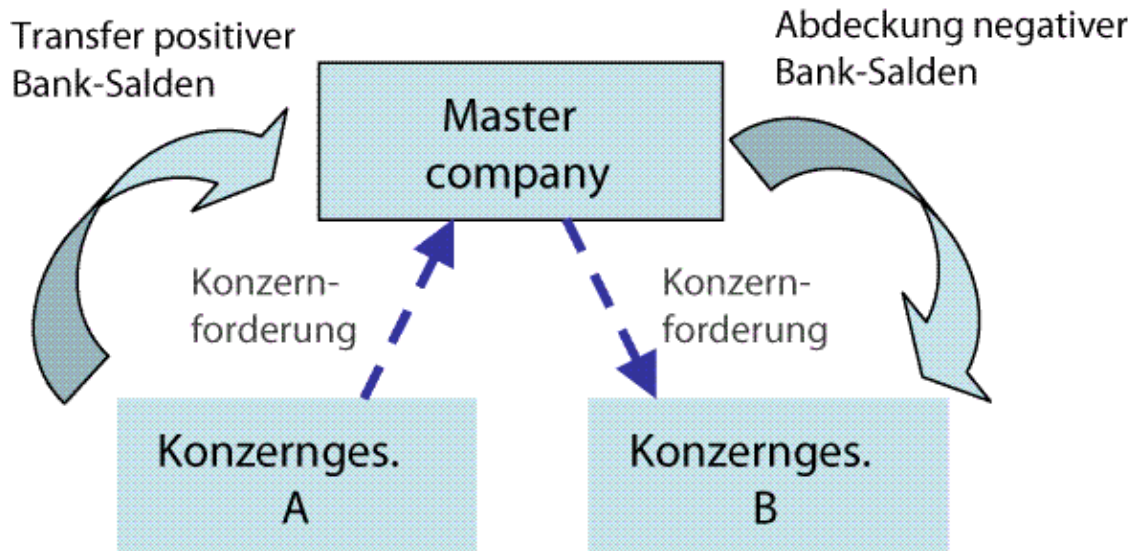


Abb 1: Effektives Pooling⁴⁰⁹

Auch beim Cash Pooling stellt sich die Frage des Verbotes der Einlagenrückgewähr. Wie schon oben erwähnt, liegt eine verdeckte Einlagenrückgewähr vor, wenn Geschäfte mit Gesellschaftern⁴¹⁰ zu Bedingungen abgeschlossen werden, die einem Drittvergleich nicht standhalten. Es liegt auf der Hand, dass die Mittelabflüsse in einen Cash-Pool das Verbot der Einlagenrückgewähr verletzen können, sofern sie das Gesellschaftsvermögen einer teilnehmenden Gesellschaft beeinträchtigen. Das wird dann der Fall sein, wenn kein oder kein angemessenes Entgelt geleistet beziehungsweise erhalten wird (oder wenn ein Unternehmen gänzlich ausfällt).

Das Problem eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist beim fiktiven Cash Pooling geringer als beim „echten“. Beim fiktiven Cash Pooling erfolgt nämlich die Kompensation rein rechnerisch; es kommt zu keinen

⁴⁰⁹ Artmann/Polster-Grüll, RdW 2008, 627.

⁴¹⁰ Ein Verstoß gegen § 82 GmbHG liegt nicht nur dann vor, wenn die GmbH außerhalb eines Gewinnverwendungsbeschlusses Gesellschaftern Vorteile zuwendet, sondern auch dann, wenn eine GmbH an eine Gesellschaft Leistungen erbringt, die der Gesellschafter der leistenden GmbH kontrolliert oder an der der Gesellschafter beteiligt ist (Schwester- oder Enkelgesellschaften). Generell wird im Konzern der Kreis der erfassten Gesellschafter weit gezogen. Der empfangenden Gesellschaft obliegt die Beweislast, dass kein Verstoß gegen § 82 GmbHG vorliegt. Vgl Artmann/Polster-Grüll, RdW 2008, 628.

effektiven Zahlungsströmen.⁴¹¹ Ein Verstoß könnte allerdings dann vorliegen, wenn zB eine Konzerngesellschaft im Rahmen der Cash Pooling Vereinbarung bei der Verzinsung oder bei der Kostenaufteilung benachteiligt wäre.⁴¹²

Beim effektiven Cash Pooling kommt es zum tatsächlichen Austausch des Geldmittels, zum Abdecken der negativen Salden mit positiven Salden zwischen den Konzerngesellschaften. Da die Gefahr besteht, dass die Konzerngesellschaften mit positiven Salden einen Zinsverlust erleiden, sind entsprechende Begleitmaßnahmen bei einer derartigen Konstruktion notwendig. Zusätzlich besteht die Gefahr der Uneinbringlichkeit einer Forderung der Konzerngesellschaft gegen die Master Company, wenn entweder die Master Company oder eine andere Konzerngesellschaft, an welche Liquidität geflossen ist, zahlungsunfähig wird. Zusätzlich kommt in der Praxis sehr oft vor, dass alle beteiligten Konzerngesellschaften gesamtschuldnerisch für den Debetsaldo auf dem Zielkonto haften.⁴¹³

2. Kreditgewährung im Konzern

Unter dem Blickwinkel der Kapitalerhaltung werden bei der Kreditgewährung im Konzern die gleichen Voraussetzungen wie für die Darlehensgewährung der GmbH an Gesellschafter bzw der Besicherung von Gesellschafterdarlehen durch die Gesellschaft gefordert. Es muss eine betriebliche Rechtfertigung vorliegen, der Gesellschafter ausreichende Kreditwürdigkeit oder Bonität besitzen bzw der Rückforderungsanspruch werthaltig sein, eine angemessene Besicherung beigestellt sein und die Kreditgewährung darf zu keiner Existenzgefährdung der finanzierenden GmbH führen. Alternativ muss sichergestellt sein, dass die Poolgesellschaften kein Ausfallsrisiko trifft. Die mit

⁴¹¹ Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rn 17c.

⁴¹² Das Risiko eines potenziellen Verstoßes kann dadurch minimiert werden, dass die betreffende Konzerngesellschaft keinen geringeren Habenzins und/oder keinen höheren Sollzins als bei einer „stand-alone“ Betrachtung lukrieren bzw leisten muss, widrigenfalls muss die Teilnahme am Pool gerechtfertigt werden (zB Risikostreuung, bessere Bankkonditionen für die Gesamtgruppe etc). Siehe im Detail *Schmidt/Riegler*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr beim Cash Pooling, RWZ 2007, 97 (98) mwN.

⁴¹³ Siehe *Schmidt/Riegler*, RWZ 2007, 98 mwN.

der Teilnahme am Cash Pooling verbundenen Vorteile alleine werden kaum als Grund anerkannt, der Ausfallsrisiken aufwiegen kann.⁴¹⁴

Die Bedingungen im Cash Pooling Vertrag haben grundsätzlich dem Dritt- oder Fremdvergleich standzuhalten. Angesprochen sind dabei insbesondere die Soll- und Habenzinsen, die zwischen den Poolgesellschaften und der Master Company verrechnet werden. Insofern haben diese beim effektiven Cash Pooling Anspruch auf marktübliche Verzinsung für die von ihnen zur Verfügung gestellten Mittel.⁴¹⁵

Problematisch ist jedoch, dass darüber hinaus der Abschluss von Kreditverträgen beim Cash Pooling seiner Natur nach nur mit Bankgeschäften verglichen werden kann. Ein Fremdvergleich scheidet damit praktisch aus: Nicht-Banken gewähren üblicherweise keine Kredite. Ihnen fehlt den Banken offenstehende Möglichkeit zu breiter Risikostreuung. Das Risiko beim Cash Pooling konzentriert sich auf die zum Konzern gehörenden Poolgesellschaften und damit die Solvenz der Gruppe. In diesem Zusammenhang wird vom sogenannten "Klumpenrisiko" (*cluster risk*) gesprochen.⁴¹⁶

Für die Kreditgewährung ist daher eine besondere Rechtfertigung erforderlich, mit der sich sinnvolle Konzernfinanzierungen begründen lassen. Die herrschende Lehre lässt eine solche Rechtfertigung dann zu, wenn einer Konzerngesellschaft überschüssige liquide Mittel zur Verfügung stehen. Diese können durch die Kreditgewährung gewinnbringend veranlagt werden.⁴¹⁷

3. Betriebliche Rechtfertigung iZm Konzernfinanzierungen

Stehen keine überschüssigen liquiden Mittel zur Verfügung und beteiligt sich eine Gesellschaft dennoch (weiterhin) am Cash Pooling, kann dies durch eine betriebliche Rechtfertigung gerechtfertigt werden, ohne dass die Finanzierung als Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften anzusehen ist. Das – in der

⁴¹⁴ Vgl. Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG² § 82 Rz 94; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rn 17c; Artmann/Polster-Grüll, RdW 2008, 627 ff; Billek, Cash Pooling im Konzern 100 f.

⁴¹⁵ Vgl. Schmidt/Riegler, RWZ 2007, 99.

⁴¹⁶ Vgl. Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG² § 82 Rz 104 ff.

⁴¹⁷ Vgl. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 176 und 178 mwN.

Literatur bereits länger thematisierte – Konzept der betrieblichen Rechtfertigung wurde in der Entscheidung des OGH vom 01.12.2005⁴¹⁸, zum ersten Mal aufgegriffen.

Dennoch sind genaue Aussagen und Abgrenzungen, wann eine Kreditgewährung an Konzerngesellschaften betrieblich gerechtfertigt ist, beim derzeitigen Stand der Rechtsprechung und Literatur nicht möglich. Unstrittig scheint, dass ein übergeordnetes Konzerninteresse als betriebliche Rechtfertigung nicht in Frage kommt⁴¹⁹, sondern die Beurteilung stets allein aus der Perspektive der jeweils kreditgewährenden Konzerngesellschaft zu erfolgen hat und dass ein überhöhtes Risiko nicht durch besonders hohe Zinsen oder Avalprovisionen ausgeglichen werden kann.

In der Literatur finden sich Beispiele für die betriebliche Rechtfertigung nur sehr spärlich. Als Beispiel wird die Kreditgewährung für die Anschaffung eines Konzernrechenzentrums durch eine bestimmte Konzerngesellschaft genannt. Der genannten OGH Entscheidung vom 01.12.2005 lag der Fall zugrunde, dass die Haftung einer Gesellschaft für den Bankkredit einer Schwester deshalb als betrieblich gerechtfertigt angesehen wurde, weil beide Gesellschaften auf den Leistungsaustausch untereinander wesentlich angewiesen waren. Die Literatur weist darauf hin, dass die betriebliche Rechtfertigung letztlich als Unterkategorie des Fremdvergleichs – als Beurteilungskriterium für diesen – zu sehen ist.⁴²⁰ Jedoch ist der Fremdvergleich auf das Cash Pooling nur schwer anwendbar.

4. Risiken für die Geschäftsführung

Im Zusammenhang mit Cash Pooling haben die Geschäftsführer vor dem Beitritt zum Cash Pool und in der Folge laufend das Ausfallrisiko für ausstehende Kredite an die Master Company zu beurteilen. Bei der Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft für die Gesellschafter verlangte die

⁴¹⁸ OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d; dazu Artmann, JBl 2006, 388 ff und Karollus, ÖBA 2006/1337 (OGH) 293 ff.

⁴¹⁹ Siehe zB Schmidt/Riegler, RWZ 2007, 98.

⁴²⁰ Vgl Karollus, ÖBA 2006/1337 (OGH) 299; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵, § 52 Rz 13.

Rechtsprechung eine "*gewissenhafte Prüfung*" der Bonität des Gesellschafters.⁴²¹

In einer aktuellen Entscheidung, ebenfalls zur Gewährung von Sicherheiten, reduziert der österreichische OGH den Sorgfaltsmaßstab bei Einschätzung des Ausfallrisikos darauf, dass der Haftungsfall "*geradezu wahrscheinlich*" sein müsse, sodass ein "*gewissenhafter Geschäftsführer*" dies "*zum Anlass genommen hätte, auf getrennter Finanzwirtschaft zu bestehen*".⁴²² Diese Entscheidung steht jedoch in deutlichem Gegensatz zum österreichischen Schrifttum zur Kreditvergabe und Besicherung im Konzern.⁴²³ In der Praxis sollte man sich daher auf diesen "geringen" Sorgfaltsmaßstab nicht verlassen.

5. Sorgfaltspflichten und vertragliche Regelungen

Die Risiken bereits eines Verlusts bloßer Teilzahlungen sind sorgfältig abzuwägen. Das Ausfallrisiko kann dadurch eingeschränkt werden, dass von der Konzernspitze oder den Poolgesellschaften mit negativen Kontosalen Sicherheiten gestellt werden. Die am Cash Pooling teilnehmenden Gesellschaften müssen die Möglichkeit haben, die Vereinbarung (mit sofortiger Wirkung) zu kündigen, wenn sich die Bonität von anderen Gesellschaften im Pool verschlechtert. Um dies rechtzeitig erkennen zu können, sind entsprechende Informations- und Kontrollrechte für die beteiligten Gesellschaften vorzusehen. Empfohlen werden vertragliche initiative Informationspflichten der Master Company an Poolgesellschaften, weil die Master Company den besseren Überblick über die Entwicklung des Cash Pools und die beteiligten Poolgesellschaften besitzt.⁴²⁴

6. Rechtsfolge bei Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften

Verstößt die Cash Pooling Vereinbarung gegen Kapitalerhaltungsvorschriften hat die Gesellschaft einen Anspruch auf Rückzahlung gegen jene

⁴²¹ OGH 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h – *Fehringer*, RdW 1996, 471.

⁴²² OGH 01.12.2005, 6 Ob 271/05d; vgl dazu *Bauer/Zehetner* in *Straube GmbHG*² § 82 Rz 94.

⁴²³ Siehe *Billek*, Cash Pooling im Konzern 99 f.

⁴²⁴ Siehe auch *Schmidt/Riegler*, RWZ 2007, 98 mwN; *Artmann/Polster-Grüll*, RdW 2008, 629 mwN.

Gesellschafter, die die verbotswidrigen Leistungen empfangen haben, und gegen die schuldhaft handelnden Geschäftsführer. Subsidiär würden auch übrige Gesellschafter haften.

Wenn die Leistung nicht an den unmittelbaren Gesellschafter, sondern an eine andere Konzerngesellschaft erfolgt, wird in der österreichischen Literatur die Ansicht vertreten, dass idR eine Rückzahlung direkt von der empfangenden Konzerngesellschaft verlangt werden kann.⁴²⁵ Im Übrigen können Leistungen an konzernverbundene Unternehmen dem veranlassenden Gesellschafter zugerechnet werden und in diesem Fall direkt von diesem zurückgefordert werden.⁴²⁶

E. Nachschüsse

1. Nachschusspflicht in Österreich

Zu den Kapitalerhaltungsvorschriften zählen ohne Zweifel auch jene über die Leistung von Nachschüssen. Die Leistung von Nachschüssen ist in §§ 72 – 74 GmbHG geregelt. Anders als bei der Kapitalerhöhung, wird das Stammkapital durch Zufuhr von Nachschüssen nicht erhöht. Die Nachschüsse gewähren den Gesellschaftern auch keine weiteren Rechte. Sie können als flexibles Finanzierungsinstrument angesehen werden⁴²⁷, das zur freien Verfügung der Gesellschaft steht und auch zur Deckung eines bilanzmäßigen Verlustes am Stammkapital⁴²⁸, vor allem aber zur Finanzierung neuer Investitionen verwendet werden kann.⁴²⁹ Aus den Ausführungen in den Materialien geht es nicht ganz klar hervor, ob die Nachschüsse die Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschaftsgläubiger folgen; laut *Koppensteiner* sind die Nachschüsse jedoch nicht als Instrument der Krisenbewältigung anzusehen.⁴³⁰

⁴²⁵ Vgl. *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, § 82 Rz 18 mwN.

⁴²⁶ Vgl. *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, § 83 Rz 7 mwN.

⁴²⁷ Vgl. *Umfahrer*, GmbH Rn 667.

⁴²⁸ Vgl. *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2457.

⁴²⁹ Vgl. *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2459.

⁴³⁰ Siehe *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, § 72 Rz 1. Vgl. auch § 121 sLowHGB, welches vorsieht, dass die Gesellschafter die Leistung von Nachschüssen zur Abdeckung von Verlusten beschließen können.

Gemäß § 72 Abs 1 GmbHG kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass die Gesellschafter über die Leistung von weiteren Einzahlungen beschließen können, und zwar über den Betrag der Stammeinlagen hinaus. Das GmbHG sieht daher keine gesetzliche Nachschusspflicht vor, sondern ermöglicht eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag zu treffen. Der Gesellschaftsvertrag muss – bei sonstiger Wirkungslosigkeit⁴³¹ - einen Betrag festlegen, der nicht überschritten werden darf.⁴³²

Gemäß § 72 Abs 3 GmbHG sind sämtliche Gesellschafter verpflichtet, nach dem Verhältnis ihrer Stammeinlagen, den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Betrag zu leisten; einzelne Gesellschafter dürfen von dieser Pflicht nicht ausgenommen sein.⁴³³ Kommt der Gesellschafter seiner Pflicht nicht nach, kann er geklagt oder einem Kaduzierungsverfahren gemäß §§ 66 – 69 GmbHG unterworfen werden.⁴³⁴

Die Rückzahlung der einmal eingezahlten Nachschüsse kann nur an sämtliche Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Stammeinlagen erfolgen; jedoch nicht vor Ablauf von drei Monaten nach der öffentlichen Bekanntgabe des Rückzahlungsbeschlusses.⁴³⁵ Die Rückzahlung ist jedoch dann unzulässig, wenn die verbleibenden Aktiva der Gesellschaft abzüglich der Verbindlichkeiten den Nennbetrag des Stammkapitals nicht erreichen, und daher zur Deckung eines bilanzmäßigen Verlusts am Stammkapital erforderlich sind.⁴³⁶ Die vorschriftswidrigen Rückzahlungen machen den Empfänger, die mit der Geschäftsführung betrauten Organe und die übrigen Gesellschafter haftbar.⁴³⁷

⁴³¹ Vgl. *Umfahrer*, GmbH Rn 669.

⁴³² Vgl. *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2460.

⁴³³ Diese Vorschrift stellt nach überwiegender Ansicht zwingendes Recht dar (vgl. nur *Gellis/Feil*, GmbHG, 7. Auflage, § 72 Rz 6; *Umfahrer*, GmbH Rn 670; aA *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, § 72 Rz 8).

⁴³⁴ Siehe § 73 Abs 1 GmbHG.

⁴³⁵ Siehe § 74 Abs 2 GmbHG.

⁴³⁶ Siehe § 74 Abs 1 GmbHG; dazu vgl. *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2457.

⁴³⁷ Siehe § 74 Abs 4 iVm §§ 25, 83 GmbHG; vgl. dazu *Brugger/Schopper* in *Straube*, GmbHG² § 74 Rz 28 ff.

2. Nachschusspflicht in der Slowakei

In der Slowakei ist die Leistung von Nachschüsse im § 121 slowHGB geregelt. Nach dieser Bestimmung kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden dass die Generalversammlung den Gesellschaftern eine Nachschusspflicht zur Abdeckung von Verlusten über die Höhe der Einlage hinaus, jedoch – anders als in Österreich, wo das GmbHG in dieser Hinsicht keine Beschränkung vorsieht - bis max 50 % des Stammkapitals auftragen kann.⁴³⁸

Die Höhe der nachzuschießenden Einlagen richtet sich nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile der einzelnen Gesellschafter.⁴³⁹ Kommt der Gesellschafter seiner Pflicht nicht nach, droht ihm unter denselben Bedingungen wie im Falle der Nichterfüllung seiner Einlagepflicht der Ausschluss aus der Gesellschaft. Das slowHGB sieht daher keine gesetzliche Nachschusspflicht vor, sondern ermöglicht eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag zu treffen.

Eine weiterreichende Nachschusspflicht ist im slowakischen Handelsgesetzbuch nicht geregelt und daher wäre meines Erachtens die Auferlegung einer weitergehenden Nachschusspflicht, unabhängig davon ob mittels Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss nicht wirksam.⁴⁴⁰ Die Gesellschafter sind sehr wohl aber berechtigt, freiwillige Zuschüsse ins Eigenkapital der Gesellschaft zu leisten. Eine diesbezügliche Regelung befindet sich im slowakischen Handelsgesetzbuch jedoch nicht.⁴⁴¹

⁴³⁸ Siehe auch *Fekete*, *Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným* – Teil 16: Právne postavenie spoločníkov (Rechtliche Stellung der Gesellschafter), *Obchodné právo* 5/2006, 12 (22).

⁴³⁹ Sämtliche Gesellschafter sind verpflichtet; einzelne Gesellschafter dürfen von dieser Pflicht nicht ausgenommen sein. Siehe dazu *Blaha* in *Patakyová, M. a kol.*, *Obchodný zákonník – Komentár* § 121 S 368.

⁴⁴⁰ Zustimmend *Augustinič/Tadlánková*, *eastlex* 2010, 47.

⁴⁴¹ Die freiwilligen Zuschüsse werden in der Praxis sehr oft als Mittel für die Beseitigung des negativen Eigenkapitals innerhalb des Konzerns geleistet. Siehe auch *Augustinič/Tadlánková*, *eastlex* 2010, 47.

F. Der Verlust der Hälfte des Stammkapitals

Zu den Kapitalerhaltungsvorschriften gehört ohne Zweifel eine weitere Regelung hinsichtlich der Erhaltung des Stammkapitals verankert im § 36 Abs 2 GmbHG. Gemäß dieser Bestimmung ist die Generalversammlung mindestens einmal jährlich (sog ordentliche Generalversammlung) und außer den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen immer dann einzuberufen, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, insbesondere ohne Verzug dann, wenn sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist (sog außerordentliche Generalversammlung).⁴⁴²

Durch die Einberufung der Generalversammlung im Falle des Verlustes der Hälfte des Stammkapitals wird den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, über die finanzielle Lage der Gesellschaft und die weitere Geschäftspolitik zu diskutieren.⁴⁴³

Die Hälfte des Stammkapitals gilt dann als verloren, wenn das Gesellschaftsvermögen unter Berücksichtigung offener Rücklagen und stiller Reserven unter die Hälfte des Stammkapitals sinkt; die Generalversammlung ist dann unverzüglich von der Geschäftsführung einzuberufen, sobald sie in irgendeiner Weise darüber Kenntnis erlangt haben; die Feststellung des Hälfteverlustes anhand einer Bilanz ist nicht erforderlich.⁴⁴⁴ Vielmehr ist eine Bewertung nach kaufmännischen Grundsätzen und pflichtgemäßem Ermessen geboten.⁴⁴⁵

Manche vertreten die Ansicht, dass die Einberufung der Generalversammlung im Falle des Verlustes der Hälfte des Stammkapitals auch dem Gläubigerschutz dient, weil solche Beschlüsse der Generalversammlung vom Vorstand dem Handelsgericht mitzuteilen sind und die Gläubiger dadurch die

⁴⁴² § 36 Abs 2 GmbHG.

⁴⁴³ Vgl Koppensteiner/Rüffler GmbHG³, § 36 Rz 11 mwN.

⁴⁴⁴ Vgl Koppensteiner/Rüffler GmbHG³, § 36 Rz 12.

⁴⁴⁵ Siehe Moser, Fragen des Verlustes des halben Stamm- bzw Grundkapitals, Zweifelsfragen zur Höhe des maßgeblichen Verlustes im Rahmen der "Warnpflicht" bei GmbH und AG, insb der Berücksichtigung stiller Reserven, GesRZ 2010, 264 (265) mwN.

Möglichkeit bekommen, über die konkrete finanzielle Situation der Gesellschaft Kenntnis zu erlangen.⁴⁴⁶

Dies ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da solche Beschlüsse weder im Firmenbuch eingetragen noch in die Urkundensammlung aufgenommen werden. Sie stellen nur eine Mitteilung an das Gericht dar und werden rein in den Firmenbuchakt aufgenommen.⁴⁴⁷ Vielmehr sollten die Gesellschafter über wirtschaftliche Schwierigkeiten der Gesellschaft informiert werden, um mögliche Sanierungsschritte vorbereiten zu können.⁴⁴⁸

Bei der slowakischen GmbH finden wir im slowakischen Handelsgesetzbuch keine dem § 36 Abs 2 GmbHG ähnliche Bestimmung. Eine dem § 36 Abs 2 GmbHG ähnliche Bestimmung befindet sich bei der Aktiengesellschaft. § 193 Abs 2 slowHGB bestimmt, dass der Vorstand die außerordentliche Generalversammlung einzuberufen hat, wenn der Verlust der Gesellschaft ein Drittel des Grundkapitals überschritten hat. In diesem Fall hat er zusätzlich darüber ohne Verzug den Aufsichtsrat zu informieren. Meiner Meinung nach kommt diese Bestimmung analog bei der Rechtsform der GmbH zur Anwendung. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Pflichten der Geschäftsführer.⁴⁴⁹

G. Eigenkapitalersatzrecht

1. Einführung

Die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen gehören ohne Zweifel zum weiteren Kreis der Kapitalerhaltungsvorschriften. Über die eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen wurde schon viel geschrieben. Der Zweck dieses Kapitels ist daher nicht sich mit dem Thema des Eigenkapitalersatzrechts detailliert zu beschäftigen. Das wäre aufgrund des vielfältigen Themenbereichs auch nicht möglich. Vielmehr bietet dieses Kapitel

⁴⁴⁶ Vgl Koppensteiner/Rüffler GmbHG³, § 36 Rz 11 mwN.

⁴⁴⁷ Vgl Koppensteiner/Rüffler GmbHG³, § 36 Rz 13 mwN.

⁴⁴⁸ Vgl Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 83 Rz 2.

⁴⁴⁹ Siehe § 135 slowHGB. Zustimmung Blaha in Patakyová a kol., Obchodný zákonník – Komentár, § 135 S 414 f.

einen Überblick insbesondere hinsichtlich des Eigenkapitalersatzrechts als einen Teil der Vorschriften über die Kapitalerhaltung und seines Zwecks als Instrument des Gläubigerschutzes.

2. Finanzierungsfreiheit?

Die Finanzierung des Geschäftsvorhabens gehört zu den wichtigsten Aspekten bei der Existenzgründung einer Gesellschaft. Dabei spielt die Kapitalausstattung der Gesellschaft eine große Rolle. Im Gesellschaftsrecht herrscht grundsätzlich die Finanzierungsfreiheit. Den Gesellschaftern steht frei, für welche Art der Finanzierung – Eigenkapital oder Fremdkapital – sie sich für ihre unternehmerische Tätigkeit entscheiden. Wie schon oben erwähnt befindet sich hinsichtlich einer GmbH weder im slowHGB noch im österreichischen GmbHG eine Regelung, die der Kapitalgesellschaft die Pflicht auferlegt, stets über ein bestimmtes Kapital zu verfügen, das im Hinblick auf den Umfang und Art sowie die Risiken von Geschäften adäquat ist.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ Bis 2007 galt in Slowenien das Gesetz über das Finanzverhalten der Unternehmen, das die Pflicht einführt, stets eine angemessene Kapitalausstattung aufzuweisen. War dies nicht der Fall, hatte der Geschäftsführer bzw. Vorstand (i) die Gründe für den Eintritt der Unterkapitalisierung zu analysieren und spätestens binnen 2 Monaten einen Plan von Maßnahmen auszuarbeiten, mit denen eine angemessene Kapitalausstattung erreicht werden sollte; (ii) die im Zuständigkeitsbereich des Vorstands/der Geschäftsführung stehende Maßnahmen zu setzen; (iii) die Haupt- bzw. Generalversammlung einzuberufen und ihr die Maßnahmen zum Beschließen zu präsentieren. Die Auslegung dieses Gesetzes war jedoch nicht unproblematisch; siehe näher *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 73 (74). Das Gesetz wurde in 2007 durch das neue Gesetz über das Finanzverhalten, Insolvenzverfahren und zwangsweise Beendigung (Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), Amtsblatt RS 126/2007) abgelöst; das neue Gesetz sieht zwar bestimmte Maßnahmen betreffend Finanzverhalten vor, knüpft sie aber (eher) an die Zahlungsfähigkeit und Liquidität der Gesellschaft. In Abs 32 ist eine Bestimmung mit dem Titel Begleitung und Gewährleistung der Kapitalangemessenheit geblieben, welche aber im allgemeinen besagt, dass die Gesellschaft zu gewährleisten hat, dass sie immer über ausreichende langfristige Finanzierungsquellen verfügt, unter Berücksichtigung des Umfangs und der Arten der Geschäfte, die sie durchführt, und der Risiken, denen sie bei der Geschäftstätigkeit ausgesetzt ist; im zweiten Absatz heißt es, dass die Geschäftsführung regelmäßig zu überprüfen hat, ob die Gesellschaft über die Kapitalangemessenheit verfügt. An diese Bestimmung sind aber keine Handlungspflichten (mehr) geknüpft- die gibt es nur wenn die Gesellschaft insolvent ist. Siehe Amtsblatt RS 126/2007.

Ohne Zweifel ist die Finanzierung mit Fremdkapital attraktiver als mit Eigenkapital (sog. *Leverage-Effekt*).⁴⁵¹ Gemäß dem Bericht der Europäischen Kommission finanzieren im europäischen Durchschnitt die Unternehmer ihre Geschäftsvorhaben mit ca. 35 % Fremdkapital, 10 % Eigenkapital und 55 % nicht ausgeschüttetem Gewinn.⁴⁵² Der Grund liegt darin, dass es keine gesetzlich vorgeschriebene angemessene Eigenkapitalquote gibt.⁴⁵³

In der Wirtschaftsökonomie werden Ansichten vertreten, dass das Anlagevermögen, wie zB Immobilien, Maschinen, etc aus Eigenkapital oder langfristigem Fremdkapital angeschafft werden sollten. Sonst riskiert die Gesellschaft Überschuldung oder zumindest Zahlungsunfähigkeit. Mit kurzfristigem Fremdkapital sollte nur das Umlaufvermögen finanziert werden.⁴⁵⁴

3. Die zentralen Judikaturlinien zum Eigenkapitalersatzrecht

Die gesetzliche Grundlage des österreichischen Eigenkapitalersatzrechts ist seit 2004 das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)⁴⁵⁵, das auf einer langjährigen richterrechtlichen Rechtsfortbildung⁴⁵⁶ in Österreich beruhte, die mit der Zeit sehr unübersichtlich geworden ist. Vorwürfe hinsichtlich der großen Rechtsunsicherheit, fehlenden gesetzlichen Regelung und häufigen Kritik an den von der Rechtsprechung entwickelten Regeln, insbesondere der extensiven Anwendung und Sanierungsfeindlichkeit dieser Regeln führten zum eigenen Gesetz.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ Aus steuerlicher Sicht ist diese Art der Finanzierung genauso sehr attraktiv, da die Zinsen aufgrund der Fremdfinanzierung von der Steuerbemessungsgrundlage abgezogen werden können.

⁴⁵² Siehe dazu *Vráblová*, *Právne aspekty financovania kapitálových spoločností* (Rechtliche Aspekte der Finanzierung bei den Kapitalgesellschaften), *Bulletin slovenskej advokácie* (Bulletin der slowakischen Anwaltschaft) 2/2003, 1 (1).

⁴⁵³ Die Ausnahmen befinden sich im Wertpapier- und Investitionsfondsgesetz und im Bankgesetz. Der Basel-Ausschuss empfiehlt mindestens 8%.

⁴⁵⁴ Siehe auch *Allgemeine Wirtschaftslehre: Finanzierung eines Unternehmens* 3, abrufbar unter <http://www.pbueche.de/wp/wp-content/uploads/finanzierung-eines-unternehmens.pdf> (abgerufen am 17.09.2014); vgl auch *Fleischer/Göttingen*, *Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, ZGR 2001, 1 (9 f) mwN.

⁴⁵⁵ Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG), eingeführt durch das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 - GIRÄG 2003, BGBl I Nr 92/2003.

⁴⁵⁶ Vgl zur Judikaturlinie des OGH *Kalss/Eckert*, *Zentrale Fragen* 268 ff; *Reich-Rohrwig*, *Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung* 51 ff.

⁴⁵⁷ Siehe *Harrer*, *Das neue Eigenkapitalersatzrecht*, wbl 2004, 201 (203).

In der ersten diesbezüglichen Entscheidung von 1991⁴⁵⁸, ist der OGH den in Deutschland entwickelten Grundsätzen⁴⁵⁹ im Wesentlichen gefolgt und in Analogie zu §§ 74 Abs 1, 83 GmbHG hat er die Regeln entwickelt⁴⁶⁰, dass ein Darlehen, welches die Gesellschafter der Gesellschaft⁴⁶¹ in der Krise⁴⁶² oder im Stadium der Kreditunwürdigkeit gewährten oder stehen ließen⁴⁶³, zum Schutz der Gläubiger wie Eigenkapital zu behandeln war und daher während der Krisensituation nicht zurückgefordert werden konnte (sog Rückzahlungssperre).⁴⁶⁴

4. Normzweck des Eigenkapitalersatzrechtes

Kurz gesagt betrifft das Eigenkapitalersatzrecht gemäß dem EKEG die Frage, wann eine kreditnehmende GmbH den ihr gewährten Kredit nicht an den

⁴⁵⁸ OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91 = ecolex 1991, 697.

⁴⁵⁹ In Deutschland hat sich das Eigenkapitalersatzrecht sehr lange entwickelt. Die ersten Entscheidungen des BGH gehen bis an die 50 Jahre zurück. Der BGH entwickelte in seiner Entscheidungskette die wichtigsten Prinzipien, die später als Grundlage für die gesetzliche Verankerung - §§ 32a,b dGmbHG - gedient haben. Aus seinem ursprünglichen Modell – Verbot widersprüchlichen Verhaltens – hat er weitere zahlreiche neue Aspekte entwickelt, wie der wirtschaftlich gebotene Eigenkapitalzufuhr, unzulässige Risikoüberwälzung auf die Gläubiger sowie Informationsvorsprung der Gesellschafter. Nicht zu vergessen ist auch die Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter. *„Danach sei der Gesellschafter in der Krise zwar nicht positiv verpflichtet neues Kapital zuzuschießen, er könne sich seiner Verantwortung aber nicht dadurch – zum Nachteil der Gläubiger – entziehen, dass er bei einer tatsächlich beabsichtigten Finanzhilfe, anstatt sie durch eine objektiv gebotene Einbringung haftenden Kapitals zu leisten auf eine andere, ihm weniger riskant erscheinende Finanzierungsform ausweicht“*. BGHZ 90, 381, 389; siehe dazu näher Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 171, 172.

⁴⁶⁰ Der OGH hat die Regelung über die Rückzahlung von Nachschüssen (§ 74 GmbHG) als dogmatische Grundlage für eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen genommen. Eine Analogie zu den deutschen Kapitalerhaltungsregeln war wegen der restriktiven Ausgestaltung der §§ 82, 83 GmbHG nicht möglich. Siehe näher Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 172, 173 mwN. Der OGH hat argumentiert, dass obwohl den Gesellschaftern auch in der Krise der Gesellschaft keine Finanzierungspflichten treffen, trotzdem das Auseinanderfallen von Chancen und Risiko bzw die Doppelrolle, die Gesellschafter in Anspruch nehmen, als anstößig bewertet werden muss. *„Zur Darlehensfinanzierung sind sie in derartigen Fällen regelmäßig nur deshalb bereit, weil sie sich davon Vorteile für das im eigenen Interesse betriebene Unternehmen versprechen; gleichwohl möchten sie aber das Risiko aus der Zuführung neuer Mittel soweit wie möglich zu Lasten der Fremdgäubiger reduzieren und wählen daher die Darlehensform.“* „Machen die Gesellschafter vom Finanzierungsinstrument der Nachschüsse keinen Gebrauch und greifen stattdessen auf die „Quasi-Eigenfinanzierung“ durch Gesellschafterdarlehen, so liegt, wenn mit dieser Finanzierungsmethode für Gläubiger die gleichen Gefahren verbunden sind, denen der Gesetzgeber bei der Rückzahlung von Nachschüssen vorbeugen wollte, eine Regelungslücke vor, die durch Analogie zu schließen ist.“ OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91, SZ 64/53.

⁴⁶¹ Erfasst waren GmbH, GmbH & Co KG, AG und Vereine.

⁴⁶² Dh im Stadium der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft.

⁴⁶³ Das bloße Stehenlassen eines Darlehens ist seit Einführung des EKEG nicht mehr der Tatbestand des EKEG.

⁴⁶⁴ Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2348.

kreditgewährenden Gesellschafter zurückführen darf, also die an die GmbH gewährten Kredite einer Rückzahlungssperre unterliegen.

Aus den Materialien ergibt sich, dass das ursprüngliche Ziel des Gesetzes das Schaffen der Rechtssicherheit, das Herstellen des Ausgleiches zwischen dem Gläubigerschutz und den Interessen der Gesellschafter war. Es besteht kein Zweifel daran, dass die Gesellschafter frei entscheiden sollen, wie sie ihre Gesellschaft finanzieren; sie dürfen aber das Risiko nicht auf die Gläubiger verlagern, in dem sie ihre Rückforderungsansprüche bei einem Misserfolg in Konkurrenz zu den anderen Gläubigern geltend machen und dadurch den Haftungsfond der Gläubiger schmälern. Den Gesellschaftern muss in der Krise eine sogenannte "*Finanzierungs(folgen)verantwortung*" treffen.⁴⁶⁵

Das EKEG überlässt im Rahmen der Finanzierungsfreiheit den Gesellschaftern die Beurteilung, welche Finanzierungsform sie für die betriebswirtschaftlich sinnvollste halten, schränkt jedoch diese Freiheit dann wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet. Im Sinne der "*Finanzierungs(folgen)verantwortung*" dürfen die Gesellschafter, die der in der Krise befindlichen Gesellschaft Mittel zuführten, die die Gesellschaft durch Kreditaufnahme bei Banken nicht mehr erlangen könnte, diese nicht wieder abziehen.

5. Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts

Gemäß EKEG ist ein Kredit, den ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, Eigenkapital ersetzend.⁴⁶⁶

Erfasste Kreditnehmer

Das EKEG ist auf österreichische Kapitalgesellschaften (GmbH und AG), unabhängig von ihrer Größenklasse, Genossenschaften mit beschränkter Haftung und Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, vor allem also die GmbH & Co KG

⁴⁶⁵ Vgl Koppensteiner/Rüffler GmbHG³, Anh § 74 Rz 41 mwN.

⁴⁶⁶ § 1 EKEG.

anwendbar.⁴⁶⁷ Das Gesetz kommt bei sonstigen Personengesellschaften, Vereinen und Privatstiftungen nicht zur Anwendung.⁴⁶⁸

Erfasste Kreditgeber

Im Sinne des EKEG ist der Fremdkapitalgeber (i) ein Gesellschafter

- a) dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht; oder
- b) dem das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuwählen, oder der hierzu aufgrund von Stimmbindungsverträgen in der Lage ist; oder
- c) der das Sonderrecht hat, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein; oder
- d) der einen beherrschenden Einfluss ausüben kann; oder
- e) der mit einem Anteil von zumindest 25 % beteiligt ist;

oder (ii) eine Person⁴⁶⁹, die, ohne Gesellschafter zu sein, einen beherrschenden Einfluss auf die Schuldnergesellschaft ausübt.⁴⁷⁰

§ 5 EKEG regelt daher drei alternative Tatbestände, dh es genügt für die Anwendung des EKEG die Erfüllung einer von denen. Der zentrale Tatbestand wird im § 5 Abs 1 Z 2 EKEG geregelt. Nach dieser Bestimmung ist eine Person der Gesellschafter iSd EKEG dann, wenn sie mit einem Anteil von zumindest 25 % an der Gesellschaft beteiligt ist. Dieser Tatbestand wird durch die

⁴⁶⁷ Eine taxative Aufzählung befindet sich in § 4 EKEG.

⁴⁶⁸ Siehe *Mohr*, Das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 im Überblick in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 23 sowie *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz. Kurzkommentar mit den Änderungen von KO, AO, URG und ÜbG durch das GIRÄG 2003 (2004), § 4 Rz 9 ff.

⁴⁶⁹ Dazu näher unten.

⁴⁷⁰ Vgl § 5 EKEG; Siehe auch *Mohr* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 24; *Mohr*, Der aktuelle Gesetzesentwurf (März 2002) zum Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG), in: *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes: Im italienischen, slowenischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002) 57 f; *Strasser*, EKEG: Auswege und Umwege - Zugleich Anregungen aus Rechtsvergleich, GeS 2011, 475 (476).

weiteren zwei ergänzt, nämlich durch den Begriff der kontrollierenden Beteiligung⁴⁷¹ und des beherrschenden Einflusses⁴⁷².

Als erfasste (Nicht-)Gesellschafter kommen weiters in Betracht:

- der Treuhänder (neben dem Treugeber gem § 7 EKEG);
- die Großmuttergesellschaft iWS (§ 8 EKEG)⁴⁷³;
- die Schwestergesellschaft iWS (§ 9 EKEG)⁴⁷⁴;
- der stille Gesellschafter (§ 10 EKEG); und
- der Nur-Kommanditist, der den Kredit nicht der Kommanditgesellschaft, sondern der Komplementär-GmbH gewährt (§11 EKEG).⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Siehe a) – c) oben. Dieser Tatbestand knüpft an die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft an. Die im § 5 aufgelisteten Tatbestände hinsichtlich der Erläuterung des Begriffes „kontrollierende Beteiligung“ entsprechen den Kontrolltatbeständen bei der Konzernrechnungslegung (§ 244 Abs 2 UGB).

⁴⁷² Eine Beteiligung ist auch dann kontrollierend, wenn sie dem Gesellschafter ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben. Es handelt sich um solche Fälle, die nicht unter § 5 Abs 1 Z 3 EKEG subsumierbar wären. Es kommt auf den rechtlich abgesicherten beherrschenden Einfluss eines Gesellschafters an, der dann vermutet wird, wenn der Gesellschafter zumindest 25 % der Stimmrechte innehat und andere Gesellschafter über eine zumindest gleichwertige Stimmrechtsmacht nicht verfügen. Die Vorschrift kann nur dann Relevanz erlangen, wenn die Satzung abweichende Regelungen über das Stimmrecht enthält. Soweit der Gesellschafter mit zumindest 25 % beteiligt ist, ist § 5 Abs 1 Z 2 EKEG anzuwenden. Gemäß § 5 Abs 1 Z 3 EKEG kann auch ein Nichtgesellschafter einen beherrschenden Einfluss ausüben. Eine nähere Definition fehlt. Man geht davon aus, dass die Macht solcher Person jenem Einfluss gleichwertig sein muss, der auch von einem Gesellschafter ausgeht, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht. Es geht im Gegensatz zu § 5 Abs 2 Z 5 um eine faktische Stellung. *Harrer*, wbl 2004, 207.

⁴⁷³ § 8 EKEG umfasst drei alternative Tatbestände. Gemäß Z 1 gilt der Kreditgeber als Gesellschafter iSd EKEG, wenn er Anteilsrechte oder sonstige Rechte an einem anderen Rechtsträger als der Kredit nehmenden Gesellschaft hat, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf diese ermöglichen, sog mittelbar kontrollierende Beteiligung. Dem Kreditgeber werden jene Gesellschaften zugerechnet, die sich in seiner „Einflussosphäre“ befinden. Gemäß Z 2 gilt der Kreditgeber als Gesellschafter iSd EKEG, wenn er mittelbar an der Kredit nehmenden Gesellschaft mit einem Anteil von zumindest 33% beteiligt ist. Dies betrifft die Anteilsrechte an zwischengeschalteten Gesellschaften. Gemäß Z 3 gilt der Kreditgeber als Gesellschafter iSd EKEG, wenn er unmittelbar oder mittelbar an einer Gesellschaft kontrollierend beteiligt ist, die mit zumindest 25% im Sinne des § 5 Abs. 1 EKEG an der Kredit nehmenden Gesellschaft beteiligt ist. Siehe im Detail *Harrer*, wbl 2004, 208 f.

⁴⁷⁴ Neben den im § 5 EKEG erfassten unmittelbaren Gesellschaftern sind auch Schwestergesellschafter gemäß § 9 EKEG erfasst. Bei Schwestergesellschaftern kommt es somit darauf an, dass der Kreditgeber und andere rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung zusammengefasst sind (ein Konzern vorliegt), der Kreditgeber auf Weisung eines anderen Konzernmitglieds den Kredit gewährt, dieses Konzernmitglied am Kreditgeber unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt ist, und Gesellschafter iSd § 5 Abs 1 EKEG des Kreditnehmers ist. Vgl § 8 EKEG. Siehe ausführlich *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 133 ff.

Krise

Dem EKEG unterliegen nur Kreditgewährungen in der Krise. Finanzierungen vor der Krise sind nicht betroffen. Das EKEG ist von ursprünglicher Charakterisierung der Krise mit dem Begriff „Kreditunwürdigkeit“ abgegangen, was vieles erleichtert hat, insbesondere wurde dadurch der notwendige Drittvergleich im Wirtschaftsleben abgeschafft. Die Krise ist nunmehr im § 2 EKEG durch drei Tatbestände definiert, nämlich Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Reorganisationsbedarf.⁴⁷⁶ Gemäß § 2 EKEG befindet sich eine Gesellschaft in der Krise wenn sie (i) zahlungsunfähig⁴⁷⁷ oder (ii) überschuldet⁴⁷⁸ ist, oder (iii) wenn die Eigenmittelquote der Gesellschaft (§ 23 URG) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahren beträgt; die Krise liegt jedoch dann nicht vor, wenn keine Reorganisation notwendig ist.⁴⁷⁹

Weder bei der Zahlungsunfähigkeit noch bei der Überschuldung des Kreditnehmers kommt es auf die Kenntnis oder Erkennbarkeit dieser Tatbestandsvoraussetzungen an. Nur beim dritten Tatbestand kommt es auf die subjektive Kenntnis bzw der objektivierten Erkennbarkeit des Kreditgebers an. Diese ist gegeben, wenn aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich ist oder aus einem rechtzeitig aufgestellten Jahresabschluss

⁴⁷⁵ *Mohr in Dellinger/Keppert, Eigenkapitalersatzrecht* 25. Zum Zwecke dieser Untersuchung ist es nicht erforderlich hierzu in die Tiefe zu gehen. Siehe aber im Detail andere Beiträge, wie zB *Harrer, wbl* 2004, 201; *Trenkwalder/Thornton, Pfandbestellung und Eigenkapitalersatz, ecolex* 2011, 14; *Koppensteiner, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl* 2008, 53; *Gelter, Konsortialkredit und abgestimmte Kreditgewährung im EKEG, ZIK* 2005, 121; *Dellinger, EKEG - Leicht zu umgehen?, GeS* 2004, 125; *Schmidt, Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich, Eine kritische Analyse des EKEG von 2003, GesRZ* 2004, 75.

⁴⁷⁶ Siehe dazu auch *Harrer, wbl* 2004, 204.

⁴⁷⁷ Gemäß § 66 IO ist der Schuldner zahlungsunfähig wenn er seine Zahlungen einstellt. Zahlungsunfähigkeit setzt nicht voraus, daß Gläubiger andrängen. Der Umstand, dass der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, begründet für sich allein nicht die Annahme, dass er zahlungsfähig ist.

⁴⁷⁸ Ob Überschuldung gemäß § 67 IO vorliegt, hängt von bilanziellen Maßstäben ab. Dabei sind gemäß § 67 Abs 3 IO „*Verbindlichkeiten - auch solche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen - dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 UGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.*“ Es muss jedoch erwähnt werden, dass eine Überschuldung iSd Insolvenzrechts trotz einer bilanziellen Überschuldung dann nicht vorliegt, wenn eine plausible Fortführungsprognose erstellt werden konnte. So *Harrer, wbl* 2004, 204.

⁴⁷⁹ § 2 EKEG.

ersichtlich wäre oder der Kreditgeber weiß bzw für ihn offensichtlich ist, dass ein Jahres- oder Zwischenabschluss aufzeigen würde⁴⁸⁰, dass die Eigenmittelquote der Gesellschaft weniger als 8% ist und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt.⁴⁸¹

Kredit

Im sachlichen Bereich des EKEG wird jede Form des Kredites erfasst. Darunter fallen alle Vereinbarungen, die eine (Vor-)Leistung des Gesellschafters beinhalten, deren Gegenleistung nicht Zug-um-Zug, sondern erst später erfolgt (bewusste Überlassung von Liquidität).⁴⁸² Einem Kredit gleichgestellt werden zusätzliche stille Einlage durch einen bestehenden Gesellschafter oder in bestimmten Fällen auch Einlagen eines nur stillen Gesellschafters.⁴⁸³ Erfasst sind auch von einem Gesellschafter bestellte Kreditsicherheiten.⁴⁸⁴ Im EKEG befindet sich keine positive Definition des „Kredites“, sondern nur Festlegung von Ausnahmen.

Gemäß § 3 Abs 1 EKEG stellen (i) ein kurzfristiger, dh für nicht mehr als 60 Tage gewährter Geldkredit; (ii) ein Waren- oder sonstiger für einen sechs Monate nicht überschreitenden Zeitraum zur Verfügung gestellter Kredit⁴⁸⁵; und (iii) Verlängerung oder Stundung der Rückzahlung eines vor der Krise gewährten Kredites (sog „Stehenlassen“) keine eigenkapitalersetzende Kredite dar.⁴⁸⁶ Gebrauchsüberlassung und Dienstleistung als solche sind ebenfalls

⁴⁸⁰ Es ist maßgebend, ob dem Gesellschafter Warnsignale wie zB Verschlechterung der Ertragslage, Umsatzeinbrüche oder Forderungsausfälle vorliegen. In diesem Fall besteht die Pflicht der Gesellschafter zur weiteren Nachforschungen. Dabei spielen unterschiedliche Aspekte eine Rolle, wie zB welche Informationen sind dem Gesellschafter zugänglich, ist die Heranziehung dieser Auskunftsmittel dem Gesellschafter zumutbar, welche Schlüsse er aus diesen Informationen ziehen kann etc. Dazu ausführlicher *Schulyok*, „Krise statt Kreditunwürdigkeit und Entsperrung“ in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 45 mwN.

⁴⁸¹ Das Vorliegen des Reorganisationsbedarfs ohne Kennzahlen hat keine Bedeutung; eine Ausnahme käme dann in Betracht, wenn der Jahresabschluss offensichtlich falsch wäre und nur deswegen die Kennzahlen nicht erfüllt wären. Näher *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz. Kurzkommentar § 2 Rz 19.

⁴⁸² Vgl *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, Anh § 74 Rz 20 mwN.

⁴⁸³ Siehe *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, Anh § 74 Rz 24 mwN.

⁴⁸⁴ Siehe *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, Anh § 74 Rz 25 mwN.

⁴⁸⁵ Eine längere Frist kann dann in Betracht kommen, wenn der Gesellschafter nachweist, dass ein längeres Zahlungsziel branchenüblich ist.

⁴⁸⁶ Siehe § 3 EKEG; vgl auch *Bauer/Zehetner in Straube GmbHG*² § 82 Rz 172.

nicht vom EKEG erfasst. Gemäß § 3 Abs 3 EKEG kann eine Kreditgewährung nur das Entgelt betreffen.⁴⁸⁷

Das Gesetz definiert nicht den Begriff „Kreditgewährung“ und differenziert nicht zwischen Kreditgewährung und Mittelzuführung. In der Praxis stellt sich dann die Frage, was unter „der Gewährung eines Kredites“ zu verstehen ist.

Am besten kann man diese Problematik anhand eines praktischen Beispiels zeigen. Ein Mehrheitsgesellschafter gewährt der Gesellschaft am 1. Jänner 2006 einen Kredit in Höhe von EUR 100.000,- wobei er EUR 50.000,- gleich und weitere EUR 50.000,- erst am 1. Februar 2006 zu zahlen hat. Am 1. Februar 2006 befindet sich die Gesellschaft in einer Krise. Ist der Mehrheitsgesellschafter trotzdem verpflichtet die Mittel an die Gesellschaft zu leisten, obwohl sich die wirtschaftlichen Verhältnisse markant geändert haben?

Diese Frage ist in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. ME kann die Zahlung der EUR 50.000,- am 1. Februar 2006 keine Eigenkapital ersetzende Leistung sein. Das Gesetz verlangt eine „Kreditgewährung“ und keine Kreditzuzahlung. Unter Kreditgewährung wird die Verpflichtung verstanden, dem Kreditnehmer bestimmte Mittel zur Verfügung zu stellen. Maßgeblich ist daher der Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung und nicht der Darlehenszuzahlung.⁴⁸⁸ In unserem Fall hat der Mehrheitsgesellschafter bereits seine Verpflichtung vor der Krise übernommen. Dieser Fall ist dem sog Stehenlassen von Krediten subsumiert, da "keine neue Liquidität zugeführt" wird⁴⁸⁹ und dadurch von dem Geltungsbereich des EKEG ausgenommen werden muss.

Außerdem soll der Gesellschafter nicht von den Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts überrascht werden. Wichtig ist der Zeitpunkt der Entscheidung und nicht jener, vielleicht einige Tage später liegender Zeitpunkt, in dem die getroffene Entscheidung tatsächlich umgesetzt wird.⁴⁹⁰ Allerdings

⁴⁸⁷ Vgl. *Dellinger*, Der sachliche Anwendungsbereich des EKEG in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 57 f.

⁴⁸⁸ Vgl. auch *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz. Kurzkommentar § 3 Rz 25.

⁴⁸⁹ EBRV124 BlgNR 22 GP 14.

⁴⁹⁰ Siehe *Dellinger* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 61.

muss verhindert werden, dass ein Kredit auf Vorrat eingeräumt wird. Es ist daher nur dann auf die Vereinbarung abzustellen, wenn es keinen Anlass für eine nochmalige Überprüfung der Finanzierungsentscheidung gäbe. Eine nochmalige Überprüfung wäre dann erforderlich, wenn zwischen der Entscheidung und der tatsächlichen Zuführung des Kredites eine längere Zeit vergangen wäre (60 Tage und mehr), oder wenn es seit der Entscheidung über die Kreditgewährung eine markante Verschlechterung der Lage der Gesellschaft gegeben hätte.⁴⁹¹

Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen eines als Eigenkapital ersetzend qualifizierten Kredits iSd EKEG regelt § 14 EKEG. Im Verhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmergesellschaft tritt eine sog Rückzahlungssperre⁴⁹² ein, dh dass der Kreditgeber den Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern darf und die Gesellschaft den Kredit nicht zurückzahlen darf, solange sie nicht saniert ist und, wenn das Insolvenzverfahren nach einem bestätigten Sanierungsplan aufgehoben ist, soweit der Rückzahlungsanspruch die Sanierungsplanquote übersteigt⁴⁹³; maßgeblich ist die nachhaltige Sanierung der Gesellschaft und nicht die Unterbilanz.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Siehe dazu auch *Dellinger* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 61 f und *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 3 Rz 25 f.

⁴⁹² Die Rechtsfolgen des § 14 EKEG ähneln § 83 GmbHG in der Pflicht zur Rückerstattung der verbotenerweise ausbezahlten Leistungen. Der Zweck bei beiden Bestimmungen liegt in der Kapitalerhaltung der Gesellschaft und dadurch in der Gewährleistung des Gläubigerschutzes. Der Unterschied besteht darin, dass § 14 EKEG keine Ausnahme bei der Gutgläubigkeit vorsieht. Liegt die Krise vor, kommt im Fall von Eigenkapital ersetzenden Darlehen § 14 EKEG als *lex specialis* zur Anwendung.

⁴⁹³ Der Zinsenlauf wird auch während der Krise fortgesetzt. Dabei wird es statt auf die Kennzahlen auf den Reorganisationsbedarf abgestellt. Sie ist nicht saniert, wenn sie zahlungsunfähig, überschuldet ist bzw wenn einen Reorganisationsbedarf besteht oder wenn einer dieser Umstände eintritt. Subjektive Elemente sind nicht vorgesehen. Dasselbe gilt, wenn sich der Gesellschafter durch Aufrechnung, Pfandverwertung oder in anderer Weise Befriedigung verschafft. Vgl § 8 EKEG. Siehe auch *Schulyok* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 48 f mwN.

⁴⁹⁴ Der OGH hat in seiner Grundsatzentscheidung SZ 64/53 hinsichtlich der Rechtsfolgen der Umqualifikation von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital die Bestimmungen für Nachschüsse des § 74 GmbHG analog mit folgender Begründung angewendet: „*Machen die Gesellschafter vom Finanzierungsinstitut der Nachschüsse keinen Gebrauch und greifen statt dessen auf die ‚quasi – Eigenfinanzierung‘ durch Gesellschafterdarlehen, so liegt, wenn mit dieser Finanzierungsmethode für Gläubiger die gleichen Gefahren verbunden sind, denen der Gesetzgeber bei der Rückzahlung von Nachschüssen vorbeugen wollte, eine Regelungslücke vor, die durch Analogie zu schließen ist. Daraus*

Der Anspruch der Gesellschaft auf Rückerstattung verjährt in 5 Jahren ab Zahlung oder sonstiger Befriedigung.⁴⁹⁵ Wenn die Gesellschaft jedoch beweist, dass der Empfänger die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte, dann gilt die allgemeine Verjährungsfrist.⁴⁹⁶ Die Rückzahlungssperre gilt ebenfalls auch für die Geschäftsführer. Ein Verstoß dagegen kann einen Schadenersatzanspruch auslösen.⁴⁹⁷ Zusätzlich treten auch die Rechtsfolgen in der Insolvenz ein. Gemäß § 57 a IO kann ein Gesellschafter, der eine Eigenkapital ersetzende Leistung erbracht hat, im Insolvenzverfahren seine Forderung erst auf besondere Aufforderung durch das Insolvenzgericht anmelden, die nur dann das Insolvenzgericht erteilt, wenn zu erwarten ist, dass es zu einer zumindest teilweisen Befriedigung kommen kann.⁴⁹⁸

6. Anwendbarkeit des EKEG auf Sachverhalte mit Auslandsberührungen

Auf die Frage, ob das EKEG auch zur Anwendung bei Sachverhalte mit Auslandsberührungen kommt, gibt das EKEG keine Antwort. Aus allgemeinen Grundsätzen des Internationalen Privatrechts ergibt sich jedoch, dass die

folgt, dass im Falle der Gewährung eines Darlehens durch einen Gesellschafter einer GesmbH bei Kreditunfähigkeit der Gesellschaft dieses Darlehen dem Rückzahlungsverbot in Analogie des § 74 Abs 1 GmbHG unterliegt. Dieses Darlehen darf daher bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zurückbezahlt werden. Diese Grundsätze gelten auch in der Insolvenz und in der Liquidation der Gesellschaft und führen dazu, dass Ansprüche aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger zurückzutreten haben. Erst wenn die übrigen Gläubiger befriedigt sind und in der Liquidation noch verteilungsfähiges Vermögen vorhanden ist, sind die Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen zu befriedigen.“ Siehe dazu SZ 64/53 abgedruckt in *Schulyok in Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 47 f. Aus der Analogie ergibt sich, dass eine Rückzahlung nicht verlangt werden kann, wenn bilanzmäßiger Verlust am Stammkapital bestand (sog Unterbilanz) oder die Auszahlung zu einem solchen Verlust führen würde. Das EKEG hat die Maßgeblichkeit der Unterbilanz nicht übernommen, vielmehr ist die nachhaltige Sanierung der Gesellschaft von Bedeutung. So auch *Schulyok in Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 48.

⁴⁹⁵ § 14 Abs 3 EKEG

⁴⁹⁶ EBRV124 BlgNR 22. GP 20, diese beträgt 40 Jahre; §§ 1478, 1472 ABGB. Siehe auch § 83 Abs 5 GmbHG.

⁴⁹⁷ Das EKEG regelt nicht die Frage der Haftung des Geschäftsführers für die Auszahlung der eigenkapitalersetzenden Kredite. Die Haftung wird in der Rsp beim Vorliegen des Verschuldens bejaht, solange die Krise aufrecht bleibt. Eine ähnliche Ausfallhaftung wie in § 83 EKEG vorgesehen, wird im Fall von Eigenkapital ersetzenden Darlehen nicht anerkannt, weil die nicht kreditgewährenden Gesellschafter bei der Finanzierungsentscheidung nicht mitgewirkt haben. Siehe *Bauer/Zehetner in Straube GmbHG*² § 82 Rz 190; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz. Kurzkommentar § 14 Rz 23; der Straftatbestand der betrügerischen Krida könnte auch erfüllt werden. Siehe dazu OGH 11 Os 41/02 EvBl 2003/33, 149 = JBl 2003, 592.

⁴⁹⁸ Es handelt sich um sog nachrangige Forderungen, die erst nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen sind. Das kommt in Praxis kaum vor, da die Quote, die der nicht gesicherte Insolvenzgläubiger erhält, üblicherweise deutlich unter 10 % liegt.

Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften an das Gesellschaftsstatut anknüpft.⁴⁹⁹

Die Vorschriften des EKEG kommen dann immer zur Anwendung, wenn die kreditnehmende Gesellschaft dem österreichischen Recht unterliegt. Andere Anknüpfungsmomente, wie zB das Personalstatus des Gesellschafters (Kreditgebers), der Ort des Abschlusses, die Abwicklung des Kreditvertrages spielen keine Rolle.

Die Frage der Anwendbarkeit des EKEG könnte sich uU im Fall der Briefkastenfirmen, Gesellschaften, die bloß formell im Ausland gegründet worden sind, die den Sitz der Hauptverwaltung jedoch in Österreich haben, stellen. Nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts sollte in einem solchen Fall aufgrund der Sitztheorie das EKEG zur Anwendung kommen. Die Entwicklung im Gesellschaftsrecht auf Europaebene hat jedoch in den letzten Jahren zur Ausweitung der Niederlassungsfreiheit geführt. Die Sitztheorie ist im Bereich der Niederlassungsfreiheit nicht mehr anwendbar. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH⁵⁰⁰ ergibt sich deutlich, dass auch Sonderanknüpfungen, die zu gegenüber dem Heimatrecht der Gesellschaft verschärften Kapitalschutzerfordernissen führen, gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.⁵⁰¹

7. Auswirkungen auf das Cash Pooling

Wenn ein Teilnehmer des Systems wirtschaftlich angeschlagen ist und einen nicht bloß kurzfristig negativen Cashflow hat, kann dies zu einer Verknappung der liquiden Mittel im gesamten Cash-Pool führen. Im Ergebnis werden andere, wirtschaftlich eigentlich gesunde Gesellschaften beeinträchtigt, weil auch sie

⁴⁹⁹ Dies gilt auch für die Mindestkapitalvorschriften sowie Kapitalerhaltungsvorschriften. Die nationalen Vorschriften sind auf Auslandsgesellschaften – auch im Falle des Umgehens nationaler Kapitalvorschriften - aufgrund des Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit nicht anzuwenden.

⁵⁰⁰ Siehe zB *Inspire Art*.

⁵⁰¹ Siehe näher *Dellinger* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 82 und 83 sowie *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 27; krit *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 183 ff mwN.

ihre Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen können, sobald der Cash-Pool ausgetrocknet ist.

Neben diesen wirtschaftlichen Gefahren bestehen bei Krisen auch rechtliche Risiken. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an das Eigenkapitalersatz-Gesetz zu denken. Wie schon oben erwähnt, bestimmt das EKEG, dass ein Kredit, den ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, Eigenkapital ersetzend ist. Das EKEG geht von einem weiten Kreditbegriff aus; darunter fallen nicht nur Darlehensverträge iSd § 938 ABGB, sondern jede Vereinbarung, aufgrund welcher die Gesellschaft die Gegenleistung, unabhängig von der Form, den Modalitäten und dem Zweck der Kreditgewährung erst später erbringen soll, sohin auch Cash Pooling-Zahlungsströme.⁵⁰²

Wenn und sobald ein Kredit an eine Tochtergesellschaft Eigenkapital ersetzend ist oder wird, kann er samt Zinsen erst zurückgefordert werden, wenn die betroffene Gesellschaft saniert ist. Dennoch erhaltene Rückzahlungen müsste der Gesellschafter wieder zurückgeben.

Für ein Cash-Pooling bedeutet dies, dass Gesellschaften, deren Liquiditätsüberfluss in den Pool einbezahlt wird, jedem anderen teilnehmenden Unternehmen, das sich in einer Krise befindet, ein eigenkapitalersetzendes Darlehen gewähren und dieses nicht mehr zurückverlangen können, bis die Krise beseitigt ist. Es wird nämlich zu unterstellen sein, dass bei einem Cash-Pool die Konzernobergesellschaft maßgebenden Einfluss auf alle Gesellschaften ausübt und diese dadurch veranlasst, anderen Konzerngesellschaften Kredit zu gewähren.⁵⁰³

Im Wesentlichen werden durch das EKEG daher zwei Aspekte des Cash Poolings betroffen: die automatische Rückführung von Krediten entgegen der Rückzahlungssperre über die Master Company durch das laufende Cash Pooling, und ein Rückgewähranspruch der finanzierenden österreichischen Poolgesellschaft gegen die Konzernspitze, die das Cash Pooling veranlasst

⁵⁰² Vgl. *Billek*, Cash Pooling im Konzern 150.

⁵⁰³ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz. Kurzkommentar § 9 Rz 17.

hat, wenn die Master Company den Kredit einer österreichischen Poolgesellschaft wegen der Eigenkapitalersatzregelungen nicht zurückführen muss (oder darf).⁵⁰⁴

Der zweite Aspekt könnte ein Haftungsrisiko für die Konzernspitze darstellen: Der Rückgewähranspruch gegen die Konzernspitze ist die Rechtsfolge der Rückzahlungssperre.⁵⁰⁵

Der erste Aspekt kann dazu führen, dass bei Eintritt einer Krise eine österreichische Poolgesellschaft aus dem Cash Pool ausscheiden muss. Zwar lässt sich aus dem EKEG nicht ableiten, dass eine Gesellschaft aus dem Cash Pooling auszuschneiden hat, wenn sie in die Krise gerät, jedoch sind, solange die Krise andauert, Rückzahlungen jener Kredite ausgeschlossen, die seit Beginn der Krise gewährten wurden. Auch eine vertragliche Vereinbarung, gemäß welcher positive Kontensalden, die trotz der Krise auf dem Konto der Poolgesellschaft erzielt werden, zur Rückführung nur jener Kredite bei der Master Company, die bereits vor Beginn der Krise gewährt wurden, verwendet werden können, meines Erachtens nicht möglich ist.⁵⁰⁶

In Verbindung mit Cash Pooling ist weiters zu beachten, dass kurzfristige Kredite gemäß § 3 EKEG nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes fallen. Es gibt allerdings Stimmen in der Literatur, die besagen, dass die in einem Cash-Pooling, abhängig von der konkreten Ausgestaltung, täglich fällige und somit kurzfristige Kredite, in Anbetracht des auf Dauer angelegten Systems nicht von der Ausnahme des § 3 EKEG erfasst sind, weil man sonst auf diese Art das Gesetz umgehen könnte. Es gibt jedoch, soweit ersichtlich, zu dieser Frage keine Rechtsprechung.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Vgl auch *Billek*, Cash Pooling im Konzern 170 f.

⁵⁰⁵ Vgl *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, Anh § 74 Rz 29 mwN. Will man diese Konsequenzen vermeiden, so muss man im Cash-Pooling System die beteiligten Unternehmen laufend überwachen können und dafür Sorge tragen, dass noch vor Entstehen einer Krise im Sinne des EKEG eine notleidende Gesellschaft aus dem Cash-Pooling System ausscheidet. Entsprechende Dokumentation wird im Streitfall mit Gläubigern und/oder einem Insolvenzverwalter hilfreich sein.

⁵⁰⁶ Vgl auch *Billek*, Cash Pooling im Konzern 170 mwN.

⁵⁰⁷ Siehe zB *Artmann/Polster-Grüll*, RdW 2008, 629.

8. Eigenkapitalersatzrecht in der Slowakei

Dass die Gesellschafter ihre Geschäftsvorhaben am liebsten mit Fremdkapital finanzieren, versteht sich von selbst. Die Erhöhung des Stammkapitals mit neuen Stammeinlagen oder die Bezahlung der Nachschüsse kommen kaum in Betracht. Vielmehr nehmen die Gesellschafter Kredite von dritten Personen auf bzw. gewähren selbst der Gesellschaft ein Darlehen. Im Gegensatz zu Nachschüssen, gewährt nämlich ein Darlehen den Gesellschaftern eine Gläubigerstellung im Insolvenzverfahren und damit die Hoffnung auf deren Rückzahlung. Dass die Gesellschafter selber entscheiden sollten, welche Finanzierungsform sie im konkreten Fall als die betriebswirtschaftlich sinnvollste betrachten, steht mE außer Diskussion. Die Frage sollte sich jedoch dann stellen, wenn eine Gesellschaft wegen ihrer Kreditunwürdigkeit von einem Dritten keinen Kredit mehr erhalten würde und ein Gesellschafter stattdessen, dass er der Gesellschaft das Eigenkapital zuführt, lieber sein eigenes Darlehen gewährt.

Mit dem Eigenkapitalersatzrecht hat der österreichische Gesetzgeber versucht, einen *„angemessenen Ausgleich zwischen der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter und den Interessen der Gläubiger zu erreichen“*⁵⁰⁸. Wie schon oben erwähnt, ist ein Darlehen eines Gesellschafters nach dem österreichischen EKEG Eigenkapital ersetzend, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung kreditunwürdig war. In einem solchen Fall darf das Darlehen weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden, solange die Gesellschaft nicht nachhaltig saniert wurde.⁵⁰⁹ Eine ähnliche Regelung ist dem slowakischen Rechtssystem aber fremd.

Die Erforderlichkeit eines slowakischen EKEG stand auch in der Slowakei zur Diskussion, wurde jedoch nicht umgesetzt. In Österreich – im Gegensatz zur Slowakei – wurde das Eigenkapitalersatzrecht nämlich jahrelang in der Rechtsprechung anerkannt und in der Literatur auch heftig diskutiert. Die

⁵⁰⁸ Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 40 mwN; siehe auch näher EKEG; so wie Erl zum MinEntw S 15.

⁵⁰⁹ Solche Darlehen sind als *„Forderungen auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen“* angesehen und in der Insolvenz der Gesellschaft erst nach den Forderungen der Insolvenzgläubiger befriedigt. Was in der Wirklichkeit bedeutet dass die Gesellschafter mit leeren Händen rauskommen.

Judikaturregeln des Eigenkapitalersatzrechtes waren Gegenstand rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Kritik. Mit der Einführung des österreichischen EKEG wollte der Gesetzgeber die Rechtssicherheit schaffen.

In der Slowakei gibt es keine Judikaturregeln des Eigenkapitalersatzrechtes; auch fehlen die Anhaltspunkte⁵¹⁰, aus denen der österreichische Gesetzgeber ausgegangen ist. Würde sich aber der slowakische OGH mit der Frage der Umqualifizierung beschäftigen müssen, hätte er meines Erachtens zwei Möglichkeiten.

Erstens könnte der slowakische OGH aus gesellschaftsrechtlicher Sicht meiner Meinung nach mit dem Grundsatz der redlichen Geschäftsbeziehungen und des Verbotes der Einlagenrückgewähr⁵¹¹ argumentieren und diese analog auch auf die von Gesellschaftern in der Krise der Gesellschaft gewährten Darlehen anwenden. Das würde heißen, dass es dem Geschäftsführer nicht erlaubt wäre ein „eigenkapitalersetzendes“ Darlehen an den kreditgewährenden Gesellschafter zurückzuzahlen. Was passiert aber dann, wenn der Geschäftsführer dem Gesellschafter ein „eigenkapitalersetzendes“ Darlehen doch zurückzahlt. In diesem Fall müsste man sich die Frage stellen, ob die Gesellschaft die Möglichkeit hätte, das Geld zurückzuverlangen. Da eine dem österreichischen Rechtssystem ähnliche Umqualifizierung dem slowakischen

⁵¹⁰ Als Beispiel sei Nachschusspflicht zu erwähnen. Gemäß §§ 72-74 GmbHG kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass die Gesellschafter über die übernommene Stammeinlage hinaus Nachschüsse leisten müssen. Die Nachschüsse dienen zur provisorischen Gesellschaftsvermögensvermehrung und sind eigenkapitalähnlich, da sie nur dann an die Gesellschafter zurückbezahlt werden dürfen wenn sie nicht zur Deckung eines bilanzmäßigen Verlustes am Stammkapital erforderlich sind. In der Slowakei sind die Nachschüsse anders geregelt. Sie sind als gebundenes Eigenkapital zu sehen mit dessen Rückerstattung der Gesetzgeber nicht rechnet und die nur zur Deckung der Gesellschaftsverluste dienen. Die Generalversammlung kann so eine Pflicht nur dann anordnen wenn in der Bilanz ein Verlust aufscheint. Es geht um die unübliche beschränkte Nachschusspflicht, nur bis zur Höhe der Hälfte des Stammkapitals (aufgrund des Trennungsprinzips). Sie können nur in Barform eingebracht werden. Das slowHGB verwendet auch nicht den Begriff „die Nachschüsse“ sondern es werden nur Beiträge zur Deckung der Gesellschaftsverluste im Gesetz erwähnt. Die Möglichkeit der Rückerstattung der Nachschüsse würde in der geltenden Rechtslage die Gefährdung des Grundsatzes der Kapitalerhaltung und auch der Kapitalaufbringung bedeuten. Die Generalversammlung kann nämlich so eine Pflicht auch dann anordnen wenn die Stammeinlagen noch nicht voll einbezahlt sind. Das würde die Umgehung des Verbotes der Anrechnung des Anspruches der Gesellschaft auf die volle Einzahlung der Einlage mit der Forderung der Gesellschafter auf die Rückerstattung der Nachschüsse ermöglichen. Siehe näher *Vráblová*, Ochrana majetku kapitálových spoločností 50 ff und 307.

⁵¹¹ So auch *Vráblová*, Bulletin slovenskej advokácie 2/2003, 10 f.

Rechtssystem fremd ist, bleibt die Forderung des Gesellschafters als Naturalobligation weiterhin bestehen. Aus diesem Grund könnte man die Rückerstattung des Geldes seitens der Gesellschaft nicht mit Hilfe der Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung bewirken. Die Gesellschaft könnte jedoch das Geld aufgrund des Verbotes der Einlagenrückgewähr verlangen, welches meiner Meinung nach bei „eigenkapitalersetzenden“ Darlehen analog zur Anwendung kommt, und die Folgen der Nichtigkeit an solche Transaktionen knüpft, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.⁵¹²

Zweitens könnte der slowakische OGH mit der Hilfe der insolvenzrechtlichen Bestimmungen argumentieren. Der slowakische Gesetzgeber hat mit seiner Novelle zum slowakischen Konkurs- und Reorganisationsgesetz eine neue Bestimmung eingeführt, gemäß welcher die Forderungen eines Gläubigers, der mit dem Schuldner verwandt ist oder war, nachhaltig zu befriedigen sind. Meiner Meinung nach wäre diese Bestimmung auch bei „eigenkapitalersetzenden“ Darlehen analog anzuwenden. Es gibt jedoch, soweit ersichtlich, zu dieser Frage keine Rechtsprechung; eine solche wäre jedoch zu befürworten.

H. Funktionen, Rechtfertigung und Kritik der Kapitalerhaltung

Das System der Kapitalerhaltung ist sowohl in der Slowakei als auch in Österreich eine logische Folge der Mindestkapital- und Mindestkapitalaufbringungsvorschriften. Nicht nur die Länder mit dem gesetzlichen Mindestkapitalerfordernis, sondern auch solche, die kein Mindestkapital vorsehen, wie zB die englische private limited kennen die Kapitalerhaltungsregeln; nur erwirtschaftete Gewinne dürfen an die Gesellschafter ausgeschüttet werden.⁵¹³

Der „begrenzte“ Gläubigerschutz ist erst dann möglich, wenn neben den Kapitalaufbringungsvorschriften auch Kapitalerhaltungsregeln verankert werden. Für *Zollner* wären die gründungsrechtlichen

⁵¹² Siehe auch *Vráblová*, Bulletin slovenskej advokácie 2/2003,11.

⁵¹³ Vgl. *Rüffler*, GeS 2005, 141 mwN.

Kapitalaufbringungsvorschriften ohne ein strenges Kapitalerhaltungsregime gänzlich wirkungslos, weil diese nach Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch durch Einlagenrückgewähr beliebig umgegangen werden könnten.⁵¹⁴

Nach Ansicht des BGH ist die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften ein „unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögens.“⁵¹⁵ „Da aufgrund des Trennungsprinzips im Kapitalgesellschaftsrecht die Anteilseigner von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft idR freigestellt sind, ist es Aufgabe der Rechtsordnung, Ausschüttungssperren einzurichten, damit das von der Gesellschaft aufgenommene Fremdkapital nicht als Gewinn ausgewiesen und an die Teilhaber abgeführt werden kann.“⁵¹⁶

Die wichtigste Funktion der Kapitalerhaltungsregeln ist daher das Verbot der Vermögensausschüttung, die nicht Gewinn ist. Die Kapitalerhaltungsregeln schützen gegen die offene oder verschleierte Aufzehrung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter oder ihnen nahe stehende Personen. Das einmal einbezahlte Mindestkapital soll nicht an die Gesellschafter zurückbezahlt werden. In diesem Zusammenhang werden die Kapitalerhaltungsregeln in der Literatur auch als eine Art der kollektivvertraglichen Grundsicherung für die Gläubiger gesehen. Die Gläubiger sollen darauf vertrauen können, dass dieser Grundstock nicht willkürlich an die Gesellschafter ausbezahlt wird.⁵¹⁷

Schließlich werden die Kapitalerhaltungsregeln mit dem Begriff Rechtssicherheit verbunden. Die Gesellschafter und Geschäftsführer haben sich an bestimmte Verhaltensregeln zu halten.⁵¹⁸ Dank der österreichischen als auch der slowakischen Kapitalerhaltungsregeln werden sowohl vorvertragliche

⁵¹⁴ Siehe *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung 43 mwN.

⁵¹⁵ BGH, zitiert nach *Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (86) mwN.

⁵¹⁶ *Kübler*, Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz?, Rechtsvergleichende Überlegungen zu den „stillen Reserven“, ZHR 1995, 550 (552) mwN.

⁵¹⁷ Dagegen spricht jedoch, dass die Kapitalerhaltungsregeln die Gesellschaft nicht vor schlechten Geschäften bewahren. Daher kann das Mindestkapital als Betriebskapital der Gesellschaft nach wenigen Tagen weg sein.

⁵¹⁸ Siehe im Detail *Rüffler*, GeS 2005, 145 f.

als auch nachvertragliche Informationsasymmetrien - wenn auch nicht beseitigt zumindest gemindert: „cash in and run“.

Sowohl in der Slowakei als auch in Österreich dienen die Ausschüttungsbegrenzungen der Absicherung von Gläubigeransprüchen da den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen und nicht das Privatvermögen der Gesellschafter zur Befriedigung deren Forderungen zur Verfügung steht; dabei spielt die Rechnungslegung eine große Rolle.⁵¹⁹ Das Mindeststammkapital als reine Rechengröße befindet sich in der Bilanz auf der Passivseite wobei ein bilanzieller Verlust bereits dann auszuweisen ist wenn die Summe des bilanzierten Aktivvermögens die Summe aus Fremdkapital und dem um die Stammkapitalziffer erhöhten Eigenkapital unterschreitet, was wiederum dem Gläubigerschutz dient. Ebenfalls wird der Gewinn unter Anwendung des Vorsichtsprinzips⁵²⁰ ermittelt, was auch im Sinne des Gläubigerschutzes ist. Aufgrund der Pflicht zur vorsichtigen Bewertung sind vorhersehbare Risiken und Verluste sofort in Anschlag zu bringen.⁵²¹

Das gegenwärtige System der Kapitalerhaltung hat natürlich auch seine Kritiker. Die größte Kritik an die Kapitalerhaltungsregeln ist ihre Komplexität und Inflexibilität, die wiederum hohe Compliance-Kosten verursachen, insbesondere in Form von Beratungsaufwand.

Für *Jungmann* sind die Kapitalerhaltungsregeln zu starr; durch ihre Inflexibilität kommt oft zur Verhinderung der sinnvollen Unternehmensfinanzierungen. *„Berechtigte Interessen der Gesellschaft, etwa Kapital auf andere Art und Weise als vom Gesetz zugelassen aufzubringen oder Vermögenswerte unter anderen als den vom Gesetz genannten Bedingungen an die Gesellschafter zu transferieren, bleiben unberücksichtigt.“*⁵²²

⁵¹⁹ Siehe *Rammert*, Lohnt die Erhaltung der Kapitalerhaltung?, BFuP 2005, 578 (591).

⁵²⁰ Damit das Vorsichtsprinzip operabel umgesetzt werden kann, sind insbesondere zwei „Unterprinzipien“ im Gesetz verankert, und zwar das Realisations- und Imparitätsprinzip. Nach diesen zwei Prinzipien sind Gewinne im Jahresabschluss nur dann berücksichtigt, wenn sie am Abschlusstag realisiert sind; dazu im Gegensatz müssen alle bis zum Abschlussstichtag vorhersehbaren unrealisierten Risiken und Verluste berücksichtigt werden. Siehe näher FN 600.

⁵²¹ *Kübler*, ZHR 1995, 552 f.

⁵²² *Jungmann*, Solvenzttest- versus Kapitalschutzregeln - Zwei Systeme im Spannungsfeld von Gläubigerschutz und Finanzierungsfreiheit der Kapitalgesellschaft, ZGR 2006, 638 (641).

Einfachere Ausschüttungsregeln, die etwa nur an die Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Vermeidung der Überschuldung anknüpfen würden, würden nicht so hohe Kosten verursachen, und würden eine Rückführung nicht benötigter liquider Mittel ermöglichen, die in anderen Bereichen des Geschäftes verwendet werden könnten, was für ein Unternehmen uU wiederum Gewinn erbringen könnte.⁵²³

Die Verhinderung sinnvoller Wege der Unternehmensfinanzierung ist aus finanzwirtschaftlicher Sicht der zentrale Ansatzpunkt der Kritik. Laut *Rüffler* sind jedoch solche komplexe Regeln wichtig, um einen ausreichenden Gläubigerschutz zu gewähren, den durch die Kapitalerhaltungsregeln auch tatsächlich gewährleistet wird. Nach seiner Meinung verursacht die Komplexität der Kapitalerhaltung hohe Kosten, auf der anderen Seite haben auch andere Rechtsordnungen eigene Regeln, die genauso mit hohen Kosten verbunden sind; wie zB Aushandlung der financial covenants, Regeln der Durchgriffshaftung oder Geschäftsführerhaftung. Das englische wrongful trading oder ein solvency test arbeiten mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die ebenfalls mit einem höheren Risiko verbunden sind und dadurch Kosten insbesondere in Form von Beratung verursachen würden.⁵²⁴

Die Kapitalerhaltungsregeln werden nicht nur wegen ihrer Starrheit und Strenge kritisiert. *Rammert* stellt den gesamten Gläubigerschutz in Frage, insbesondere weil das Ausschüttungsverbot bei Verlusten nicht zur Anwendung kommt und daher das Gesellschaftsvermögen durch diese völlig aufgezehrt werden kann. Sowohl § 82 GmbHG als auch § 123 SGG schützen die Gläubiger nicht vor einem Insolvenzrisiko. Laut *Rammert* ist eine Stabilisierung der Höhe des Insolvenzrisikos durch die Regeln der Kapitalerhaltung nicht möglich; Ausschüttungssperren können sogar vielmehr unter ungünstigen Bedingungen

Siehe auch *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts 302, 322, die die Starrheit des Verbotes der Einlagenrückgewähr dahingehend kritisieren, dass dieses etwa Leveraged-Buyout-Transaktionen und Konzernfinanzierungsmodelle, vor allem die Praxis des Cash Pooling, die sowohl in der Slowakei als auch in Österreich noch einer gesetzlichen Regelung harzt und daher mit einer Rechtsunsicherheit verbunden ist, beschwert.

⁵²³ *Rüffler*, GeS 2005, 145 mwN.

⁵²⁴ Vgl. *Rüffler*, GeS 2005, 142 mwN.

zu einer Steigerung des Insolvenzrisikos führen und verursachen Kosten durch Unternehmenswertvernichtung.⁵²⁵

Auch *Kuhner* kritisiert vor allem das „Überinvestitionsproblem“ (bekannt auch als „*gambling for resurrection*“); dieses kann sogar gläubigerschädigende Wirkung haben. Es handelt sich um Fälle der eigenkapitalfinanzierten Projekte mit hohem Risiko in Situationen hoher Bestandsgefährdung; die Gesellschafter setzen „alles auf eine Karte“. Schlagen sich die eingegangenen Risiken in überproportionalen Erträgen nieder, so profitieren davon aufgrund ihrer Beteiligung am Ertragsresiduum ausschließlich die Gesellschafter; führt das Projekt zum endgültigen Zusammenbruch, dann haben die Gesellschafter gleichwohl wenig verloren. Die Ausschüttungssperre verschärft den Anreiz zur Überinvestition. Aufgrund der Ausschüttungssperre sind die Gesellschafter zur Reinvestition der Zahlungsüberschüsse unternehmensintern gezwungen und dadurch steigt bei hoher Bestandsgefährdung die Wahrscheinlichkeit des „*gambling*“.⁵²⁶

3. Kapitel Alternative Gläubigerschutzinstrumente

I. Einführung

Wie oben bereits gezeigt wurde, gewährleistet das derzeitige Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungssystem keinen ausreichenden Gläubigerschutz. Insbesondere die Kapitalaufbringungsvorschriften im Zusammenhang mit dem Mindestnennbetragssystem sind Gegenstand der häufigen Diskussionen. Damit stellt sich die Frage, ob andere Instrumente die Aufgabe einer angemessenen, fairen Aufteilung der Risiken zwischen den Unternehmern und Gläubigern in Österreich und in der Slowakei besser übernehmen können; die Instrumente, die einen „ausreichenden“ Gläubigerschutz gewährleisten und gleichzeitig aber nicht das Wirtschaftsleben beeinträchtigen würden. Das folgende Kapitel stellt einige Instrumente vor, die teilweise in unterschiedlichen ausländischen Rechtsordnungen als

⁵²⁵ *Rammert*, BFuP 2005, 590 f.

⁵²⁶ *Kuhner*, Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, 753 (768).

Gläubigerschutzinstrumente existieren und untersucht deren Anwendbarkeit bzw Effizienz aus der Sicht der österreichischen und slowakischen Rechtslage.

II. Solvenzprüfung

A. *Allgemein*

Als Alternative zum bisherigen Kapitalschutz wird immer wieder die Solvenzprüfung diskutiert. In der Literatur wird der nach dem angloamerikanischen System vorgeschlagene Solvenztest als eine Art Mittelweg zwischen Gläubigerselbstschutz und strengem gesetzlichen Kapitalschutz gesehen, der einen besseren Gläubigerschutz gewährleistet als ein Mindestkapitalsystem.⁵²⁷

Im Fall einer Solvenzprüfung dürfen Ausschüttungen nur dann vorgenommen werden, wenn danach die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens gewährleistet wird.⁵²⁸ „*No distribution may be made, if, after giving it effect, the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business.*“⁵²⁹

Die Ausschüttungen stehen grundsätzlich im Belieben der Geschäftsführer. Die Solvenzprüfung sollte insbesondere auf zwei unterschiedlichen Kontrollen beruhen.

Erstens ist die Bilanz oder das Nettovermögen zu prüfen. Nach dieser Prüfung müssen die Aktiva (exklusive des Eigenkapitals) die Passiva nach der vorgeschlagenen Ausschüttung vollständig abdecken oder übersteigen.

Zweitens ist eine Liquiditätsprüfung oder Vergleich des Umlaufvermögens mit den kurzfristigen Verbindlichkeiten (*current assets, current liabilities test*) durchzuführen. Dabei muss das Umlaufvermögen des Unternehmens für die

⁵²⁷ Siehe unter vielen *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 42; *Kleindiek*, ZGR 2006, 345; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2006, 488.

⁵²⁸ Siehe *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 42.

⁵²⁹ Zitiert nach *Pellens/Jödicke/Richard*, Solvenztests als Alternative zur bilanziellen Kapitalerhaltung?, DB 2005, 1393 (1396).

Bezahlung der Verbindlichkeiten bei ihrer Fälligkeit in der nächsten Periode ausreichen.⁵³⁰

Nach der Durchführung der Solvenzprüfung sollte die Geschäftsführung eine sog Solvenzbescheinigung ausstellen. Eine Ausschüttung ist nur dann zulässig, wenn die Geschäftsführung diese Solvenzbescheinigung ausstellt, in welcher sie ausdrücklich bestätigt, dass die vorgeschlagene Ausschüttung nach der Solvenzprüfung zulässig ist. Die Geschäftsführung haftet für die Richtigkeit der Solvenzbescheinigung. Zeigt der geprüfte Abschluss des Unternehmens, dass die vorgeschlagene Ausschüttung der Solvenzprüfung nicht standhält, dürfen die Geschäftsführer auch keine Solvenzbescheinigung ausstellen. Nach dem Vorschlag des *Winter*-Berichtes sollten die Mitgliedstaaten für die Geschäftsführung im Fall einer irreführenden Bescheinigung auch entsprechende Sanktionen vorsehen, wie zB persönliche Haftung oder Verbot der Tätigkeit als Geschäftsführer.⁵³¹

In der Stellungnahme des *Winter*-Berichtes finden wir zur Durchführung der Solvenzprüfung keine konkrete Ausarbeitung hinsichtlich der anzuwendenden Bewertungsmethoden. In der Literatur wird als Vergleich der US-amerikanische *equity insolvency test* und die amerikanischen insolvenzrechtlichen Vorschriften des *Uniform Fraudulent Transfer Act* herangezogen. Nach dem US-amerikanischen *equity insolvency test* dürfen die Ausschüttungen nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Die insolvenzrechtlichen Vorschriften des *Uniform Fraudulent Transfer Act* verbieten wiederum solche Ausschüttungen, die dazu führen würden, dass der Gesellschaft unverhältnismäßig wenig Vermögenswerte verbleiben würden.⁵³²

In der Literatur können auch konkrete Vorschläge gefunden werden.⁵³³ Als Beispiel kann ein sog Finanzplan erwähnt werden, der von der

⁵³⁰ Siehe näher Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa 95.

⁵³¹ Siehe näher Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa 95 und 96.

⁵³² Siehe auch *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 43 mwN.

⁵³³ So ua *Pellens/Jödicke/Richard*, DB 2005, 1398.

Geschäftsführung in Anlehnung an eine Kapitalflussrechnung aufgestellt wird. Im Finanzplan sollen alle Ereignisse in der Zukunft und deren Konsequenzen für die Zahlungsmittelfähigkeit eines Unternehmens in einer bestimmten Periode abgebildet und eine langfristige Kapitalbedarfsplanung vorgestellt werden, um allfällige existenzgefährdende Risiken zu erkennen. Mit Hilfe des Finanzplanes soll daher eine Aussage über eine ausreichende Liquidität zur Fortführung der Geschäftstätigkeit getroffen werden können. Für die Richtigkeit des Finanzplanes soll die Geschäftsführung verantwortlich sein. Das Ergebnis soll folglich in Form einer Solvenzerklärung veröffentlicht werden.⁵³⁴

B. *Rechtfertigung und Kritik der Solvenzprüfung*

Der Solvenzttest wird insbesondere mit der gläubigerschützenden Wirkung in Verbindung gesetzt. Im Vergleich zu den österreichischen und slowakischen Kapitalschutzregime, die einerseits strenger sind und auch solche Ausschüttungen verbieten, die keine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen würden, lässt ein auf einem Solvenzttest aufbauendes System – solange die Gesellschaft solvent bleibt – jede vernünftige Form von Kapitaltransfer zu. Damit wird eine optimale Unternehmensfinanzierung und Ressourcenallokation ermöglicht.⁵³⁵

Beim österreichischen sowie slowakischen Kapitalschutzsystem wird ein Gläubigerschutz durch möglichst weitreichende Kapitalbindung erzielt. Nur im Falle der Liquidation haben die Gesellschafter den Anspruch auf Rückzahlung des Eigenkapitals.⁵³⁶ Weder österreichische noch slowakische Kapitalerhaltungsvorschriften lassen jedoch nicht – im Gegensatz zum Wortlaut des § 6.40 MBCA⁵³⁷ - ausschließen, dass durch die Ausschüttung die Zahlungsunfähigkeit ausgelöst wird.⁵³⁸

⁵³⁴ Siehe im Detail *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 43 und 44 mwN.

⁵³⁵ So *Jungmann*, ZGR 2006, 648 mwN zu aA.

⁵³⁶ Vgl dazu auch *Jungmann*, ZGR 2006, 674.

⁵³⁷ Der MBCA ist ein Modellgesetz, das vom Committee on Corporate Laws der American Bar Association weiterentwickelt wird, siehe *Forstinger*, Delawares komparative Vorteile: Warum Delaware auch in Zukunft der führende In- und Reinkorporationsstaat der USA bleiben wird, ZfRV 2002, 41, FN 35.

⁵³⁸ Vgl *Rammert*, BFuP 2005, 590 mwN.

Die mit dem Solvenztest verbundene gläubigerschützende Wirkung wird aber von manchen in der Literatur in Frage gestellt. Der Unterschied zum bisherigen österreichischen und slowakischen Gesellschafts- und Handelsbilanzrecht liegt insbesondere in der subjektiven Einschätzung der Solvenz der Gesellschaft durch die Geschäftsführer. Bei einer Solvenzprüfung werden im Gesetz keine Regeln und Kernziffern festgelegt; vielmehr wird die Beurteilung dem Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführung überlassen, die dabei im Vergleich zur bisherigen Rechtslage einen größeren Spielraum hätte, wobei selbst bei der sorgfältigsten Planung auch Unsicherheiten und Überraschungen auftreten könnten.⁵³⁹

Dass bei der Planung auch Unsicherheiten und Überraschungen auftreten können versteht sich von selbst. Man darf aber eines nicht vergessen. Wenn sich eine Person entscheidet, die Funktion eines Geschäftsführers zu übernehmen, soll sie mE auf jeden Fall die Kenntnis bzw. das Erkenntnisvermögen eines ordentlichen Geschäftsleiters, unter Berücksichtigung der Größe des Unternehmens, der Branche etc, haben.⁵⁴⁰

Zusätzlich ist es meiner Meinung nach wichtig, sich über alle relevanten Umstände hinsichtlich des Unternehmens zu informieren, um eine nachvollziehbare, vernünftig begründete Solvenzbescheinigung abgeben zu können. Laut *Jungmann* sollte von den Gerichten bei einer *ex post* Bewertung der Prognose geprüft werden, ob die Umstände, die die Insolvenz verursacht haben, schon zum Zeitpunkt der Durchführung der Kapitalmaßnahmen bekannt waren oder zumindest bei gewissenhafter Prüfung zu erkennen gewesen wären (sog „objektiv-subjektiver“ Maßstab).⁵⁴¹

⁵³⁹ Vgl auch *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 44 mwN.

⁵⁴⁰ So auch *Jungmann*, ZGR 2006, 671.

⁵⁴¹ Vgl *Jungmann*, ZGR 2006, 672.

III. Europäische Insolvenzverschleppungshaftung (wrongful trading)

A. *Allgemein*

Eine ganz wichtige Bestimmung aus der Sicht des Gläubigerschutzes befindet sich in den insolvenzrechtlichen Vorschriften. Das Ziel ist die maximale Befriedigung der Gläubiger im Falle der Insolvenz einer Gesellschaft. Die Gesellschaft hat alles dafür zu unternehmen, damit genug Vermögen zu diesem Zeitpunkt zur Deckung der Verluste vorhanden ist. In diesem Zusammenhang spielt eine ganz große Rolle der Zeitpunkt des Insolvenzantrages. Befindet sich die Gesellschaft in der Krise, und sind die Gesellschafter weiter tätig, statt sich eine Unternehmensreorganisation oder Liquidation zu überlegen, stellt sich natürlich die Frage der Gefährdung der Gläubigerforderungen.

Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber eine ganz wichtige Bestimmung ins Gesetz eingeführt. Ein Antrag auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist in Österreich ohne schuldhaftes Zögern zu stellen, sobald die Voraussetzungen dafür vorliegen; spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Der Antrag gilt jedoch dann als nicht schuldhaft verzögert, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist.⁵⁴²

In der Slowakei ist die der Konkursantragspflicht betreffende Bestimmung strenger als in Österreich. In der Slowakei ist der Schuldner verpflichtet, den Antrag auf die Konkurseröffnung innerhalb von 30 Tagen zu stellen, nachdem er Kenntnis über die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft erlangt hat oder mit fachlicher Sorgfalt hätte erhalten können.⁵⁴³ Wird der Antrag auf die Konkurseröffnung nicht rechtzeitig gestellt, haftet er den Gläubigern für den dadurch eingetretenen Schaden.

⁵⁴² Vgl § 69 Abs 2 IO.

⁵⁴³ Vgl § 11 des slowakischen Konkurs- und Reorganisationsgesetzes, Nr 7/2005 idgF (Zákon o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov).

Da die insolvenzrechtlichen Vorschriften aus der Sicht des Gläubigerschutzes eine große Rolle spielen und in den europäischen Ländern sehr unterschiedlich insbesondere hinsichtlich des Haftungsregimes konzipiert sind, finden wir im *Winter-Bericht* Vorschläge, eine europaweite Insolvenzverschleppungshaftung einzuführen, die ihre Grundlage im englischen Rechtssystem - Haftung für „*wrongful trading*“⁵⁴⁴ - findet. Gemäß § 214 Insolvency Act ist die Haftung anwendbar, *"if a) the company has gone into insolvent liquidation, b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation and c) that person was a director of the company at that time (...)"*. Dieses Konzept der Haftung ist strenger als die Haftung gemäß § 69 Abs 2 IO, die Insolvenzeröffnung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verlangt.

B. Rechtfertigung und Kritik des „*wrongful trading*“

Die *Winter-Gruppe* hat richtig festgestellt, dass die einzelstaatlichen Regelungen noch viele Unterschiede im Hinblick auf eine Geschäftsführerhaftung aufweisen. Aus diesem Grund könnte eine im Wege der Rechtsangleichung europaweit wirksame Insolvenzverschleppungshaftung zusammen mit der Sanktion eines allfälligen europaweiten Berufsverbotes ein effektives Instrument für den Gläubigerschutz sein.⁵⁴⁵ Insbesondere die einheitliche Regelung wäre zu begrüßen.

Dies ist heutzutage im internationalen Business ein großes Thema, weil viele Unternehmen grenzüberschreitend arbeiten. Eine einheitliche Insolvenzverschleppungshaftung auf europäischer Ebene wäre sicher eine Hilfe hinsichtlich der Abwicklung der „europäischen“ Insolvenzen. Zusätzlich würden sich die Geschäftsführer zweimal überlegen, welche Risiken sie eingehen, wenn ihnen im Falle der Verletzung der Pflichten ein europaweites Berufsverbot drohen würde. Nach diesem Konzept würden dann die

⁵⁴⁴ Vgl § 214 Insolvency Act (Insolvenzordnung): abgedruckt in *Haberer*, *The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts*, *GesRZ* 2003, 211 (216) mwN.

⁵⁴⁵ Siehe näher *Wohlfahrt*, *Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften* 44 mwN.

Geschäftsführer zur Rechenschaft gezogen, wenn sie zulassen, dass die Geschäftstätigkeit nicht eingestellt wird, obwohl sie erkennen (sollten), dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen (können) wird.⁵⁴⁶

Obwohl man behaupten könnte, dass die gewissenhaften Geschäftsführer den Geschäftsverlauf des Unternehmens nonstop beobachten sollen, darf man mE nicht vergessen, dass im Wirtschaftsleben viele Umstände nicht vorhersehbar sind. Die gänzliche Übernahme des „*wrongful trading*“ in das kontinentale Rechtssystem würde meiner Meinung nach auch Schwierigkeiten verursachen, die genauso im englischen Verfahren zu sehen sind. Insbesondere sind Themen zu beachten, wann genau ist es absehbar, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann; wann genau hätten die Geschäftsführer die Insolvenz der Gesellschaft voraussehen müssen etc.⁵⁴⁷

IV. Financial Covenants

A. *Allgemein*

Neben den gesetzlich bereitgestellten Sicherungsinstrumenten steht den Gläubigern auch die Möglichkeit, sich vertraglich gegen Ausfall ihrer Forderungen zu sichern, beispielweise mit der Hilfe der sog *financial covenants*. Die *financial covenants* sind im angloamerikanischen System entstanden, welches nur schwache gesetzliche Ausschüttungssperren kennt und daher die Ausschüttungsregeln auf vertraglicher Ebene entwickelte. Die Initiative des Gläubigerschutzes liegt daher in den USA nicht beim Gesetzgeber sondern bei den Gläubigern selbst.⁵⁴⁸

Die *financial covenants* sind Verpflichtungen des Kreditnehmers, die sich insbesondere in den Kreditverträgen befinden, und die konventionellen Kreditsicherungsinstrumente ergänzen und teilweise auch substituieren.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa 12 und 75.

⁵⁴⁷ So auch *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 45 mwN.

⁵⁴⁸ Siehe näher *Merkt*, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305 (313) mwN.

⁵⁴⁹ *Krüger*, Mindestkapital und Gläubigerschutz 205 mwN.

Die Verpflichtungen können unterschiedlicher Natur sein; es kann sich dabei um Gebote (*positive covenants*) oder Verbote (*negative covenants*) handeln.⁵⁵⁰ Der Kreditnehmer kann sich beispielsweise verpflichten, seine Ausschüttungen zu begrenzen oder ein bestimmtes Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital zu wahren bzw bestimmte Informations- und Rechnungslegungspflichten zu erfüllen.⁵⁵¹

Die Kreditinstitute verwenden *financial covenants*, um die Kreditwürdigkeit der Kreditnehmer und die Kreditrisiken zu überwachen.⁵⁵² Nach *Kuhner* sind *financial covenants* „Geschäfts- bzw Ausschüttungsrestriktionen, die von einzelnen Gläubigern ausgehandelt werden und bei Verletzung zur sofortigen Fälligestellung des Kredites führen“.⁵⁵³

B. Rechtfertigung und Kritik der Financial Covenants

Die *financial covenants* sind mE ein sehr effektives Gläubigerschutzinstrument. Die Gläubiger können sich selber mit der Hilfe einer Vereinbarung vor dem Ausfall eigener Forderungen schützen. Die Flexibilität der *financial covenants* zeigt sich darin, dass die vertraglichen Ausschüttungssperren nach den Erwartungen der Gläubiger an die spezifischen Verhältnisse des Unternehmens angepasst werden können.⁵⁵⁴

Die *financial covenants* werden überwiegend von Banken oder Versicherungen genutzt. Solche große Finanzgläubiger haben nämlich durch ihre besondere Verhandlungsmacht und den Besitz wichtiger Informationen eine bessere Verhandlungsposition. Von deren Macht- und Kompetenzvorsprung können daher auch kleine Gläubiger reflexhaft dadurch profitieren, dass die „großen“ Gläubiger verhaltenssteuernde Maßnahmen bei den Verhandlungen setzen.⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ Siehe *Rammert*, BFuP 2005, 588 mwN.

⁵⁵¹ Die *financial covenants* ähneln dem gesetzlichen Kapitalerhaltungsregime in Österreich und in der Slowakei. Siehe auch *Merk*, ZGR 2004, 313 mwN.

⁵⁵² Siehe *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 46 mwN.

⁵⁵³ *Kuhner*, ZGR 2005, 763 FN 30 mwN.

⁵⁵⁴ *Rammert*, BFuP 2005, 589 mwN.

⁵⁵⁵ Siehe auch *Rammert*, BFuP 2005, 589 mwN.

Man muss aber auch dieses Instrument kritisch unter die Lupe nehmen.

Erstens können kleine Gläubiger in den Geschäftsbeziehungen beispielsweise mit den großen Banken ihre Ansprüche meistens nicht durchsetzen.⁵⁵⁶ Was auch die Praxis beweist. Meistens werden von den Gesellschaftern Bürgschaften als Sicherheiten verlangt.⁵⁵⁷ Daher scheiden *financial covenants* als Schutzinstrument für Deliktsgläubiger und Vertragsgläubiger ohne ausreichende Verhandlungsmacht aus.⁵⁵⁸

Zweitens verursachen *financial covenants* hohe Transaktionskosten, insbesondere in Form von Verhandlungs- bzw. Überwachungskosten, die für Kleingläubiger meistens nicht tragbar sind.⁵⁵⁹ Dies hat zur Folge, dass nur Standardverträge ausverhandelt werden⁵⁶⁰, wodurch aber die Flexibilität der *financial covenants* abgeschwächt würde.

Drittens sind kleine Gläubiger nur dann indirekt geschützt, wenn verhandlungsstarke Gläubiger *financial covenants* mit dem Unternehmen abschließen. Dabei übernehmen die großen Gläubiger keine Aufgabe eines Sachwalters der kleinen Gläubiger, sondern vielmehr wahren sie ihre eigenen Interessen.⁵⁶¹ Die kleinen Gläubiger haben zudem auch keinen Einfluss auf eine mögliche Änderung oder Beendigung des vertraglichen Gläubigerschutzes.⁵⁶²

Zusätzlich räumen *financial covenants* ein Mitspracherecht im Unternehmen des Schuldners ein. Das ist rechtlich nicht ganz unproblematisch. Solche Klauseln können in die Leitungsautonomie des Schuldnerunternehmens eingreifen und daher als sittenwidrig und nicht durchsetzbar angesehen werden.⁵⁶³

⁵⁵⁶ Siehe *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 46 mwN.

⁵⁵⁷ Siehe *Wilhelmi*, GmbHHR 1/2006, 16 mwN.

⁵⁵⁸ Vgl. *Rammert*, BFuP 2005, 589 mwN.

⁵⁵⁹ Siehe *Rammert*, BFuP 2005, 589 mwN; *Wilhelmi*, GmbHHR 1/2006, 16 mwN.

⁵⁶⁰ *Rüffler*, GeS 2005, 148.

⁵⁶¹ Siehe dazu *Merkt*, ZGR 2004, 313.

⁵⁶² Dazu *Merkt*, ZGR 2004, 314 mwN.

⁵⁶³ Vgl. *Drygala*, Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen, ZGR 2006, 587 (598).

Trotz der Kritik - die kleinen Gläubiger können ihre Ansprüche nicht durchsetzen - handelt es sich bei den *financial covenants* sicherlich um ein Gläubigerschutzinstrument, das mE mehr und mehr in Anspruch genommen wird.

V. Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung

A. *Allgemein*

Wie schon an mehreren Stellen in dieser Arbeit erwähnt, basiert sowohl das österreichische als auch das slowakische Gesellschaftsrecht auf dem Grundsatz des Trennungsprinzips. Nach dem Trennungsprinzip haften die Gesellschafter nicht für Schulden der Gesellschaft; vielmehr ist ihre Haftung nur mittelbar und beschränkt bis zur Höhe der jeweiligen Stammeinlage, die im Firmenbuch eingetragen ist. Diese „beschränkte“ Haftung wird heutzutage von vielen Unternehmern zu Lasten der Gläubiger ausgenützt.

Auch das Einlagenrückgewährverbot, welches sowohl offene als auch verdeckte Ausschüttungen aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter verbietet, soweit es sich nicht um Ausschüttungen aus dem Bilanzgewinn handelt deckt nicht alle Folgen eines Verstoßes ab. Überlässt die Gesellschaft ihre Maschinen dem Gesellschafter unentgeltlich zur Verfügung, entgeht der Gesellschaft nicht nur ein marktübliches Entgelt (vom Einlagenrückgewährverbot erfasst) sondern vielmehr könnten der Gesellschaft dadurch beispielsweise weitere Geschäftschancen entgehen (wie zB Verlust eines Großauftrages). Dieser (Folge-) Schaden wird vom Einlagenrückgewährverbot nicht miterfasst; und ist daher auch nicht gemäß § 83 GmbHG zu ersetzen. Ebenso wenig sieht ein Einlagenrückgewährverbot bestimmte Rechtsfolgen für den Fall vor, wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft für die Insolvenz der Gesellschaft beispielsweise dadurch verantwortlich ist, dass er die Existenzgrundlagen (zB Vermögenswerte) der Gesellschaft entzieht.⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ Siehe *Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG² § 82 Rz 196 f.

In Österreich wurde jedoch in den letzten Jahren in der Literatur mehr und mehr dieser „Mangel“ kritisiert und die Haftung der Gesellschafter für die (Folge-) Schäden aus den Verstößen gegen das Einlagenrückgewährverbot teilweise bejaht wenn die Eingriffe der Gesellschafter zu einer „kalten“ Liquidation der Gesellschaft geführt oder diese vertieft haben.⁵⁶⁵

Die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs auf die Gesellschafter wurde bereits unter besonderen Voraussetzungen teilweise ebenfalls von der Rechtsprechung „zugelassen“.⁵⁶⁶ Man muss jedoch die Zulassung des Haftungsdurchgriffs mit Vorsicht genießen. Die Durchbrechung des Trennungsprinzips und somit die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist noch immer sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung ein streitiges Thema.

Der Durchgriff stellt eine normative Ausnahme dar, die von Einzelfällen abhängig ist und für die Anerkennung einer persönlichen Haftung der Gesellschafter stets einer besonderen Begründung bedarf. Während die Lehre meist zu einer Anerkennung tendiert ist die Rechtsprechung in Österreich bisher eher zurückhaltend gewesen. In der Slowakei gibt es – soweit ersichtlich – überhaupt keine Rechtsprechung in dieser Hinsicht.

Unter welchen Voraussetzungen ein Durchgriff auf die Gesellschafter möglich ist oder sein soll, dazu haben sich in Judikatur und Literatur verschiedene Fallgruppen herausgebildet⁵⁶⁷. Die Durchgriffshaftung⁵⁶⁸ stellt kein einheitliches Rechtsinstitut dar. Sie ist eher ein Sammelbegriff für verschiedene Rechtsinstitute mit nur marginalen Gemeinsamkeiten.

⁵⁶⁵ Siehe unter vielen *Koppensteiner*, „Existenzvernichtung“ der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter, in FS Honsell (2002) 607; *Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBI 2006, 681 ff; ablehnend *Torggler*, JBI 2006, 85 ff.

⁵⁶⁶ OGH 12.04.2001, 8 Ob A 98/00w; DRdA 2002, 401 (403); OGH 29.04.2004, 6 Ob 313/03b, GesRZ 2004, 379.

⁵⁶⁷ Ausführlich mit weiteren Verweisen *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000) 103 ff.

⁵⁶⁸ Von der echten Durchgriffshaftung sind die Fälle des Zurechnungsdurchgriffs sowie solche Konstellationen zu unterscheiden, in denen ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, der eine persönliche Außenhaftung der Gesellschafter zu begründen vermag: unmittelbare rechtliche Verpflichtung, culpa in contrahendo, unterlassene Aufklärungen über die mangelnde Kreditwürdigkeit, Rechtsscheinhaftung.

Die wichtigsten Fallgruppen sind:

- Vermögens- bzw Sphärenvermischung;
- Allgemein "missbräuchliche Verwendung" der juristischen Person;
- Qualifizierte Unterkapitalisierung.

Vermögens- bzw Sphärenvermischung

Der OGH sprach sich in seinen Entscheidungen⁵⁶⁹ für eine Durchgriffshaftung im Falle einer Vermischung des Gesellschaftsvermögens mit dem des Gesellschafters aus. Vorausgesetzt wird eine "*generelle Vermögensvermischung*": Dem deutschen BGH weitgehend folgend muss auch in Österreich "*die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden sein*", sodass "*die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§§ 1, 48 AktG, § 61 Abs 2 GmbHG) ist, nicht funktionieren*".

Man muss aber an dieser Stelle erwähnen, dass im Wesentlichen die Rechtsprechung und Literatur hier Gesellschaften (meist Einpersonengesellschaften) vor Augen haben, bei denen aufgrund fehlender oder äußerst mangelhafter Buchführung die stattgefundenen Bewegungen zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen der Gesellschafter nicht nachvollziehbar sind.

Nach hM jedenfalls nicht ausreichend ist die Unaufklärbarkeit der Eigentumsverhältnisse hinsichtlich einzelner Vermögensgegenstände. Diesfalls muss ein Gesellschafter, dem die Unsicherheit über die Eigentumsverhältnisse zurechenbar ist, nur das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen, was im Ergebnis auf eine Haftung mit dem konkreten Vermögensgegenstand hinausläuft.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ 8 Ob A 98/00w; 6 Ob 313/03b.

⁵⁷⁰ Siehe Aicher/Kraus in *Straube*, GmbHG² § 61 Rz 59. f

Allgemein "missbräuchliche Verwendung" der juristischen Person

Die Durchgriffshaftung der Gesellschafter ist gelegentlich in der Literatur auch etwa wegen Missbrauchs der Organisationsfreiheit im Wege künstlicher Aufspaltung eines einheitlichen Unternehmens in zahlreiche Gesellschaften angenommen worden. Da nicht eindeutig festgelegt werden konnte wann eine "künstliche Unternehmensspaltung" vorliegt, haben sich österreichische Literatur und Judikatur nicht weiter mit diesem Thema beschäftigt.

Die neue Judikatur⁵⁷¹ begründet in einigen erst kürzlich ergangen Entscheidungen die Durchgriffshaftung der Gesellschafter mit einer analogen Anwendung der für die Geschäftsführer geltenden Haftungsbestimmungen. Dieser Rechtsprechung zufolge haften Gesellschafter, die sich faktisch oder kraft Weisungsrecht in die Geschäftsführung einmischen, wie ein Geschäftsführer (Haftung als faktischer Geschäftsführer kraft Beherrschung); Da eine solche Haftung gerade nicht gesetzlich verankert ist, ist diese Judikatur in der hL äußerst umstritten.

Auch eine Durchgriffshaftung aufgrund von sog. "existenzgefährdenden Einflussnahmen" in Anlehnung an das *Bremer-Vulkan-Urteil des BGH*⁵⁷² und die Folgerechtsprechung wurde in der österreichischen Literatur viel diskutiert. Im deutschen Leiturteil ging es um die Haftung der Vorstandsmitglieder der insolventen Konzernmutter, die durch den Abzug lebensnotwendiger Liquidität zugunsten eines zentralen Cash-Managements den Zusammenbruch einer Tochtergesellschaft herbeigeführt hatte. Die Judikaturlinie wurde in der österreichischen Literatur ganz überwiegend positiv aufgenommen und auch an Stimmen, die für eine Rezeption in Österreich eintreten, fehlt es nicht⁵⁷³.

Im Anschluss an den BGH werden als Haftungsvoraussetzungen genannt: (i) die Insolvenz der Gesellschaft; (ii) eine ursächliche oder wenigstens

⁵⁷¹ 8 Ob A 98/00w.

⁵⁷² BGH II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 - "Bremer Vulkan".

⁵⁷³ *Koppensteiner*, FS Honsell 607 (620 ff); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 17; ausführlich *Schopper* - *Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176 ff, insb 182 ff.

insolvenzvertiefende Nachteilszufügung unter Außerachtlassung der "Mindeststandards seriösen unternehmerischen Verhaltens"; (iii) das Einverständnis des Gesellschafters mit dem Eingriff; und (iv) die mangelnde Einzelausgleichsfähigkeit über die §§ 30 f dGmbHG bzw § 62 dAktG (entsprechen § 83 GmbHG, § 56 AktG).⁵⁷⁴

Qualifizierte Unterkapitalisierung

Der umstrittenste und mestdiskutierte, mE auch der wichtigste bzw häufigste Fall des Haftungsdurchgriffs ist die sog. "*qualifizierte Unterkapitalisierung*", die seit Jahren in österreichischer und auch deutscher Literatur und Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit GmbHs diskutiert wird.

Voraussetzung dieser Durchgriffshaftung ist zunächst die materielle Unterkapitalisierung⁵⁷⁵; bei der materiellen Unterkapitalisierung steht der Gesellschaft das zur Betriebsführung notwendige Kapital weder als Fremdkapital noch als Eigenkapital zur Verfügung und somit ist sie nicht mehr kreditfähig.⁵⁷⁶

Jedoch nicht jede materielle Unterkapitalisierung vermag einen Haftungsdurchgriff zu rechtfertigen. Die hM stellt – wenn überhaupt - auf eine sog qualifizierte Unterkapitalisierung ab, um „*den Problemen der ex ante Bestimmbarkeit der Unterkapitalisierung Rechnung zu tragen und der Gefahr der Aushöhlung der gesetzlichen Haftungsbeschränkung entgegenzuwirken*“⁵⁷⁷.

Der OGH sieht diese als "*eine eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Misserfolg*

⁵⁷⁴ Vgl auch Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 48 Rz 21.

⁵⁷⁵ Die materielle Unterkapitalisierung ist von der nominellen Unterkapitalisierung zu unterscheiden. Bei der nominellen Unterkapitalisierung geht es um den Problemkreis der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, bei denen der Gesellschaft das für den Fortbetrieb nötige Kapital nicht als haftendes Eigenkapital sondern als Fremdkapital zur Verfügung gestellt wird. In diesem Fall wird dem Gläubigerschutz durch das Eigenkapitalersatzrecht Rechnung getragen. Siehe näher Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz 85 mwN.

⁵⁷⁶ Für die Beurteilung der Kreditfähigkeit im Falle der Durchgriffshaftung bei materieller Unterkapitalisierung werden dieselben Kriterien herangezogen, die für das Eigenkapitalersatzrecht entwickelt wurden.

⁵⁷⁷ Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz 86 mwN.

zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt“⁵⁷⁸. Obwohl die österreichische Rechtsprechung sich bezüglich des Falls der "qualifizierten Unterkapitalisierung" noch nicht festgelegt hat, wurde in der oben erwähnten Entscheidung die "qualifizierte Unterkapitalisierung" aber immerhin als möglicher Grund für eine Durchgriffshaftung in Betracht gezogen.

B. Rechtfertigung und Kritik der Durchgriffshaftung

Nach der aktuellen Rechtsprechung ist eine Haftung allein wegen (qualifizierter) Unterkapitalisierung ausgeschlossen; es müssen vielmehr betrügerische Elemente dazukommen. Von einem durch die Rechtsprechung festgelegten variablen Erfordernis des Mindestkapitals kann keine Rede sein; dazu kann man auch nicht bei Betrachtung der Ansätze in der Literatur kommen.

Eine Durchgriffshaftung wegen materiell (qualifizierter) Unterkapitalisierung ist auch in der Literatur noch immer ein sehr strittiges Thema. Selbst unter den Befürwortern besteht über einzelne Aspekte Uneinigkeit. Beispielsweise wird in der Literatur häufig diskutiert, ob die Haftung nur bei einer anfänglichen Unterkapitalisierung⁵⁷⁹ oder sogar auch bei einer nachträglichen Unterkapitalisierung⁵⁸⁰ bejahen soll. ME ist es nach der aktuellen gesetzlichen Lage schwierig die Haftung wegen nachträglicher Unterkapitalisierung zu bejahen. Erstens ermöglicht § 72 GmbHG, eine Nachschusspflicht im Gesellschaftsvertrag vorzusehen; von einer generellen Nachschusspflicht kann aber keine Rede sein.⁵⁸¹

Ebenfalls müssten die Gesellschafter - um nicht wegen nachträglicher Unterkapitalisierung in Anspruch genommen zu werden - in regelmäßigen

⁵⁷⁸ 8 Ob 629/92, EvBl 1993/144.

⁵⁷⁹ Das für die Betriebsführung voraussichtlich notwendige Kapital fehlt schon bei der Gründung der Gesellschaft.

⁵⁸⁰ Zu der nachträglichen Unterkapitalisierung kommt es erst später durch Verluste oder Geschäftsausweitung.

⁵⁸¹ So auch Aicher/Kraus in *Straube*, GmbHG² § 61 Rz 61 mwN.

Abständen die Angemessenheit des Verhältnisses von Gesellschaftskapital und Umfang der Geschäftstätigkeit prüfen. Eine solche Verpflichtung befindet sich jedoch nicht im GmbHG.⁵⁸²

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass obwohl in der materiellen Unterkapitalisierung eine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Gläubigerschädigung erblickt wurde, ist eine Haftung allein wegen (qualifizierter) Unterkapitalisierung ausgeschlossen. Eine gesetzliche Grundlage, die Gesellschaft mit einem der unternehmerischen Zielsetzung, in Hinblick auf das mit der Geschäftsführung verbundene Risiko und den angestrebten Umfang der Geschäftstätigkeit angemessenen Kapital auszustatten, fehlt.

Das Problem liegt in praktischer Umsetzung der Aufhebung der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter in einer GmbH insbesondere hinsichtlich der ex ante Bestimmbarkeit des angemessenen Kapitals.⁵⁸³ Wann liegt eine Unterkapitalisierung⁵⁸⁴ vor? Es fehlen klare wirtschaftliche Kriterien die erlauben den individuellen Eigenkapitalbedarf eines konkreten Unternehmens zu bestimmen. Der Durchgriff stellt daher eine normative Ausnahme dar, die von Einzelfällen abhängig ist und für die Anerkennung einer persönlichen Haftung der Gesellschafter stets einer besonderen Begründung bedarf.

VI. Gläubigerschutzes durch Publizität?

A. *Allgemein*

Auf der europäischen Ebene wurden die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten dank der Umsetzung der EU-Richtlinien im Bereich der Rechnungslegung und

⁵⁸² So auch Aicher/Kraus in Straube, GmbHG² § 61 Rz 61 mwN; aA Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 48 Rz 15 mwN, mit der Begründung uA, dass auch eine wachsende GmbH ein mitwachsendes Finanzpolster braucht. Diese Ansicht ist jedoch meiner Meinung nach nicht unproblematisch, insbesondere für den Fall des Kapitalschwundes infolge von Verlusten. Jede Insolvenz ist nämlich Folge eines derartigen Kapitalschwundes.

⁵⁸³ Siehe Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz 84 mwN.

⁵⁸⁴ Der Begriff darf nicht mit dem Begriff der Kreditwürdigkeit verwechselt werden.

der Handelsregisterpublizität weitgehend angeglichen.⁵⁸⁵ Die im Gemeinschaftsrecht geforderte Publizität von Wirtschaftsdaten soll die Gläubiger vor künftigen negativen Entwicklungen der Gesellschaft schützen. Bei den Kapitalgesellschaften kommt daher der Offenlegungspflicht wegen der Beschränkung der persönlichen Haftung eine große Bedeutung aus der Sicht des Gläubigerschutzes zu.⁵⁸⁶ Gewährleistet aber die Weitergabe der Informationen betreffend die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens⁵⁸⁷ einen ausreichenden Schutz für die Gläubiger?

Alle Kapitalgesellschaften sind zur Offenlegung durch Veröffentlichung bzw. Hinterlegung des Jahresabschlusses beim Firmenbuchgericht verpflichtet. Auf dieser Weise „informiert“ der Jahresabschluss die Dritte über die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens, da jedermann Recht hat, ins Firmenbuchgericht Einsicht zu nehmen.⁵⁸⁸

Der Jahresabschluss der Kapitalgesellschaften und somit auch der GmbHs umfasst neben die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung auch den sog. Anhang⁵⁸⁹ der eine Ergänzung zur Bilanz und zur Gewinn- und Verlustrechnung in der Form darstellt, dass er diese zu erläutern hat, um ein möglichst getreues Bild der Vermögens- Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu vermitteln.⁵⁹⁰ Die Aufstellung des Jahresabschlusses muss

⁵⁸⁵ Siehe Vierte RL 78/660/EWG, ABI EG Nr L 222/11 vom 14.08.1978, Siebente RL 83/349/EWG, ABI. EG Nr L 193/1 vom 18.08.1983 und Erste RL 68/151/EWG, ABI EG Nr L 65/8 vom 14.03.1968 (ersetzt durch Erste RL 2009/101/EG, ABI EU Nr L 258/11 vom 01.10.2009).

⁵⁸⁶ Vgl auch OGH 28.06.2000, 6 Ob 162/00t, GesRZ 2000, 261.

⁵⁸⁷ Vgl § 222 Abs 2 UGB: „Der Jahresabschluss hat ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu vermitteln. Wenn dies aus besonderen Umständen nicht gelingt, sind im Anhang die erforderlichen zusätzlichen Angaben zu machen.“

⁵⁸⁸ In Österreich gibt es komplizierte Regeln hinsichtlich der Offenlegung des Jahresabschlusses und seiner Einreichung beim Firmenbuchgericht. Nur Große GmbHs haben nach § 277 UGB den Jahresabschluss unsaldiert beim Firmenbuch einzureichen. Für mittelgrosse GmbHs gilt, dass sie den beim Firmenbuchgericht einzureichenden Jahresabschluss durch Einreichen einer weniger tief gegliederten Bilanz vereinfachen können. Siehe näher § 279 UGB. Kleine GmbHs trifft seit dem EU-GesRÄG eine eingeschränkte Offenlegungspflicht, und zwar unabhängig davon, ob sie prüfungspflichtig ist. Sie haben nur die Bilanz und vereinfachten Anhang einzureichen (§ 278 UGB). Aus diesem Grund ist schon die Intensität des Gläubigerschutzes zu hinterfragen. In der Slowakei gibt es eine einheitliche Regelung.

⁵⁸⁹ Vgl §§ 193 Abs 4 und 222 Abs 1 UGB; für Slowakei § 17 Gesetz Nr 431/2002 Slg über die Rechnungslegung (*Zákon o účtovníctve*).

⁵⁹⁰ Vgl § 236 Abs 1 UGB.

unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchhaltung klar und übersichtlich erfolgen.⁵⁹¹ Ziel des Anhanges ist es, die der Bilanz oft anhaftenden Informationsdefizite zu verringern und zur Herstellung der Vergleichbarkeit mit Vorperioden gewisse zusätzliche Informationen zu bieten.⁵⁹²

Der Jahresabschluss unterliegt in Österreich der Prüfungspflicht durch einen unabhängigen Abschlussprüfer, der gewährleisten soll, dass der Jahresabschluss den gesetzlichen Bestimmungen entspricht; das gilt für große⁵⁹³ und mittelgroße⁵⁹⁴ sowie kraft Gesetzes aufsichtsratspflichtige⁵⁹⁵ Gesellschaften.⁵⁹⁶

In der Slowakei sind zur Prüfung des Jahresabschlusses ua die GmbHs verpflichtet, bei denen im vergangenen Jahr, für welches der Jahresabschluss überprüft wird, mindestens zwei von folgenden Bedingungen erfüllt sind: (i) die Bilanzsumme übersteigt nach der Brutto-Bewertung EUR 1 Mio; (ii) der Netto-Umsatz (Erlös aus Produkten, Waren und Dienstleistungen) übersteigt EUR 2 Mio; (iii) die Durchschnittsanzahl von Arbeitnehmern übersteigt 30.⁵⁹⁷

Bei der Aufstellung des Jahresabschlusses sind zahlreiche Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften zu berücksichtigen, die sich im Rechnungslegungsgesetz befinden. In den handelsrechtlichen Vorschriften

⁵⁹¹ Siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 22 Rn 10.

⁵⁹² Siehe *Nowotny in Straube* zu UGB II/RLG³, § 222 Rz 31.

⁵⁹³ Gemäß § 221 Abs 3 UGB sind große Kapitalgesellschaften solche, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale überschreiten: (i) 19,25 Millionen Euro Bilanzsumme; (ii) 38,5 Millionen Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag; (iii) im Jahresdurchschnitt 250 Arbeitnehmer. Siehe auch 2. Kapitel dieses Teiles, III.B. – Regelungszweck der § 123 slowHGB und § 82 Abs 1 GmbHG.

⁵⁹⁴ Gemäß § 221 Abs 2 UGB sind mittelgroße Kapitalgesellschaften solche, die mindestens zwei der drei folgender Merkmale überschreiten: (i) 4,84 Millionen Euro Bilanzsumme; (ii) 9,68 Millionen Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag; (iii) im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer und mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten: (i) 19,25 Millionen Euro Bilanzsumme; (ii) 38,5 Millionen Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag; (iii) im Jahresdurchschnitt 250 Arbeitnehmer.

⁵⁹⁵ Siehe § 29 Abs 1 GmbHG; insbesondere ist ein Aufsichtsrat zu bestellen, wenn das Stammkapital EUR 70.000,- und die Anzahl der Gesellschafter fünfzig übersteigen, oder die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt dreihundert übersteigt. In der Slowakei darf eine GmbH max fünfzig Gesellschafter haben. In Österreich muss eine GmbH bei dieser Anzahl einen Aufsichtsrat bestellen.

⁵⁹⁶ Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 22 Rn 21.

⁵⁹⁷ Vgl § 19 Gesetz Nr 431/2002 Slg über die Rechnungslegung (*Zákon o účtovníctve*).

können wir jedoch nicht explizit konkrete Funktionen bzw Ziele der Aufstellung des Jahresabschlusses finden. Aus den häufigen Diskussionen in der Literatur lassen sich insbesondere zwei Funktionen ableiten, nämlich Informations- und Ausschüttungsbemessungsfunktion.

Die Informationsfunktion dient – wie schon oben erwähnt – zur Weitergabe der Informationen betreffend die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens.

Ziel der Ausschüttungsbemessungsfunktion ist es, den ausschüttbaren Jahresüberschuss bzw Bilanzgewinn als Grundlage für die Bemessung ergebnisabhängiger Einkommenszahlungen zu ermitteln.⁵⁹⁸ Dabei ergeben sich Interessenkonflikte zwischen den Gläubigern und Gesellschaftern. Einerseits steht die beschränkte Haftung der Gesellschaft, aufgrund welcher die Gläubiger nur an das Gesellschaftsvermögen greifen können, andererseits als Gegengewicht zu dem Privileg der beschränkten Haftung, das Interesse der Gläubiger an Festlegung der Vorschriften über die Aufbringung der Mindesthaftungsmasse. Aus diesem Grund kann der Aufstellung des Jahresabschlusses, zusätzlich die Kapitalerhaltungsfunktion zugeschrieben werden.

B. Rechtfertigung und Kritik des Gläubigerschutzes durch Publizität

Wie schon oben erwähnt, soll die Publizität von Wirtschaftsdaten die Gläubiger vor künftigen negativen Entwicklungen der Gesellschaft schützen; die Gläubiger können aufgrund der zur Verfügung gestellten Informationen über die tatsächliche wirtschaftliche Situation der Gesellschaft die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft beurteilen und sich gegebenenfalls Sicherheiten ausbedingen.

Ohne Zweifel ist ein Jahresabschluss ein maßgebliches Informationsinstrument nicht nur für gegenwärtige aber auch für potenzielle Vertragspartner. Trotzdem

⁵⁹⁸ *Urnik*, Betriebswirtschaftliche Anforderungen an den Gläubigerschutz – Der HGB-Abschluss als maßgebliches Instrument (?), in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes im italienischen slowenischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002) 13 mwN.

besteht zwischen vorsichtiger Rechnungslegung und der Informationsfunktion im Sinne einer „*True-and-fair-view*“ Berichterstattung eine virulente Diskrepanz.

Mit der Ausschüttungsbemessungsfunktion wird es versucht, mit einer sog. „Ausschüttungssperre“ einerseits in der Phase der Gewinnverwendung und andererseits in der Phase der Gewinnentstehung auf die Höhe des ausschüttbaren Betrages einzuwirken. Insbesondere sollten in der Phase der Gewinnentstehung bestimmte Gewinnvermittlungsregeln, unter Berücksichtigung des Gläubigerschutzes, den ausschüttbaren Betrag gering halten.⁵⁹⁹

Diese Grundsätze werden insbesondere aus der Sicht der Effizienz des Gläubigerschutzes kritisiert. Gegen einen effektiven Gläubigerschutz spricht das Argument der Legung und Auflösung stiller Reserven. Diese entstehen entweder auf der Aktivseite, wenn der Buchwert niedriger als der Zeitwert ist oder durch Nichtaktivierung bestimmter Wirtschaftsgüter oder auf der Passivseite durch den Ansatz fiktiver Schulden. Insofern kann der Jahresabschluss die Gewinne zunächst durch den Ansatz geringer Vermögenswerte verbergen und in schlechten Zeiten von diesen Wertansätzen wieder profitieren.⁶⁰⁰

Die Publizitätspflicht sollte den Investoren wichtige Informationen über die wirkliche Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens liefern aufgrund welcher sie dann die entsprechenden wirtschaftlichen Entscheidungen treffen können. Diese werden jedoch aufgrund der (über-)vorsichtigen Rechnungslegungsvorschriften in den Jahresabschluss nicht

⁵⁹⁹ Das sog. Vorsichtsprinzip (der Grundsatz, wonach bei der Bilanzierung alle Risiken und Verluste angemessen zu berücksichtigen sind und dadurch der Kapitalerhaltung und dem Gläubigerschutz dienen; international durch den Grundsatz der „*Fair presentation*“ überlagert) wird insbesondere über die Bilanzierungsregel des Realisationsprinzipes und Imparitätsprinzipes konkretisiert. Gemäß dem Realisationsprinzip dürfen Gewinne nur ausgewiesen werden, wenn sie am Bilanzstichtag bereits realisiert wurden. Dadurch wird Erfolgsneutralität von Beschaffungsvorgängen gewährleistet. Das Imparitätsprinzip besagt, dass vorhersehbare Verluste, sobald sie erkennbar sind, bereits vor ihrem Eintritt zu berücksichtigen sind. Diese werden in der Bilanz folgend durch das Niederstwertprinzip auf der Aktivseite und dem Höchstwertprinzip und die Verpflichtung zur Bildung von Rückstellungen auf der Passivseite konkretisiert. Siehe im Detail *Urnik/Urtz* in *Straube* zu UGB II/RLG³, § 201 Rz 54 f.

⁶⁰⁰ So auch *Urnik*, Betriebswirtschaftliche Anforderungen an den Gläubigerschutz 25.

transferiert.⁶⁰¹ Man muss sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen, ob das nach den nationalen Vorschriften⁶⁰² ermittelte Eigenkapital eine ökonomisch aussagekräftige Größe ist oder ob die internationalen IAS Vorschriften⁶⁰³ nicht besser die Gläubiger informieren und schützen würden.

⁶⁰¹ Siehe im Detail auch *Urnik*, Betriebswirtschaftliche Anforderungen an den Gläubigerschutz 25.

⁶⁰² Wie schon oben erwähnt, ist der Zweck dieser Vorschriften, welche durch Vorsichtsprinzip und Gläubigerschutz gekennzeichnet sind, die Vermittlung eines möglichst getreuen Bildes der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage; die Adressaten sind primär Gesellschafter und Gläubiger.

⁶⁰³ Die internationalen Vorschriften werden durch den Grundsatz der periodengerechten Erfolgsermittlung gekennzeichnet. IAS haben auch Bestandteile des Jahresabschlusses um Bilanz, Gewinn- und Verlust-Rechnung, Notes, Kapitalflussrechnung, Segmentberichtserstattung erweitert aufgrund welcher die Investoren entscheidungsrelevante Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage leichter zur Verfügung haben (sog „*Decision-usefulness*“-Ansatz).

3. TEIL Zusammenfassung und Ausblick

Das slowakische Gesellschaftsrecht ist überwiegend in einem einzigen Gesetz, nämlich im Handelsgesetzbuch kodifiziert. Das slowakische Handelsgesetzbuch beinhaltet neben dem Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften auch den Handelsstand. Slowakisches Recht ist aus österreichischer Sicht keine „fremde“ Rechtsordnung. Der slowakische Gesetzgeber hat viele im Ausland – insbesondere im deutschen, österreichischen und französischen Rechtssystem - entwickelte Institute in sein eigenes Rechtssystem übernommen; diese wurden jedoch aus unterschiedlichen Gründen wie zB unterschiedliche wirtschaftliche Abläufe, das soziale Umfeld, der Wille des Gesetzgebers, die Geschichte und die Entwicklung des Rechtssystems nicht unverändert übertragen sondern an das slowakische Umfeld angepasst.

Der slowakische Gesetzgeber hat seit dem Fall des Kommunismus zahlreiche Schritte unternommen, die als gläubigerschutzfreundlich anzusehen sind. Als Beispiel kann man die Novelle des slowakischen Handelsgesetzbuches aus dem Jahr 2002 erwähnen. Diese betraf die Offenlegungspflicht für den Jahresabschluss. Nach dieser Novelle mussten alle Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften den Jahresabschluss in die vom Registergericht geführte Urkundensammlung einbringen und veröffentlichen. Davor bestand diese Offenlegungspflicht nur für prüfungspflichtige Gesellschaften. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass trotz der Weitergabe relevanter Informationen bezüglich der Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens, kein hinreichender Schutz gewährleistet wird.

In den letzten Jahren hat sich nicht nur in der Slowakei sondern auch auf der europäischen Ebene viel getan. Durch die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH hat die Sitztheorie innerhalb der Europäischen Union ihre Relevanz verloren. Dadurch ist das Einwandern ausländischer Gesellschaftsformen zulässig geworden. Das hat zur Folge, dass ein strenges Gesellschaftsrecht de facto von ausländischen Billig-Gesellschaften mbH verdrängt wird. Dies betrifft insbesondere Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften im

GmbH-Recht, die auf ausländische Kapitalgesellschaften auch dann keine Anwendung finden, wenn diese in Österreich ihren Verwaltungssitz oder eine Zweigniederlassung haben; vielmehr „importieren“ sie ihr eigenes Gründungsrecht (*lex societatis*).⁶⁰⁴

Im Gefolge dieser Entwicklung haben zahlreiche Mitgliedsstaaten der EU erkannt, dass sie die Struktur der Rechtsform GmbH „entschlacken“ müssen, um ihre Position im innereuropäischen Wettbewerb zu verbessern und der Abwanderung in fremde Rechtsordnungen entgegenzutreten und haben bereits ihr Gesellschaftsrecht reformiert, und zwar in erheblichem Ausmaß zum Vorteil der Gründer und Gesellschafter, jedoch auf Kosten des Gläubigerschutzes und der Geschäftsverkehrssicherheit. Besonders attraktiv sind nämlich die Gesellschaften geworden, die auf die Aufbringung eines Mindest(stamm)kapitals verzichten, geringere Haftungsrisiken und Gründungskosten sowie geringe Steuerbelastung bieten können.

Als Beispiele können Deutschland durch die Einführung einer neuen Rechtsform der UG (haftungsbeschränkt), oder Frankreich seit seiner jüngsten Reform auf welcher Grundlage eine GmbH schon mit einem Euro gegründet werden kann, erwähnt werden. Andere Mitgliedstaaten der EU führen bereits Gespräche hinsichtlich der Herabsetzung des Mindeststammkapitals. Als Beispiel kann Dänemark erwähnt werden. In Dänemark existiert seit 01.01.2014 die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (IVS) als Variante der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ApS); zusätzlich wurde das Mindeststammkapital der ApS von 80.000,- Dänischen Kronen (umgerechnet EUR 10.726,-) auf 50.000,- Dänischen Kronen gesenkt und die grenzüberschreitende Sitzverlegung ermöglicht. Es gibt keinen Zweifel, dass der schon so oft erwähnte „Delaware-Effekt“, das *race to the bottom*, in Europa angekommen ist.

Auch die Slowakei hat nicht lange mit den Reformen gewartet. Eine der wichtigsten Reformen war die Einführung einer sog Flat Tax Besteuerung im Jahr 2004. Der einheitliche Steuersatz in der Höhe von 19 % welcher sowohl

⁶⁰⁴ Siehe zB *Wohlfahrt*, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften 22 ff.

für natürliche als auch für juristische Personen galt hat die Attraktivität der slowakischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne Zweifel erhöht. Ziel der Einführung einer sog Flat Tax Besteuerung war insbesondere die steuerliche Standortattraktivität für ausländische Investoren zu erhöhen. Dies ist auch gelungen. Das pauschale Steuersystem hatte substantiell zum Ruf der Slowakei als Unternehmerparadies beigetragen und gemeinsam mit dem EU-Beitritt einen Investitionsboom ausgelöst. Die neue slowakische Regierung hat nach genau neuen Jahren ihre Flat Tax jedoch abgeschafft. Zu dieser Entscheidung hat vielmehr die Hoffnung der Regierung auf die Erhöhung des Abgabeaufkommens geführt als die sachlichen Argumente. Ob es sich nur um einen Einmaleffekt handelt, der das Budget nicht nachhaltig entlastet oder ob die jetzige Regierung auch ihre Ziele erreichen wird, wird die Zeit zeigen. ME macht die Steuererhöhung die Slowakei jedoch für Investoren sicher nicht attraktiver. Zusätzlich bewirken Änderungen der gesetzlichen Lage, welche so kurzfristig umgesetzt werden, meiner Meinung nach keine Kontinuität und sorgen für kein positives Klima.

Es muss an dieser Stelle erwähnt werden dass die EuGH Entscheidungen eine Fülle neuer Rechtsfragen aufwarfen, insbesondere ist umstritten, welches Recht für die im Ausland gegründeten Gesellschaften, die jedoch ihren Tätigkeitsschwerpunkt in Österreich haben, zur Anwendung kommt. Gerade bei solchen Gesellschaften, sog Scheingesellschaften ist dieses Problem markant, da wegen des Auseinanderfallens von Satzungssitz (Gründungsrecht) und Tätigkeitsschwerpunkt auch die maßgeblichen Anknüpfungspunkte des Internationalen Gesellschafts-, Insolvenz- oder Deliktsrechts auf unterschiedliche Rechtsordnungen zeigen.⁶⁰⁵

Die Rechtsprechung des EuGH warf gleichzeitig die Frage hinsichtlich der effektiven Regelung des Gläubigerschutzes auf. Da sich die meisten Gläubigerschutznormen sowohl in der Slowakei als auch in Österreich im Gesellschaftsrecht befinden - vor allem sind das Mindestkapital sowie die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften zu beachten - haben

⁶⁰⁵ Siehe dazu *Adensamer/Eckert*, Österreich, in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165, 270 ff sowie *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften 154.

insbesondere die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im europäischen Raum eine lebhafte Diskussion entfacht.

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehört heutzutage im Wirtschaftsleben sowohl in Österreich als auch in der Slowakei zu den bedeutendsten und beliebtesten Organisationsformen. Der Grund für ihre Beliebtheit ist insbesondere ihre rechtliche, vermögensmäßige und haftungsrechtliche Trennung von den Gesellschaftern. Da die Neigung zu sorglosem Vorgehen auf Kosten der Gläubiger aufgrund des Absehens von persönlicher Gesellschafterhaftung bei vielen Unternehmern sehr groß ist, steht die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz im Zentrum rechtspolitischer Diskussionen.

Das Gläubigerschutzkonzept baut heutzutage noch immer auf dem Mindestkapital obwohl es von vielen als uneffektiv und verzichtbar angesehen wird. Dem Mindestkapital werden mehrere Funktionen zugewiesen. Erstens sollten Gesellschafter selbst einen spürbaren Anteil am Unternehmerrisiko tragen. Zweitens soll durch das Mindestkapital die Gründung ungenügend fundierter Gesellschaften vermieden werden und die Anfangsverluste der GmbH sollten dadurch abgedeckt werden. Das Mindeststammkapitalerfordernis wird in der Literatur als „Ausgleich“ zum Haftungsprivileg, als Eintrittspreis für die „Wegnahme“ der persönlichen Haftung, gesehen, um die Seriosität des Unterfangens sicherzustellen bzw eine Art Warnfunktion auszuüben.

Kann man aber ernsthaft behaupten, dass das österreichische Mindestkapital in der gesetzlich vorgesehenen Höhe von EUR 35.000,- oder sogar das slowakische Mindestkapital in der gesetzlich vorgesehenen Höhe von EUR 5.000,- die Gläubiger vor Spekulationen seitens der Unternehmer schützt, insbesondere in der heutigen Welt wo ein solcher Betrag nur die Anfangskosten eines kleinen Dienstleisters deckt? Kann man die Ansicht wirklich vertreten, dass je höher der Mindestkapitalbetrag ist, desto größer ist auch der Anspruch auf die beschränkte Haftung?

In der Literatur wird insbesondere auf die Funktion des Mindestkapitals und der Kapitalaufbringung als Instrument des Gläubigerschutzes hingewiesen. Können aber die Gläubiger darauf vertrauen, dass der im Firmenbuch eingetragene Betrag tatsächlich nach der Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch den Gläubigern zur Verfügung steht? Diese Frage muss meiner Meinung nach verneint werden. Die Mindestkapitalvorschriften gewährleisten einen temporären, auf den Gründungszeitpunkt beschränkten Schutz. Weder in der Slowakei noch in Österreich besteht jedoch die Pflicht das Eigenkapital der Gesellschaft auch in dieser Höhe zu erhalten. Die Einlagen der Gesellschafter stellen am Anfang der Gesellschaft zur Verfügung ein echtes „*working capital*“ dar. Wie kann das Mindeststammkapital einen Haftungsfond, ein Garantiekapital für die Gläubiger in der Insolvenz der Gesellschaft bilden, wenn es ganz legal im Betrieb verbraucht werden darf?

Dem Mindestkapital wird eine „erzieherische Funktion“ zugestanden. Meiner Meinung nach lässt sich die „erzieherische Funktion“ des Mindeststammkapitalerfordernisses jedoch kaum messen. Wie die Praxis zeigt, gibt es weder einen Zusammenhang zwischen der Höhe des Stammkapitals zum Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung und der späteren Insolvenzanfälligkeit der Gesellschaft noch einen Zusammenhang zwischen der Haftungsbeschränkung und dem Mindestkapital.

Wie bereits oben erwähnt, wird in der Literatur das Mindestkapitalerfordernis als Eintrittspreis für die „Wegnahme“ der persönlichen Haftung gesehen. Nur eine „angemessene“ Eigenkapitalausstattung sollte das Haftungsprivileg rechtfertigen. Wann ist aber die Eigenkapitalausstattung „angemessen“? Und nach welchen Kriterien? Das Mindestkapital orientiert sich weder in Österreich noch in der Slowakei am individuellen Eigenkapitalbedarf des Unternehmens. Meiner Meinung nach wäre es sehr schwer oder sogar unmöglich eine „angemessene“ Eigenkapitalquote je nach Unternehmenstätigkeit festzulegen. Die Betriebswirtschaft müsste zuerst die Kriterien entwickeln, die Kapitalbedarf und Ausfallrisiko verlässlich angeben, was bis jetzt nicht geschehen ist. Die Kapitalaufbringungsvorschriften verhindern daher nicht die Gründung von

Gesellschaften, die zwar den Mindestkapitalbetrag aufbringen, der aber in keiner Relation zu Art und Umfang der Geschäftstätigkeit steht.

Gewährleistet das derzeitige System überhaupt einen ausreichenden Schutz? Eine eindeutige Antwort gibt es nicht. Aus meiner Sicht ist das Mindestkapital kein wirkliches Garantiekapital, sondern eher ein abstraktes Soliditätsindiz und ein Eintrittspreis für die unbeschränkte Haftung. Auch die Entwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts in europäischen Ländern tendiert eher zur Aufgabe bzw Herabsetzung des Mindestkapitals mit dem Argument, dass das Garantiekapital einem Gesellschaftsgläubiger keine Sicherheit bietet. Ein sorgfältig handelnder Gläubiger kann nicht blind darauf vertrauen, dass seine Forderung gegen die Gesellschaft jederzeit beglichen werden kann. Die potenziellen Geschäftspartner sollten mE ihre Entscheidungen ua anhand der Bonitätsauskünfte und aktuellen Jahresabschlüsse und nicht bloß anhand des gesellschaftsvertraglichen (Mindest-) Kapitals treffen.

Der „begrenzte“ Gläubigerschutz ist jedoch nur dann möglich, wenn neben den Kapitalaufbringungsvorschriften auch Kapitalerhaltungsregeln verankert werden. Das System der Kapitalerhaltung in der Slowakei und in Österreich ist eine logische Folge der Mindestkapital- und Mindestkapitalaufbringungsvorschriften. Die wichtigste Funktion der Kapitalerhaltungsregeln ist daher das Verbot der Vermögensausschüttung, die nicht Gewinn ist. Die Kapitalerhaltungsregeln schützen gegen die offene oder verschleierte Aufzehrung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter oder ihnen nahe stehende Personen. Die Ausschüttungsbegrenzungen dienen daher der Absicherung von Gläubigeransprüchen. Das gegenwärtige System der Kapitalerhaltung ist jedoch nicht perfekt. Die größte Kritik an die Kapitalerhaltungsregeln ist ihre Komplexität und Inflexibilität, die wiederum hohe Compliance-Kosten verursachen, vor allem in Form von Beratungsaufwand. Insbesondere die Starrheit der Kapitalerhaltungsregeln wird häufig kritisiert, weil sie sinnvolle Unternehmensfinanzierungen verhindert. Die Kapitalerhaltungsregeln werden nicht nur wegen ihrer Starrheit und Strenge kritisiert sondern der gesamte Gläubigerschutz wird von manchen in Frage gestellt, insbesondere weil das Ausschüttungsverbot bei Verlusten nicht zur

Anwendung kommt und daher das Gesellschaftsvermögen durch diese völlig aufgezehrt werden kann. Sowohl § 82 GmbHG als auch § 123 SGG schützen die Gläubiger nicht vor einem Insolvenzrisiko. Meiner Meinung nach sind Kapitalerhaltungsregeln wichtig um den Gläubigern einen Schutz zu bieten, der durch die bestehenden Kapitalerhaltungsregeln auch teilweise gewährleistet wird. Einfachere Ausschüttungsregeln, die etwa nur an die Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Vermeidung der Überschuldung anknüpfen würden, würden sich mE jedoch besser anbieten. Sie würden nicht so hohe Kosten verursachen, und würden eine Rückführung nicht benötigter liquider Mittel ermöglichen. Solche könnten dann in anderen Bereichen des Geschäftes verwendet werden und dem Unternehmen uU Gewinn erbringen.

Die ununterbrochene Kritik an der österreichischen Regelung und natürlich auch der starke Wettbewerb der Kapitalgesellschaften in anderen EU Ländern haben im Jahr 2013 zu Herabsetzung des Stammkapitals von EUR 35.000,- auf EUR 10.000,- in Österreich geführt. Es wurde die sog GmbH „light“ geschaffen. Die Herabsetzung des Stammkapitals und die leichtere und finanziell günstigere Gründung einer GmbH sollte die österreichische GmbH im europäischen Wettbewerb der Kapitalgesellschaften attraktiver machen und somit zu einer Stärkung des Wirtschaftsstandortes in Österreich beitragen. Nach nur acht Monaten wurde die GmbH „light“ jedoch wieder abgeschafft. Zu ihrer Abschaffung hat vielmehr die Tatsache geführt, dass mit der Reduktion des Stammkapitals ein erheblicher Verlust an Mindestkörperschaftssteuer verbunden war als die Kritik, welche im geringen Stammkapital die Gefahr einer Unterkapitalisierung und somit das Risiko für die Befriedigung der Gläubigerforderungen sah. Als vorübergehende Lösung wurde die sog „Gründungsprivilegierung“ geschaffen. Die Rechtssicherheit für den Wirtschaftsstandort Österreich wird im Zusammenhang mit solcher kurzfristigen Änderung mE in Frage gestellt werden.

In der Slowakei wird in letzter Zeit auch der Reformbedarf des GmbH Rechts heftig diskutiert. Das heißeste Thema ist die Einführung einer GmbH mit einem Mindeststammkapital iHv EUR 25.000,- und einer GmbH „light“ mit einem Stammkapital von EUR 1,- bis EUR 25.000,-. Die Diskussion ist aufgrund der

Einführung einer neuen Rechtsform der UG (haftungsbeschränkt) in Deutschland entstanden. Den GmbHs „light“ sollten - nach dem sich noch in Vorbereitung befindlichen Entwurf zur Novelle des slowHGB - zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden; insbesondere müssen die Geschäftspapiere den Betrag des Stammkapitals und das Ausmaß seiner Einzahlung beinhalten. Meiner Meinung nach sagt die Angabe des Mindestkapitals nichts über das tatsächliche Reinvermögen der Gesellschaft. Die Pflicht setzt jedoch mE nach einen gewissen Anreiz für ein höheres Stammkapital als Seriositätsausweis. Zusätzlich wird in der Slowakei die Einführung einer dem österreichischen Eigenkapitalersatzrecht ähnlichen Regelung diskutiert. Warum hat sich der slowakische Gesetzgeber nicht früher mit diesem Thema beschäftigt? Aufgrund der Rechtsprechung ist das Eigenkapitalersatzrecht in Österreich schlechthin eskaliert. Die in Rede stehende Rechtsmaterie fing an, unübersichtlich zu werden. Aus diesem Grund, war es notwendig in die Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts seitens des Gesetzgebers einzugreifen, um Rechtssicherheit in diesem Gebiet zu schaffen. In der Slowakei gibt es keine derartige richterrechtliche Rechtsfortbildung. Da es in der Slowakei an der umfangreichen Rechtsprechung fehlt muss meines Erachtens nach der slowakische Gesetzgeber bei der Umsetzung eines dem österreichischen Eigenkapitalersatz-Gesetz ähnlichen Gesetzes vorsichtig sein, um unklare Regelungen zu vermeiden welche wiederum zu neuen kurzfristigen Novellen führen und dadurch die Rechtssicherheit für den Wirtschaftsstandort Slowakei in Frage stellen würden. Die geplante Novelle wird schon jetzt heftig kritisiert. Ob die nähere Zukunft eine Reform des slowHGB bringen wird, steht noch in den Sternen.

Zweifelloos bleibt dass sowohl in der Slowakei als auch in Österreich früher oder später bestimmte Reformen, welche für die Verbilligung, Vereinfachung und Liberalisierung des Gesellschaftsrechts sprechen, umgesetzt werden müssen, um die Länder wirtschaftsfreundlich und attraktiv im internationalen gesellschaftsrechtlichen Wettbewerb zu machen. Dies sollte jedoch nicht auf Kosten der Gläubiger passieren. Relevanter als die Abschaffung des geltenden Kapitalschutzsystems könnte beispielsweise ein Bürokratieabbau bei der GmbH Gründung sein, welcher die Dauer ihrer Gründung verkürzt. Meiner

Meinung nach, kann zB die Attraktivität der österreichischen GmbH im europäischen Wettbewerb schon dadurch erhöht werden, wenn die Gründung und das Firmenbuchverfahren beschleunigt und nicht mit solchen Kosten (man muss mit Anwaltskosten, Notarkosten, Eintragungsgebühren iHv ca EUR 2.500,- bis EUR 3.000,- rechnen; ausserdem dauert die Eintragung mind 2 Wochen, wobei es keine einheitliche und klare Regelungen für die Rechtspfleger gibt) verbunden wird.

Zusätzlich hat sich durch die EU – Erweiterung die Möglichkeit eröffnet, sich mit neue Gläubigerschutzmechanismen auseinanderzusetzen, die in anderen Mitgliedstaaten angewandt werden. Mit Hilfe des Rechtsvergleichs könnte man ein neues tatsächlich effektives Konzept bilden, welches geeignet wäre, eine angemessene Eigenkapitalausstattung und einen effektiven Gläubigerschutz sicherzustellen.

LITERATURVERZEICHNIS

Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, Überlegungen zum IPR im Lichte der Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, in: *Kalss*, Schriftenreihe zum Gesellschaftsrecht (START-FWF) (2006).

Adensamer/Eckert, Österreich, in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165.

Artmann/Polster-Grüll, Spannungsfeld Konzernfinanzierung - rechtliche und steuerliche Aspekte, RdW 2008, 627.

Augustinič, 100 Jahre GmbH-Gesetz aus slowakischer Perspektive, ZfRV 2007/5, 25.

Augustinič, Änderungen im slowakischen GmbH-Recht, eastlex 2013, 56.

Augustinič/Tadlánková, Eigenkapitalmaßnahmen bei einer GmbH in der Slowakei, eastlex 2010, 44.

Bergmann, AktRÄG 2009: Verpflichtung zur Dotierung gebundener Rücklagen für "verdeckte Kapitalgesellschaften"! — RWZ 2010/42, 169.

Billek, Cash Pooling im Konzern (2009).

Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000).

Blaurock, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in:
Damm/Heermann/Veil, Festschrift für Thomas Raiser (2005) 3.

Bruckbauer, Die Reform des Rechts der Kapitalgesellschaften im kontinentaleuropäischen Raum, GeS 2009, 4.

Conrads/Schade, Internationales Wirtschaftsprivatrecht (2012).

LITERATURVERZEICHNIS

- Davies*, Legal Capital in Private Companies in Great Britain, Die Aktiengesellschaft (1998) 346.
- Dellinger*, Der sachliche Anwendungsbereich des EKEG in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).
- Dellinger*, EKEG - Leicht zu umgehen?, GeS 2004, 12.
- Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz. Kurzkommentar mit den Änderungen von KO, AO, URG und ÜbG durch das GIRÄG 2003 (2004).
- Doralt*, Die GmbH-Novelle 1980, ÖStZ 1981, 75.
- Doralt*, Rozdiely medzi slovenským a rakúskym právom obchodných spoločností, Podnikateľ a právo (1/1997) 14.
- Doralt*, Zum Entwurf einer Novelle des GmbH-Gesetzes, JBl 1977, 124.
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012).
- Drygala*, Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen, ZGR 2006, 587.
- Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).
- Eckert/Grechenig/Stremitzer*, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 95.
- Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004).
- Engert*, Die Wirksamkeit des Gläubigerschutzes durch Nennkapital. Überprüfung anhand von Daten der Creditreform Rating AG und weiteren Rechtstatsachen, GmbHR 7/2007, 337.
- Fekete*, Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným – 11. Časť: Základné imanie a jeho zmeny, Obchodné právo 12/2005, 9.

LITERATURVERZEICHNIS

- Fekete*, Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným – 16. Časť: Právne postavenie spoločníkov, Obchodné právo 5/2006, 12.
- Fekete*, Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným – 6. Časť: Predbežná spoločnosť s ručením obmedzeným, Obchodné právo 6-7/2005, 19.
- Fellner/Kaindl*, Zur Bankbestätigung gemäß § 29 Abs 1 AktG und § 10 Abs 3 GmbHG, ÖBA 2006, 103.
- Fleischer/Göttingen*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1.
- Forstinger*, Delawares komparative Vorteile: Warum Delaware auch in Zukunft der führende In- und Reinkorporationsstaat der USA bleiben wird, ZfRV 2002, 41.
- Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 7. Auflage (2009).
- Gelter*, Konsortialkredit und abgestimmte Kreditgewährung im EKEG, ZIK 2005, 121
- Gelter*, Wettbewerbsbedingungen im europäischen Gesellschaftsrecht. Die amerikanische Diskussion um die Struktur des regulatorischen Wettbewerbs und ihre Bedeutung für Europa, ZfRV 2004, 26.
- Goette*, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ÖBA 2009, 18.
- Greindl*, Nochmals: Kapitalgesellschaften ohne Mindestkapital!, EuGH entscheidet gegen Einhaltung von Mindestkapitalvorschriften, EuGH-Urteil in der Rechtssache Inspire Art, SWK 2003, W 161.
- Gurtner/Hofbauer/Kofler*, Sitztheorie vs Gründungstheorie - Abgehen von der Rsp in der Rs Daily Mail, taxlex-EC 2008/83.
- Haberer*, The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, GesRZ 2003, 211.

LITERATURVERZEICHNIS

- Hanes*, Spoločnosť s ručením obmedzeným v novej právnej úprave (2002).
- Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201.
- Hoening/Stingl*, Geschäftschancen - Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, GesRZ 2007, 23.
- Horn*, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893.
- Hubenák*, Rasové zákonodárstvo na Slovensku (1939-1945) (2003).
- Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktG, 5 Auflage (2011).
- Jungmann*, Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln- Zwei Systeme im Spannungsfeld von Gläubigerschutz und Finanzierungsfreiheit der Kapitalgesellschaft, ZGR 2006, 638.
- Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen (2005).
- Kalss* in *FOWI*, „Centros“ und die Beitrittswerber (2000).
- Kalss/Eckert*, Rechtsfragen von Geschäften im Konzern, RdW 2007, 583.
- Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, Entwicklung, Perspektiven, Materialien (2005).
- Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004).
- Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts (2006).
- Karollus/Lukas*, Dritthaftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung?, JBI 2004, 686.
- Karre/Spritzey*, Flat Tax: Was außer der Höhe noch zählt STEUERWETTBEWERB, Die Presse 2005/41/04.

LITERATURVERZEICHNIS

- Kleindiek*, Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335.
- Koppensteiner*, Existenzvernichtung“ der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter, in FS Honsell (2002) 607.
- Koppensteiner*, Über verdeckte Sacheinlagen, unzulässige Zuwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen und freie Verfügung, GeS 2007, 280.
- Koppensteiner*, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl 2008, 53.
- Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681.
- Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage (2007).
- Koziol*, Haftung der Bank bei Bestätigung der freien Verfügung über Bareinlagen (§ 10 Abs 3 GmbHG), ÖBA 1996, 272.
- Krejci*, Gegen Billig-Gesellschaften m.b.H. Zur Reformdiskussion über Gründungserleichterungen, ÖZW 2008, 39.
- Krejci*, Was bringt 2011 dem Gesellschaftsrecht?, GeS 2011, 1.
- Krejci*, Zum Entwurf eines GesRÄG 2013, GeS 2013, 171.
- Krüger*, Mindestkapital und Gläubigerschutz (2005).
- Kübler*, Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz?, Rechtsvergleichende Überlegungen zu den „stillen Reserven“, ZHR 1995, 550.
- Kuhner*, Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, 753.
- Mellert/Verfürth*, Wettbewerb der Gesellschaftsformen, Ausländische Kapitalgesellschaften als Alternative zu AG und GmbH (2005).

LITERATURVERZEICHNIS

Merkt, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305.

Meusburger, Kapitalaufbringungsvorschriften und Cash-Pooling: Ein Überblick über diskutierte Gestaltungsvarianten und die Lösungsansätze des deutschen MoMiG, GesRZ 2008, 216.

Mohr, Das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 im Überblick in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).

Mohr, Der aktuelle Gesetzesentwurf (März 2002) zum Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG), in: *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes: Im italienischen, slowenischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002).

Moser, Cash Pooling als Instrument der Konzernfinanzierung, aufsichtsrat aktuell 2009 H 5, 23.

Moser, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbHG und dessen steuerliche Auswirkungen, ecolex 2014, 369.

Moser, Die neue „gründungsprivilegierte“ GmbH, CFO aktuell 2014, 113.

Moser, Fragen des Verlustes des halben Stamm- bzw Grundkapitals, Zweifelsfragen zur Höhe des maßgeblichen Verlustes im Rahmen der "Warnpflicht" bei GmbH und AG, insb der Berücksichtigung stiller Reserven, GesRZ 2010, 264.

Nemessányi, Cartesio ergo sum?, ZfRV 2008, 264.

OECD, Wirtschaftsausblick (2010).

Oelkers, Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz, GesRZ 2004, 360.

Pala, Sloboda usadzovania spoločností vo svetle novej judikatúry ESD: Inspire Art, Právny obzor 4/2004, 317.

Patakyová a kol., Obchodný zákonník - Komentár (2010).

LITERATURVERZEICHNIS

- Pellens/Jödicke/Richard*, Solvenzttests als Alternative zur bilanziellen Kapitalerhaltung?, DB 2005, 1393.
- Priester*, „GmbH light“ – ein Holzweg!, ZIP 2005, 921.
- Rabel*, RabelsZ 16 (1951) 359.
- Raiser*, Stellungnahme von *Raiser*, abgedruckt in BT-Drucks, 8/3908.
- Rammert*, Lohnt die Erhaltung der Kapitalerhaltung?, BFuP 2005, 578.
- Ratka*, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht, GeS 2004, 20.
- Ratka*, Der dritte Streich: EuGH entscheidet „Inspire Art“, GeS 2003, 432.
- Ratka/Rauter*, Cartesio und das ius vitae necisque des Wegzugsstaates, wbl 2009, 62.
- Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488.
- Reich-Rohrwig*, Firmenbucheingabe für neu gegründete gründungsprivilegierte GmbH, ecolex 2014, 339.
- Reich-Rohrwig*, GmbH alt/neu/, ecolex 2014, 295.
- Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004).
- Reich-Rohrwig*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, ecolex 2003, 152.
- Röpke*, Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte (2007).
- Roth*, Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar?, in FS Doralt 2004, 479.
- Rouček*, Zákon o společnostech s ručením obmedzeným (1922).

LITERATURVERZEICHNIS

Rüffler, Die Behandlung von Scheinauslandsgesellschaften, GeS 2005, 411.

Rüffler, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept?, GeS 2005, 140.

Rummel, Kommentar zum ABGB, 3. Auflage (2002).

Schlumpf, Pauschal-Steuer – hat das progressive Steuersystem ausgedient? (2006).

Schlussanträge des Generalanwalts *Alber*, 30.1.2003, Rs C-167/01 („*Inspire Art*“), Slg. 2003, I-10155.

Schlussanträge des Generalanwalts *La Pergola*, 16.7.1998, Rs C-212/97 („*Centros*“), Slg. 1999, I-1459.

Schlussanträge des Generalanwalts *Poiares Maduro*, 22.5.2008, Rs C-210/06 („*Cartesio*“), Slg. 2008, I-09641.

Schmidsberger Eigenkapitalersatz im Konzern in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).

Schmidt, Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich, Eine kritische Analyse des EKEG von 2003, GesRZ 2004, 75

Schmidt/Riegler, Das Verbot der Einlagenrückgewähr beim Cash Pooling, RWZ 2007, 97.

Schön, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, Der Konzern 3/2004, 165.

Schopper - Strasser, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176.

Schulyok, „Krise statt Kreditunwürdigkeit und Entsperrung“ in: *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).

Strasser, EKEG: Auswege und Umwege - Zugleich Anregungen aus Rechtsvergleich, GeS 2011, 475.

LITERATURVERZEICHNIS

- Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage (2013).
- Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band II, 3. Auflage (2012).
- Straube/Ratka*, Nach „Centros“ und „Überseering“ folgt nun „Inspire Art“: Nationales Gesellschaftsrecht (fast) chancenlos?, GeS 2003, 148.
- Teichmann*, Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 34/2006, 2444.
- Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBI 2006, 85.
- Trenkwalder/Thornton*, Pfandbestellung und Eigenkapitalersatz, ecolex 2011, 14.
- Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008).
- Urnik*, Betriebswirtschaftliche Anforderungen an den Gläubigerschutz – Der HGB-Abschluss als maßgebliches Instrument (?), in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes im italienischen slowenischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002) 13.
- Vráblová*, Nahradí inštitút základného imania koncepcia „primeranej kapitalizácie“?, Obchodné právo 1/2003, 3.
- Vráblová*, Ochrana majetku kapitálových spoločností (2003).
- Vráblová*, Ochrana základného imania, Obchodné právo 6/2003, 24.
- Vráblová*, Právne aspekty financovania kapitálových spoločností, Bulletin slovenskej advokácie 2/2003, 1.
- Vráblová*, Zákaz vrátenia vkladov ako centrálny princíp zachovania kapitálu, Obchodné právo 7-8/2003, 38.
- Wachter*, Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd., GmbHR 2/2004, 88.

LITERATURVERZEICHNIS

Weng, Die Rechtssache Cartesio – Das Ende Daily Mails?, EWS (2008) 264.

Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980).

Wiedemann, Reflexionen zur Durchgriffshaftung, ZGR 2003, 283.

Wilhelmi, Das Mindestkapital als Mindestschutz – eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited, GmbHR 1/2006, 13.

Winkler, Die Reform des österreichischen GmbH-Rechts im europäischen Trend: langsam, aber doch, GeS 2011, 164.

WKO, AWO-Wirtschaftsreport, Slowakei (November 2011).

Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU- Auslandsgesellschaften in:

Tietje/Kraft/Sethe (Hrsg), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 53 (2006).

Zöllner, Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Private Limited Company, GmbHRundschau 1/2006, 1.

Zollner, Mindestkapital und Kapitalaufbringung – wirksame Instrumente des Gläubigerschutzes?, in: Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes: Im italienischen, slowenischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002).

Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (1996).

RECHTSPRECHUNG

OGH (Österreich)

Urteil des OGH vom 08.05.1991, 8 Ob 9/91 = ecolex 1991, 697.

Urteil des OGH vom 23.04.1996, 1 Ob 2085/96s = ecolex 1996, 760.

Urteil des OGH vom 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h = RdW 1996, 471.

Urteil des OGH vom 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, JBI 2000, 188.

Urteil des OGH vom 28.06.2000, 6 Ob 162/00t, GesRZ 2000, 261.

Urteil des OGH vom 30.08.2000, 6 Ob 132/00f = EvBl 2001/41.

Urteil des OGH vom 23.10.2000, 8 Ob 141/99i = ÖBA 2001, 345.

Urteil des OGH vom 12.04.2001, 8 Ob A 98/00w = DRdA 2002, 401.

Urteil des OGH vom 27.11.2001, 5 Ob 262/01t = ecolex 2002, 41.

Urteil des OGH vom 01.10.2002, 11 Os 41/02 = JBI 2003, 592.

Urteil des OGH vom 19.11.2002, 4 Ob 252/02s = GeS 2003, 161.

Urteil des OGH vom 29.04.2004, 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379.

Urteil des OGH vom 01.12.2005, 6 Ob 271/05d = ecolex 2006, 172.

Urteil des OGH vom 04.07.2007, 7 Ob 142/07v = ÖRPfl 2008 H 2, 38.

Urteil des OGH vom 11.07.2008, 3 Ob 99/08t = ecolex 2008, 408.

Urteil des OGH vom 14.09.2011, 6 Ob 29/11z = GesRZ 2012, 122.

OGH (Slowakei)

1 Obdo V 62/2005.

ZSR

ZSR 32/1994.

ZSR 10/2003.

EuGH

EuGH Rs C-81/87, Daily Mail, Slg 1988, I-5483.

EuGH Rs C-212/97, Centros, Slg 1999, I-01459.

EuGH Rs C-208/00, Überseering, Slg 2002, I-09919.

EuGH Rs C-167/01, Inspire Art, Slg 2003, I-10155.

EuGH Rs C-210/06, Cartesio, Slg 2008, I-09641.

BGH

BGH, Urteil vom 27.9.1999, II ZR 371/98, GmbHR 1999, 1134.

INTERNETPUBLIKATIONEN

Coface Central Europe Holding AG, Country Report für Investoren und Exporteure Slowakische Republik (2011), abrufbar unter <http://www.ksv.at/KSV/1870/de/pdf/944LeitfadenSlowakei.pdf> (abgerufen am 26.06.2012).

Creditreform, Firmeninsolvenzstatistik 2011, abrufbar unter http://www.creditreform.at/home/downloads/Insolvenzstatistik_Creditreform/Insolvenzstatistik_2011.pdf (abgerufen am 29.06.2012).

Duchaczek/Albeseder, Flat Tax für Österreich? (04.10.2007), abrufbar unter <http://www.die-wirtschaft.at/ireds-41920.html> (abgerufen am 17.09.2014).

Hochrangige Gruppe von Experten, Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa (2002), abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf (abgerufen am 17.09.2014).

http://business.belgium.be/de/ihr_unternehmen_verwalten/grundung/kapital/ (abgerufen am 17.09.2014).

<http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1379451/print.do> (abgerufen am 17.09.2014).

<http://www.bka.gv.at> (abgerufen am 17.09.2013).

<http://www.pbueche.de/wp/wp-content/uploads/finanzierung-eines-unternehmens.pdf> (abgerufen am 17.09.2014).

http://www.slc-europe.com/xist4c/web/gmbh-kft-gruendung-ungarn-firmengruendung_id_14123_.htm (abgerufen am 17.09.2014).

<http://www.spanieninfo.biz/de/spanische-firma/spanien-sl-haeufig-gestellte-fragen.html> (abgerufen am 17.09.2014).

Internation Business Support, Leitfaden für Unternehmer Slowakei-Österreich (2005), abrufbar unter http://www.nadsme.proxia.sk/mediafiles//Publikacie/SP_SR-AU_nem.pdf (abgerufen am 26.06.2012).

Justizministerium der Slowakischen Republik, Handelsregister, abrufbar unter <http://www.orsr.sk/vypis.asp?ID=2465&SID=2&P=1> (abgerufen am 17.09.2014).

Justizministerium der Slowakischen Republik, Handelsregisterstatistik, abrufbar unter <http://www.justice.gov.sk/stat/stor.htm> (abgerufen am 17.09.2014).

Justizministerium der Slowakischen Republik, Insolvenzstatistik, abrufbar unter <http://www.justice.gov.sk/Stranky/Informacie/Statistika-konkurznych-konani.aspx> (abgerufen am 17.09.2014) und www.eulerhermes.com (abgerufen am 17.09.2014).

Krejci, Stellungnahme Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_12227/fname_300979.pdf (abgerufen am 17.09.2014).

Mihálik, Sloboda usádzania sa v Európskej únii z pohľadu podnikania, abrufbar unter <http://www.epi.sk/Main/Default.aspx?Template=/Main/TArticles.ascx&phContent=/Main/ArticleShow.ascx&ArtID=6243&LngID=0&CatID=66> (abgerufen am 17.09.2014).

OECD-Studie, Steuerquote klettert auch in der Krise, Die Presse (25.11.2009), abrufbar unter http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/523976/OECDStudie_Steuerquote-klettert-auch-in-der-Krise (abgerufen am 17.09.2014).

Paugger, Steuerliche Neuerungen in der Slowakei 2014, abrufbar unter <http://auditor.eu/assets/media/files/odborneclanky/slovensko/Paugger%20in%20SWI%202014,%20177.pdf> (abgerufen am 17.09.2014).

Schellhorn, SuperMarkt: Hurra, die Flat Tax ist endlich tot! Die Presse (07.12.2012), abrufbar unter http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/supermarkt/1321686/SuperMarkt_Hurra-die-Flat-Tax-ist-endlich-tot (abgerufen am 17.09.2014).

Schatzenstaller, Vormarsch der Flat Tax in Osteuropa (17.11.2007), abrufbar unter <http://derstandard.at/?url=/?id=3081284> (abgerufen am 17.09.2014).

SLC-Europe, Flat-Tax in Europa, abrufbar unter http://www.slc-europe.com/xist4c/web/flat-tax-europa_id_16181_.htm (abgerufen am 17.09.2014).

Thanei, EU Beitritt hat die Slowakei zerrissen, Die Presse (11.04.2012), abrufbar unter <http://diepresse.com/home/politik/eu/748181/EUBeitritt-hat-die-Slowakei-zerrissen> (abgerufen am 17.09.2014).

Wirtschaftskammer Österreich, Stellungnahme, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_12248/imfname_301990.pdf (abgerufen am 17.09.2014).

WKO, Wirtschaftswachstum, Veränderung des realen BIP (%) (November 2011), abrufbar unter <http://wko.at/statistik/eu/europa-wirtschaftswachstum.pdf> (abgerufen am 17.09.2014).

Anhang

(entsprechend der 382. Verordnung über die Formvorschriften bei der Einreichung wissenschaftlicher Arbeiten, 46. Stück, ausgegeben am 30.09.2008)

Akademischer Lebenslauf

Persönliche Angaben

Name: Mag. Mgr. Miriam Nehajová
Geboren: 26. Mai 1981
Geburtsort: Bratislava, Slowakei

Berufserfahrung

08/2012 – 12/2013	Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte Partnerin/Rechtsanwältin <u>Schwerpunkte:</u> Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisitions, Joint Ventures, Restrukturierungen
12/2007 – 07/2012	WOLF THEISS Rechtsanwälte Rechtsanwaltsanwärtlerin <u>Schwerpunkte:</u> Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisitions, Immobilien, Osteuroparecht
02/2007 – 11/2007	Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte Rechtsanwaltsanwärtlerin <u>Schwerpunkte:</u> Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisitions, Kapitalmarktrecht
03/2005 – 11/2005	Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
10/2003 – 02/2005	Kubac, Svoboda & Kirchweger Rechtsanwälte Juristische Mitarbeiterin <u>Tätigkeit:</u> Judikaturrecherchen, Abwicklung von Rechtsfällen auf nationaler und internationaler Ebene
07/2001 – 10/2001	Infoma Business Trading Data GmbH Praktikantin, Werbeagentur
06/2000 – 09/2000	Rechtsanwaltskanzlei, JUDr. Eva Stefanikova Juristische Mitarbeiterin
06/1999 – 09/1999	Infoma Business Trading Data GmbH Praktikantin, Werbeagentur

Ausbildung

06/2013	Universitätslehrgang Rechnungswesen für Juristinnen und Juristen an der Karl-Franzens-Universität Graz
10/2010	Rechtsanwaltsprüfung
03/2001 – 11/2006	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien <u>Schwerpunktausbildung</u> in Steuerrecht und Rechnungswesen, Wirtschafts- und Unternehmensrecht (Abschluss mit Auszeichnung)
02/2006 – 07/2006	Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Utrecht, Niederlanden (Erasmus)
09/1999 – 06/2004	Studium der Rechtswissenschaften an der Comenius Universität, Bratislava, Slowakei (Abschluss mit Auszeichnung)
09/1995 – 05/1999	Gymnasium Jura Hronca, Bratislava, Slowakei Reifeprüfung mit Auszeichnung
09/1987 – 06/1995	Grundschule, Bratislava, Slowakei

Publikationen

- Rechtliche Gestaltung des kommerziellen Versicherungswesens, Ein Sammelwerk aus einer internationalen Konferenz mit dem Thema - Korruption im öffentlichen Sektor, Europäisches polytechnisches Institut, Kunovice, Tschechien, 2006
- Ein Kaleidoskop von Menschenrechten, Commercial Directory, Slowakei, 2005

Sprachen

Sprachkenntnisse:	Deutsch	Verhandlungssicher
	Englisch	Verhandlungssicher
	Slowakisch	Verhandlungssicher (Muttersprache)
	Tschechisch	Verhandlungssicher
	Russisch	Grundkenntnisse

Wien, September 2014

Zusammenfassung

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehört heutzutage im Wirtschaftsleben sowohl in Österreich als auch in der Slowakei zu den bedeutendsten und beliebtesten Organisationsformen. Der Grund für ihre Beliebtheit ist insbesondere ihre rechtliche, vermögensmäßige und haftungsrechtliche Trennung von den Gesellschaftern. Da die Neigung zu sorglosem Vorgehen auf Kosten der Gläubiger aufgrund des Absehens von persönlicher Gesellschafterhaftung bei vielen Unternehmern sehr groß ist, steht die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz im Zentrum rechtspolitischer Diskussionen.

In den letzten Jahren hat sich auf der europäischen Ebene viel getan. Durch die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH hat die Sitztheorie innerhalb der Europäischen Union ihre Relevanz verloren. Dadurch ist das Einwandern ausländischer Gesellschaftsformen zulässig geworden. Im Gefolge dieser Entwicklung haben zahlreiche Mitgliedsstaaten der EU erkannt, dass sie die Struktur der Rechtsform GmbH „entschlacken“ müssen, um ihre Position im innereuropäischen Wettbewerb zu verbessern und der Abwanderung in fremde Rechtsordnungen entgegenzutreten und haben bereits ihr Gesellschaftsrecht reformiert, und zwar in erheblichem Ausmaß zum Vorteil der Gründer und Gesellschafter, jedoch auf Kosten des Gläubigerschutzes und der Geschäftsverkehrssicherheit. Besonders attraktiv sind nämlich die Gesellschaften geworden, die auf die Aufbringung eines Mindest(stamm)kapitals verzichten, geringere Haftungsrisiken und Gründungskosten sowie geringe Steuerbelastung bieten können.

Trotz der starken Globalisierungstendenz weist die aktuelle gesellschaftsrechtliche Lage der Rechtsform GmbH in den Mitgliedsstaaten der EU doch aufgrund der verschiedenen historischen Wege und unterschiedlichen politischen Situation bestimmte Unterschiede auf. Diese Arbeit versuchte auf das Gemeinsame und die Unterschiede (Vorteile und Nachteile solcher "konkurrierenden" Gesellschaftsformen) der österreichischen und slowakischen GmbH unter besonderer Berücksichtigung der Gläubigerschutzeinrichtungen einzugehen.