

DIPLOMARBEIT

Titel der Diplomarbeit

„Die Problematik der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in der österreichischen Rechtsordnung- eine Untersuchung zur Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter besonderer Beachtung von Konzernverhältnissen“

Verfasser

Mag. Michael Krenn

angestrebter akademischer Grad

Mag. der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften
(Mag. rer.soc.oec.)

Wien, im März 2008

Studienkennzahl lt. Studienblatt 157

Studienrichtung lt. Studienblatt: Internationale Betriebswirtschaft

Betreuer: o. Univ. Prof DDr. Arthur Weilingner/Univ. Ass. Dr. Michael Knauder

Die Problematik der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in der österreichischen Rechtsordnung

Eine Untersuchung zur Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter besonderer Beachtung von Konzernverhältnissen

Inhaltsverzeichnis

1. Vorwort	5
2. Gang der Untersuchung.....	6
3. Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz bei der GmbH.....	7
3.1. Die Entstehung und Entwicklung der GmbH als haftungsbeschränkte Körperschaft	7
3.1.1. Entstehung der österreichischen GmbH nach bundesdeutschem Vorbild	7
3.1.2. Die Natur der Haftungsbeschränkung.....	8
3.1.3. Theoretische Diskussion zur Haftungsbeschränkung.....	10
3.1.4. Resümee.....	12
3.2. Das Haftungssystem der GmbH.....	13
3.2.1. Einleitung.....	13
3.2.2. Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsbestimmungen.....	14
3.2.3. Eigenkapitalersatzrecht.....	18
3.2.4. Insolvenzrecht.....	20
3.2.5. Haftung des Geschäftsführers der Gesellschaft.....	21
3.2.6. Autonome Schutzinstrumente der Gläubiger einer Gesellschaft.....	25
3.2.7. Resümee.....	26
4. Haftungsdurchgriff/Durchgriffshaftung.....	28
4.1. Einleitung.....	28
4.2. Entwicklung des Konzepts der Durchgriffshaftung in Deutschland und Österreich.....	29
4.3. Dogmatische Rechtfertigung der Durchgriffshaftung.....	38

4.4. Fallgruppen der Durchgriffshaftung.....	42
4.4.1. Sphärenvermischung.....	43
4.4.2. Faktische Geschäftsführung.	44
4.4.3. Qualifizierte Unterkapitalisierung.....	52
4.4.3. Rechtsformenmissbrauch.....	55
4.4.5. Resumee.....	58
 5. Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe.....	 59
5.1. Entwicklung in Deutschland.....	59
 5.2. Der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs und seine Elemente. ..	 66
5.2.1. Die Charakteristika des Eingriffs.....	66
5.2.2. Die Folgen des Eingriffs als ergänzendes Tatbestandsmerkmal.....	70
 5.3. Die Rechtsfolgen des existenzvernichtenden Eingriffs.....	 74
5.3.1. Anspruchsinhaber einer Forderung bei einer Durchgriffshaftung infolge eines ev. Eingriffs.....	74
5.3.2. Anfechtungsgegner in der Existenzvernichtungshaftung.....	77
5.3.3. Art des Haftungsanspruchs.....	81
5.3.3.1.Subsidiarität zu anderen Ansprüchen.....	81
5.3.3.2. Innen- oder Außenhaftung.....	84
5.3.3.3. Umfang des Anspruchs.....	87
 5.4. Dogmatische Herleitung der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff	 89
5.5. Resumee.....	92
 6. Existenzvernichtungshaftung in Österreich?.....	 93
6.1. Einleitung.....	93
 6.2. Vergleich des österreichischen mit dem deutschen Normenbestand	 94

6.3. Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung in Österreich?	98
6.3.1. Reaktionen auf die Haftung aus existenzvernichtenden Eingriffen in der österreichischen Literatur.....	98
6.3.2. Subsidiarität zu den Kapitalerhaltungsregeln im österreichischen Recht.....	102
6.3.3. Finanzierung der Gesellschaft mit Fremdkapital und existenzvernichtende Eingriffe..	105
6.3.4. Lücken des Gläubigerschutzes im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen des Tatbestandes der verbotenen Einlagenrückgewähr.....	108
6.3.5. Resumee	110
6.4. Abgrenzung des Tatbestands des existenzvernichtenden Eingriffs von anderen Tatbeständen, die eine Durchgriffshaftung auslösen können.....	111
6.4.1. Abgrenzung des Tatbestands des existenzvernichtenden Eingriffs von jenem der faktischen Geschäftsführung.....	111
6.5. Zusammenfassung.....	113
7. Sonderprobleme des Konzept des existenzvernichtenden Eingriffs im Konzernverhältnis.....	114
7.1. Einleitung.....	114
7.2. Die Gesellschaft im Konzernverhältnis aus juristischer Sicht.....	115
7.3. Die rechtliche Stellung der einzelnen Unternehmung im Konzernverhältnis	121
7.4. Die Folgen der Konzernierung in der wirtschaftlichen Praxis.....	122
7.5. Besondere Haftungsproblematik bei Gesellschaften im Konzernverhältnis	125
7.6. Spezielle Haftungsregeln für den Konzern nötig ?.....	129
7.7. Der "qualifiziert, faktische Konzern"- ein Lösungsansatz durch die deutsche Judikatur.....	132
7.8. Kann das Konzept der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe die konzernspezifische Haftungsproblematik lösen ?.....	137
7.9. Gewinnabführung im Konzernverhältnis.....	139
7.10. Resumee.....	143
Anhang.....	145

1) Vorwort

Mit dem Judikat Bremer Vulkan¹ hat der deutsche Bundesgerichtshof eine viel beachtete Entscheidung getroffen, welche das Haftungsrecht in Bezug auf die deutsche GmbH grundlegend verändert hat. Die zuvor dominierende Rechtsprechung zum "qualifiziert, faktischen Konzern", welche die Haftung von GmbH - Gesellschaftern an das Bestehen von Konzernverhältnissen band, wurde durch die Auffassung abgelöst, dass ein Durchgriff des Gläubigers einer GmbH auf das Vermögen deren Gesellschafters davon abhängig ist, ob dieser die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft durch einen entsprechenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen verursacht hat.

In Deutschland wurde über diese "Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe" in der Lehre heftig debattiert, sowohl positive wie ablehnende Stellungnahmen zum Konzept des deutschen Bundesgerichtshofs sind darunter zu finden.² Die Entscheidung "Bremer Vulkan" blieb allerdings nicht die einzige Entscheidung, in welcher das deutsche Höchstgericht im Falle eines Eingriffs in das Vermögen einer GmbH die Haftung des Gesellschafters mit dessen persönlichen Vermögen bejahte. Vielmehr folgten auf die eingangs erwähnte Entscheidung weitere Judikate³, in denen die Judikaturlinie bestätigt und vertieft wurde.

Naturgemäß kann die künftige Entwicklung in diesem Bereich nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden, zumal das deutsche Höchstgericht bereits beim Abgehen vom Konzept des "qualifiziert faktischen Konzerns" hin zur "Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe" eine Judikaturwende vollzogen hat und nicht abgeschätzt werden kann, ob der "Existenzvernichtungshaftung" eine längere Lebensdauer beschert sein mag als dem "qualifiziert, faktischen Konzern". Feststeht aber auch, dass es sich bei der Judikatur zur Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe um aktuelles, deutsches Recht handelt, das bei der Beurteilung der Haftungsfrage zur GmbH zu berücksichtigen ist.

In Österreich blieben die Reaktionen auf die in Deutschland vollzogene Wende in der Rechtsprechung interessanterweise spärlich. Dies ist vor allem insofern interessant, als die zugrundeliegenden Vorschriften in vielen Bereichen vergleichbar sind und die rechtliche Ausgangsposition nicht allzu stark zwischen den beiden Rechtsordnungen abweicht. Darüberhinaus bedient sich der BGH mit der "Durchgriffshaftung" eines Rechtsinstituts, welches auch das österreichische Höchstgericht seit der Entscheidung Eumig⁴ anerkennt und zu dem in der Judikatur auch entsprechende Fallgruppen gebildet wurden.

¹ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99.

² Lutter/Banerjee, Die Haftung wegen Existenzvernichtung, ZGR 3/2003, 402; Bruns, Existenz- und Gläubigerschutz in der GmbH- das Vulkan Konzept, WM 2003, 815; Wilhelm, Zurück zur Durchgriffshaftung, NJW 2003, 178.

³ BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.9. 2004, II ZR 302/02.

⁴ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86.

Interessanterweise war der OGH bei seiner Entscheidung „Salzburger Tourismusverband“ mit einem Sachverhalt konfrontiert, welcher jenen Sachverhaltskonstellationen, die in Deutschland zur Rechtsprechung der "Existenzvernichtungshaftung" geführt hatten, sehr ähnelte.⁵ Ohne den Ausdruck "existenzvernichtender Eingriff" zu verwenden, zeigte sich der OGH gegenüber einer solchen Haftung inhaltlich aber jedenfalls aufgeschlossen und betonte ausdrücklich, dass die Grenzen der Durchgriffshaftung in Österreich noch nicht ausgelotet seien.

Dies gibt zumindest Anlass zur Betrachtung, ob die in Deutschland gegenwärtig aktuelle Judikaturlinie auch in Österreich angewandt werden sollte bzw. wie grundsätzlich mit Fallkonstellationen, bei denen in Deutschland eine Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe angenommen wird, umzugehen ist.

Besonders interessant ist die Frage der existenzvernichtenden Eingriffe und der daraus resultierenden Haftung bei GmbHs, die im Konzernverhältnis stehen. Dies vor allem deshalb, da sich bei den Gesellschaftern in diesen Fällen Interessenlagen ergeben können, welche bei sonstigen Gesellschaften nicht auftreten und Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen möglicherweise begünstigen. Andererseits gibt es in der Rechtsbeziehung zwischen den verschiedenen Konzerngesellschaften typischerweise rechtliche Phänomene, die in Hinblick auf ihre Relevanz zur "Existenzvernichtungshaftung" zu überprüfen sind.

2) Gang der Untersuchung

Grundlegende Zielsetzung der Diplomarbeit soll es sein, zu untersuchen, ob das von der deutschen Höchstgerichtsjudikatur entwickelte Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung auf das Vermögen von GmbH-Gesellschaftern aufgrund existenzvernichtender Eingriffe auch in der österreichischen Rechtsordnung einen Platz hat. Ein besonderes Augenmerk soll dabei jenen Gesellschaften gelten, welche aufgrund der Einbettung in Konzernverhältnisse unter starkem externen Interesseneinfluss stehen.

Dem Ergebnis dieser Untersuchung soll sich dabei genähert werden, indem zunächst die prinzipielle Gläubigerschutzproblematik bei der GmbH sowie die Lücken im Haftungssystem der GmbH in der österreichischen Rechtsordnung untersucht werden.

Anschließend soll ein Blick auf das Institut der Durchgriffshaftung in der österreichischen sowie deutschen Rechtsordnung geworfen und analysiert werden, in welchen Fällen ein solches in der österreichischen Rechtsordnung anerkannt ist bzw. wie weit Einigkeit über ein solches Modell herrscht.

Danach wird das Institut der Existenzvernichtungshaftung, wie es von der deutschen Judikatur entwickelt wurde, präsentiert und auf seine Probleme hin untersucht.

⁵ OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

Nachdem sowohl die derzeitige österreichische Rechtslage geklärt ist sowie die Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe vorgestellt wurde, gilt es zu klären, ob und wie das Modell der „Existenzvernichtungshaftung“ in die österreichische Rechtsordnung eingefügt werden kann.

Abschließend soll untersucht werden, welche spezifischen Sonderfragen sich bei Gesellschaften, die im Konzernverhältnis verbunden sind, stellen und überprüft werden, ob das Institut der Existenzvernichtungshaftung für im Konzernverhältnis stehende GmbHs sinnvolle Anwendungsmöglichkeiten bietet.

3) Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz bei der GmbH

Bevor eine dem Ziel der Diplomarbeit entsprechende Problemanalyse vorgenommen werden kann, scheint es notwendig, die wichtigsten Komponenten, welche die gegenständliche Problemstellung erst determinieren, kurz zusammenzufassen und mit dem Blickwinkel auf das Thema der Arbeit zu analysieren, um somit die Wurzeln der behandelten Problematik herauszuarbeiten. Im Zentrum der Arbeit steht die Rechtsform der GmbH im deutschen und vor allem österreichischen Recht sowie der Konzern in den genannten Rechtsordnungen. Ohne die spezifischen Charakteristika dieser rechtlichen Phänomene in Hinblick auf die für diese Analyse wesentlichen Eigenheiten zumindest kurz analysiert zu haben, kann keine sinnvolle Beschäftigung mit Begriffen wie "Durchgriffshaftung", "Haftungsbeschränkung" oder "Existenzvernichtung" erfolgen, da die spezifischen Eigenheiten der GmbH überhaupt erst eine Analyse der entsprechenden Problemstellung nötig machen.

Im Rahmen dieses Kapitels sollen somit die für die Behandlung des gegebenen Problems nötigen Analyse- und Zusammenfassungsschritte in Hinblick auf das Haftungssystem der GmbH vorgenommen werden. In einem ersten Abriss, soll kurz gezeigt werden, was der deutsche bzw. österreichische Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Gesellschaftsform bezweckte und wie sich das Problem der der GmbH eigenen Haftungsregelung heute darstellt.

In einem zweiten Teil soll das Haftungssystem der GmbH in seiner Gesamtheit kurz zusammengefasst und sollen vorhandene Lücken, dies auch unter Einbeziehung der Rechtsgebiete des Eigenkapitalersatz- sowie Insolvenzrechts, aufgezeigt werden.

3.1. Die Entstehung und Entwicklung der GmbH als haftungsbeschränkte Körperschaft

3.1.1 Entstehung der österreichischen GmbH nach bundesdeutschem Vorbild

1906 schuf der österreichische Gesetzgeber mit Beschluss des GmbH-Gesetzes eine Gesellschaftsform, die die persönliche Haftung der beteiligten Gesellschafter außer acht lässt und die Gläubiger auf das Vermögen der Gesellschaft verweist. Damit wurde zugleich eine Kapitalgesellschaft mit personalistischen Elementen

geboren, welche sich in den Mitwirkungsrechten der Gesellschafter stark an die Personengesellschaft anlehnt.⁶

Dem österreichischen Gesetzgebungsprozess vorangegangen war die bundesdeutsche Entwicklung, welche 1892 im Beschluss des deutschen GmbH - Gesetzes mündete. Ursächlich für die später in Österreich nachvollzogene Entwicklung war der Wunsch, über eine Gesellschaftsform zu verfügen, die sich nicht über den Kapitalmarkt finanzierte und dennoch das Risiko einer vollständigen Haftungsübernahme durch die Kapitalgeber ausschloss.⁷ Die bis dahin in Deutschland und Österreich bekannten Gesellschaftsformen konnten diese Ziele nicht verwirklichen. Beschränkte Haftungen waren zu diesem Zeitpunkt zwar bereits sowohl in Deutschland als auch in Österreich im Rahmen der Gesellschaftsformen der Aktiengesellschaft als auch der Genossenschaft bekannt, beide konnten jedoch die vom Gesetzgeber durch die Schaffung der GmbH intendierten Zwecke nur in sehr eingeschränktem Ausmaße erfüllen.⁸

Kurz zusammengefasst lässt sich das durch den Gesetzgeber verfolgte Ziel des gegenständlichen Prozesses derart postulieren:

Die Risikofreudigkeit und der Unternehmergeist der Bevölkerung sollte dadurch gefördert werden, dass eine betriebliche Betätigung ohne vollständige, persönliche Risikoübernahme ermöglicht wurde, damit aber nicht gleichzeitig der eigenständige Gestaltungseinfluss des Gesellschafters oder Kapitalgebers auf die Unternehmensentwicklung vollständig zurückgedrängt wurde.⁹

Ausschlaggebend für die Entwicklung waren somit volkswirtschaftliche Motive sowie die Idee, die unternehmerische Betätigung zu fördern, indem die Möglichkeit des gleichzeitigen, unternehmerischen Engagements in verschiedenen Bereichen geschaffen wurde.¹⁰

3.1.2. Die Natur der Haftungsbeschränkung

Die Entstehung der GmbH war vor allem insoweit "revolutionär", als dass in weiten Bereichen von dem bis dahin gültigen Grundsatz des Zusammenhangs von "Einfluss und Verantwortung" abgegangen wurde.¹¹

⁶ Mader, Kapitalgesellschaften (2006) 28.

⁷ Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 4; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 30.

⁸ Harrer, Haftungsprobleme 4; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 30.

⁹ Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 30.

¹⁰ Harrer, Haftungsprobleme 4.

¹¹ Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 30; Harrer, Haftungsprobleme 4; Koberg, Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich (1992) 38.

Dieser Grundsatz, der in der Literatur auch als "Formel von Herrschaft und Haftung" benannt wird, besagt in Kürze gefasst, dass sich mit dem Phänomen der unternehmerischen Herrschaft, die sich vor allem aus der betrieblichen Dispositionsmöglichkeit und den Einflussmöglichkeiten der in diesem Falle hinter einer Körperschaft stehenden natürlichen Person ergibt, auch die Folge des persönlichen Einstehenmüssens für die aus der Entwicklung der Körperschaft resultierenden Schäden verbinden soll.¹²

Wer die Möglichkeit hat, selbst den entscheidenden Einfluss auf die betriebliche Entwicklung einer Unternehmung auszuüben und letztendlich der Hauptprofiteur einer betriebswirtschaftlich, positiven Entwicklung ist, soll nach diesem Postulat auch derjenige sein, der umgekehrt auch die negativen Folgen, die Haftung und Risikotragung zu übernehmen hat.

Festzustellen ist dabei, dass die vor der GmbH bereits bestehenden Gesellschaftsformen das entsprechende Postulat zumindest weitestgehend verwirklicht sahen. In Bezug auf die GmbH lässt sich die Aussage, ob und wie weit das Prinzip von Herrschaft und Haftung verwirklicht ist, wohl nicht ohne Überlegung in einer eindeutigen Richtung bestimmen.

Die GmbH hat zwar zwingend über einen Geschäftsführer zu verfügen, das oberste, willensbildende Organ einer GmbH ist aber die aus den Gesellschaftern bestehende Generalversammlung.¹³

Im Rahmen dieser Betrachtung ist somit unschwer feststellbar, wo die eigentliche Willensbildung bei der GmbH passiert. Im Gegensatz dazu hat der Gesetzgeber auf die persönliche Haftungsübernahme der Gesellschafter verzichtet, allerdings versucht, unerwünschte Folgen durch andere Bestimmungen auszugleichen. Dabei ist an die Anforderungen bezüglich des Mindestkapitals der GmbH, die Regelungen zur Kapitalerhaltung, das Eigenkapitalersatzrecht sowie Teile des Insolvenzrechts zu denken.¹⁴

Unter dieser Betrachtung lässt sich somit folgern, dass sich aus heutiger Sichtweise die Frage, ob Einfluss und Haftung bei der GmbH nach wie vor weitestgehend auseinanderklaffen, nicht mit Eindeutigkeit beantworten lässt. Im Zuge der rechtlichen Entwicklungen ist eben ein eigenes, komplexes Haftungssystem entstanden, das in Teilbereichen Herrschaft und Haftung wieder zusammengeführt hat. Das im Rahmen dieser Arbeit zu behandelnde Phänomen der Existenzvernichtungshaftung ist nichts anderes als ein weiterer Versuch, das bestehende Haftungssystem auszudehnen.

Obgleich die GmbH ursprünglich durch den Gesetzgeber eher für Strukturen gedacht war, die eine relativ hohe Zahl an Gesellschaftern hätten vorweisen und meist auf

¹² Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981) 308.

¹³ Mader, Kapitalgesellschaften 20.

¹⁴ Drobniig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften (1959) 9; Harrer, Haftungsprobleme 4; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 35; Roth, Zur „economic analysis“ der beschränkten Haftung, ZGR 1986, 321; Honsell, Die GmbH und der Gläubigerschutz, GesRZ 1987, 173.

Fremdgeschäftsführung hätten basieren sollen ¹⁵, wird diese heute als– wenn nicht die ideale– zumindest als die typische Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmungen sowie Familienbetriebe gesehen.

Eben diese Folge– Haftungs- und somit Risikobeschränkung für personalistisch orientierte Unternehmungen– trägt neben anderen Faktoren auch zu dem oft diskutierten Faktum der hohen Konkursanfälligkeit der GmbH und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr bei.

3.1.3. Theoretische Diskussion zur Haftungsbeschränkung

Schon seit Beginn der GmbH - Gesetzgebung gibt es eine Vielzahl an Stimmen, die die Problematik der Haftungsstruktur der GmbH, die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auch unter relativ geringem, persönlichen Kapitaleinsatz heftig kritisieren. Dabei ist auf verschiedene Phasen der kritischen Auseinandersetzung zu verweisen. Schon im Beginnstadium der GmbH - Gesetzgebung in Deutschland mehrten sich die Stimmen, dass die GmbH nur dort gebraucht werden solle, wo eine Haftungsbeschränkung tatsächlich am Platze und angemessen sei und der Gesetzgeber dafür endlich Sorge zu tragen habe. ¹⁶

Während der Zwischenkriegszeit des vergangenen Jahrhunderts bildete sich in Deutschland eine Strömung heraus, die darauf gerichtet war, die Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter weitestgehend aufzulösen und damit eine Neubegründung der Haftungsregeln der GmbH forderte. Es ist dabei auf die Ansätze *Sieberts* ¹⁷ und *Müller-Erzbachs* ¹⁸ zu verweisen, die auf eine Erweiterung der Innengrenzen der juristischen Person abzielten, um damit die Trennung von GmbH und Gesellschafter aufzuheben. Diese Identitäts- oder Innentheorien werden heute weitestgehend abgelehnt. Einen guten Abriss zu dieser historischen Entwicklung hat *Benne* geliefert. ¹⁹

Nach dem zweiten Weltkrieg begann in Deutschland –ausgehend auch von der mit der Wirtschaftswunderzeit verbundenen Gründungsoffensive– eine Diskussion neuartiger Qualität über die Haftungsstruktur der GmbH. Erstmals kam es zu Ansätzen einer Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter der GmbH. Vor allem *Drobnig* mit seinem Ansatz der "subjektiven Missbrauchslehre" und *Müller-Freienfels* mit seiner Normzwecklehre taten sich hier hervor. ²⁰

¹⁵ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 37; *Harrer*, Haftungsprobleme 4.

¹⁶ *Goldschmidt*, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft (1892) 22.

¹⁷ *Siebert*, Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände, DJZ 1935, 713

¹⁸ *Müller-Erzbach*, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz in *Schreiber*, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 162

¹⁹ *Benne*, Haftungsdurchgriff bei der GmbH (1978) 7.

²⁰ *Drobnig*, Haftungsdurchgriff 28; *Müller-Freienfels*, Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, 1957, 522.

In Folge schuf *Jahn Wilhelm* in "Rechtsform und Haftung" einen weiteren Ansatz, wie mit der Haftungsfreistellung des GmbH- Gesellschafters umzugehen ist.²¹ In seiner Kernthese fordert *Wilhelm*, dass endlich berücksichtigt werden müsse, dass aus der Trennung von juristischer Person und deren Mitgliedern auch der Grundsatz resultiere, dass die Mitglieder demzufolge auch der juristischen Person gegenüber zu haften hätten. Der historische Gesetzgeber habe dies aus zeit- und situationsbedingten Umständen sowie Nachlässigkeit unterlassen, die nachträgliche Korrektur dieses ursprünglich vorliegenden Missgriffs sei unbefriedigend verlaufen. Analog zu seinen Thesen erstellt *Wilhelm* ein Konzept der an die Geschäftsführerhaftung angelehnten Gesellschafterhaftung und forderte somit einen umfassenden Paradigmenwechsel.²²

Berühmt wurde der Satz von der GmbH als potentiell Dorado für Gangster und Marodeure, den *Wiethölter* im Rahmen der deutschen GmbH -Reformdiskussion der Siebzigerjahre des vergangenen Jahrhunderts formulierte.²³

Wiedemann setzte sich mit der wirtschaftlichen Rechtfertigungsbasis der beschränkten Haftung auseinander und arbeitete rechtsethische und wirtschaftliche Argumente heraus, die die beschränkte Haftung, im Gegenzug zu der mit ihr verbundenen Problematik, anhand positiver Effekte zu rechtfertigen vermögen.²⁴

In Verbindung mit der Diskussion zur Haftungsbeschränkung bei der GmbH war die bundesdeutsche Lehre und Judikatur in den vergangenen Jahren durch das Modell des "qualifiziert, faktischen Konzerns" beherrscht, das eine Lösung in Bezug auf in Konzernverhältnissen stehende GmbHs hätte bringen sollen und im Rahmen des Kapitels zum Konzern noch ausführlich diskutiert wird.

Eine umfassende Debatte zum Thema Haftungsbeschränkung der GmbH fand, wie sich an den obigen Beispielen in bemerkenswerter Weise zeigte, lange Zeit nur im bundesdeutschen Raum statt. Wie schon bei Entstehung der GmbH übernahm die österreichische Lehre und Judikatur die deutsche Theoriediskussion relativ spät, eine umfassende Theoriediskussion setzte erst durch den Einschnitt der sogenannten "Eumig-Erkenntnisse" von 1986 ein²⁵, die dann auch umfassende Beiträge zur Folge hatten.²⁶ Trotz geringer weiterer Resonanz in der Judikatur ist die Haftungsproblematik der GmbH seitdem regelmäßiges Diskussionsthema auch in Österreich.

²¹ *Wilhelm*, Rechtsform 340.

²² *Wilhelm*, Rechtsform 340.

²³ *Wiethölter* Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes in Probleme der GmbH-Reform (1970) 11.

²⁴ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Band 1 (1980) 727; *Lehmann*, Das Privileg der beschränkten Haftung und die Durchgriffslehre im Gesellschafts- und Konzerrecht, ZGR 1986, 351.

²⁵ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86.

²⁶ *Harrer*, Haftungsprobleme 136; *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den Eumig-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337; *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, Wbl 1988, 1; *Honsell*, Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung JBl 1987, 146.

Diese Feststellungen sind insoweit interessant, als auch das hier zu erörternde Problem des existenzvernichtenden Eingriffs aus der deutschen Diskussion kommt, bislang in Österreich aber nur eher zaghafte Reaktionen hervorgerufen hat.

3.1.4. Resumee

Zusammenfassend lässt sich nun folgendes sagen:

Die GmbH ist als Rechtsform – mit ihren positiven und negativen Seiten– heute längst etabliert. Dies zeigt sich auch in der Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht danach trachtet, den Zugang zur Rechtsform der GmbH einzuschränken, vielmehr die Möglichkeiten zu deren Nutzung, etwa durch die Zulassung der GmbH für Freiberufler, noch ausgedehnt hat.²⁷

Der Gesetzgeber hat sich trotz mancher Forderungen nach einem umfassenden inhaltlichen Paradigmenwechsel, sich stets dafür entschieden, die GmbH in ihrer Grundstruktur als Rechtsform zu belassen. In einzelnen Bereichen wurde– etwa anhand von richterrechtlicher Fortbildung– versucht, bestimmte Haftungslücken zu schließen, etwa im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts. Somit wurde von Seite des Gesetzgebers eindeutig jenen Denkweisen gefolgt, die nur einen Ausgleich entstehender Härtefolgen und nicht einen Umbruch der gesamten GmbH-Struktur forderten.

Ein Umbruch der gesamten GmbH - Struktur ist heute nicht mehr vorstellbar, dafür ist diese schon längst viel zu sehr ins reale Wirtschaftsleben integriert und letztendlich – nicht zuletzt aufgrund der "Verselbständigung" verschiedenster Berufssparten– auch eine volkswirtschaftliche Notwendigkeit. Die Möglichkeit des Gesetzgebers, einem umfassenderen Gläubigerschutz einen höheren Stellenwert einzuräumen, sind heute ohnedies aufgrund der im Rahmen der Europäischen Union durch die freie Wahl des Gesellschaftssitzes entstandene "Konkurrenz der Haftungsbestimmungen" teilweise beschränkt.²⁸

Andererseits sind selbstverständlich die Bedenken in Hinblick auf die Konkursanfälligkeit und Missbrauchsgefahr nicht von der Hand zu weisen.²⁹

Der letztendlich richtige Weg in Hinblick auf die GmbH – sowohl im deutschen als auch im österreichische Rechtssystem– kann wohl nur lauten, die Haftungsstruktur der GmbH dort, wo es nötig scheint, so zu modifizieren, dass besonders unerwünschte Folgen abgewendet werden können. Dabei ist auch der

²⁷ Trefil, Die Durchgriffshaftung in der GmbH zwischen Unterkapitalisierung und Existenzvernichtung (2004) 8.

²⁸ Trefil, Durchgriffshaftung 8.

²⁹ Harrer, Haftungsprobleme 6; Meyer-Cording, Mehr Klarheit für Insolvenztatbestände, BB 1985, 1925; Ulmer, Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung, KTS 1981, 469.

bundesdeutschen Judikatur besonderes Augenmerk zu widmen und stets zu überprüfen, inwieweit die durch diese entwickelten Modelle eine sinnvolle Ergänzung zum österreichischen Haftungssystem darstellen.

Die in Deutschland durch die Judikatur geschaffene Möglichkeit des Durchgriffs auf die Gesellschafter der GmbH bei existenzvernichtenden Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen ist ein solches Modell, das allerdings bislang in der österreichischen Literatur eher stiefmütterlich behandelt wurde, obgleich gerade durch die österreichische Judikatur das Fenster in Hinblick auf die Übernahme einer solchen Lösung durchaus offen gelassen wurde.

3.2. Das Haftungssystem der GmbH

3.2.1. Einleitung

Im ersten Teil dieses Kapitels wurde auf die Entstehung der GmbH als Gesellschaftsform, die Natur und Problematik der Haftungsbeschränkung und die Entwicklung von verschiedenen Sichtweisen und Standpunkten zu diesem Rechtsinstitut eingegangen.

In der Analyse der Haftungsbeschränkung, speziell im Zusammenhang mit der Erörterung zur Trennung zwischen Herrschaft und Haftung, wurde aber auch darauf eingegangen, dass aufgrund der bestehenden Haftungsbeschränkung nicht davon gesprochen werden kann, dass der Gläubiger der GmbH dieser nahezu schutzlos ausgeliefert ist.

§ 61 Abs 2 GmbHG und § 13 GmbHG legen das Prinzip fest, dass den Gläubigern der GmbH nur das Gesellschaftsvermögen haftet.³⁰

Ergänzend dazu existiert ein System verschiedener Normen, welches verhindern soll, dass der Geschädigte eines Konkurses einer Gesellschaft jedenfalls der Gläubiger ist, und eine Art Ausgleich zugunsten der Gläubiger schaffen soll.

Dazu gehören einerseits die Bestimmungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie die Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts, andererseits sind die Regelungen des Durchgriffs auf die Gesellschafter zu nennen.³¹ Charakteristisch ist hierbei die Unterscheidung, dass sich die Befriedigungsmöglichkeit im ersteren Falle stets gegen das Gesellschaftsvermögen richtet, insofern eine Verpflichtung eines Dritten gegenüber der Gesellschaft besteht, die zu einer Erhöhung des Haftungsfonds und damit der Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger führt. Im zweiten Fall richtet sich hingegen die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers unmittelbar gegen einen Dritten, dem

³⁰ Mader, Kapitalgesellschaften 7.

³¹ Rüffler, Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung und Mindestkapital in der GmbH- überholtes oder sinnvolles Konzept?, Ges 2005, 140; Oelkers, Mindestkapital und Nennkapital-Leistungskraft für den Gläubigerschutz, GesRZ 2004, 360

aufgrund seines Verhaltens der mangelnde Haftungsfonds der Gesellschaft zugerechnet wird.

Eine Sonderstellung nimmt das Insolvenzrecht ein, dass im Falle der Gefahr des Aufbrauchs des Haftungsfonds dafür sorgen soll, dass den Gläubigern zumindest noch eine beschränkte Befriedigungsmöglichkeit überbleibt und diese gleichmäßig auf die vorhandenen Gläubiger verteilt wird.³² Zudem ist noch auf die verschiedenen Möglichkeiten der Gläubiger einzugehen, sich autonom von der Situation des Haftungsfonds Befriedigungsmöglichkeiten zu verschaffen, welche sie gegen einen Aufbrauch des Haftungsfonds versichern.³³

3.2.2.Kapitalaufbringungs-und Kapitalerhaltungsbestimmungen

Die Bestimmungen zur Aufbringung des Stammkapitals stellen eine zentrale Schutzfunktion zugunsten der Gläubiger einer GmbH dar, die auch schon durch den historischen Gesetzgeber entsprechend vorgesehen wurde.

Gem. § 6 GmbHG muss das Stammkapital der GmbH mindestens 35 000 Euro erreichen, gem. § 5 des deutschen GmbH -Gesetzes muss das Stammkapital mindestens fünfundzwanzigtausend Euro betragen.

Das Stammkapital der Gesellschaft setzt sich aus den einzelnen Stammeinlagen der Gesellschafter zusammen und ist bei Gründung der Gesellschaft einzubringen.³⁴

Zu diesen Kapitalaufbringungsvorschriften kommen die Bestimmungen zum Kapitalschutz hinzu, insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr.

Gem. § 82 GmbHG dürfen den Gesellschaftern neben den Ausschüttungen des jährlich erwirtschafteten Gewinns nur Nachschüsse zurückgezahlt, angemessene Leistungsentgelte bezahlt und Stammeinlagen im Rahmen einer Kapitalherabsetzung zurückerstattet werden³⁵

Im Gegensatz zur österreichischen Regelung umfasst der Schutz des Vermögens nach deutschem GmbH-Recht nur das zur Deckung der formellen Stammkapitalziffer notwendige Vermögen. Eine Rückgewähr aus dem darüberliegenden "freien Vermögen" wird im deutschen Recht als zulässig angesehen.³⁶

³² *Dellinger/Oberhammer* Insolvenzrecht (2004) 2; *Fink*, Insolvenzverfahren als Mittel der Schuldbefreiung, ÖJZ 1992, 8; *Reisch/Winkler*, Chancen für den Neuanfang – Unternehmenssanierung in Österreich, persaldo 2006 H2, 10; *Mohr*, Die Reform des Unternehmensinsolvenzrechts-ein Zwischenbericht, ZIK 1995, 18.

³³ *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1

³⁴ *Mader*, Kapitalgesellschaften 9.

³⁵ *Mader*, Kapitalgesellschaften 38.

³⁶ *Reich-Rohrwig*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, ecolex 2003, 153.

Besondere Rechtsfolgen in Bezug auf die Eigenkapitalausstattung kennt das Unternehmensreorganisationsgesetz, welches das Ziel verfolgt, Insolvenzen zurückzudrängen und an bestimmte mit der Kapitalausstattung verbundene Kennzahlen als Rechtsfolge die freiwillige Einleitung eines Unternehmensreorganisationsverfahrens anknüpft.³⁷

Gesellschaftsinterne Folgen sind weiters an den Verlust des halben Stammkapitals der Gesellschaft gebunden, da in diesem Falle durch den Geschäftsführer der GmbH unverzüglich eine Mitgliederversammlung einzuberufen, die Situation zu analysieren und ein Konzept zur Rückkehr in die Gewinnzone zu erstellen ist.³⁸

Zudem ist noch auf die für Kapitalgesellschaften bestehende Verpflichtung hinzuweisen, im Falle einer negativen Eigenkapitalquote in der Bilanz im Anhang darauf einzugehen, ob eine entsprechende gesellschaftliche Überschuldung auch im insolvenzrechtlichen Sinne vorliegt.³⁹ Als Information für die Gläubiger kann dies im Rahmen des autonomen Gläubigerschutzes sehr wesentlich sein.

Die Konzeption des Gesetzgebers läuft darauf hinaus, dass zumindest zum Gründungszeitpunkt der GmbH ein bestimmtes Kapital vorhanden sein und durch die Gesellschafter aufgebracht werden soll. Das bedeutet allerdings nicht, dass dieses bei der Gründung aufgebrachte Kapital den Gläubigern nach der Gründung der GmbH jederzeit auch wieder als Haftungsfonds zur Verfügung stehen soll und wird. Der Gesetzgeber hat bewusst den Schutz der Gläubiger nicht dahingehend verwirklicht, dass permanent ein bestimmter Geldbetrag "gesperrt" sein soll, um den Gläubigern als Deckungspfand im Gegenzug zur Finanzierung der Gesellschaft zu dienen, vielmehr soll sichergestellt werden, dass die Gesellschaft zum Gründungszeitpunkt mit einem Minimum an Kapital ausgestattet ist, dieses soll aber als Arbeitsmittel der Gesellschaft dienen und der Verwirklichung der gesellschaftlichen Zwecke zur Verfügung stehen.⁴⁰

Eine gewisse Sicherheit in Bezug auf die Gläubiger wurde lediglich dadurch verwirklicht, dass eben offensichtliche monetäre Rückflüsse aus der Stammeinlage zu den Gesellschaftern gesetzlich verboten wurden und die Haftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft nach sich ziehen. Damit soll dem offensichtlichen Missbrauch entgegengewirkt werden, dass Gesellschafter einfach willkürlich Kapital aus der Gesellschaft abziehen und sich selbst zuwenden, dadurch die Gesellschaft dem wirtschaftlichen Zusammenbruch zuführen und die Gläubiger ohne Haftungsfonds übriglassen.⁴¹

³⁷ *Fremut*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz-Gesetzestext und Materialien, RdW 1997, 497; *Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz, ÖBA 1997, 855; *Uhlenbruck*, Verfahrensauslöser nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) und den Insolvenzgesetzen, VWT 1997 H 4,10

³⁸ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht 17.

³⁹ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht 18.

⁴⁰ *Trefil*, Durchgriffshaftung 20.

⁴¹ *Trefil*, Durchgriffshaftung 20; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 9; *Harrer*, Haftungsprobleme 1.

Dabei ist aber festzuhalten, dass es sich bei dem vom Zusammenspiel von Erbringung der Stammeinlagen und Verbot der Einlagenrückgewähr geschaffenen Schutzsystem um eines handelt, welches lediglich einen wertmäßigen Schutz des Kapitals intendieren kann, logischerweise aber nicht das Einfrieren des Kapitals in seiner sachgemäßen Zusammensetzung bezweckt.⁴²

Ein sachorientierter Bestandschutz des Stammkapitals würde wohl auch den Betrieb eines Unternehmens unmöglich machen. Somit soll durch die Kapitalerhaltungsbestimmungen lediglich gewährleistet werden, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht unmittelbar zu Gunsten der Gesellschafter so weit gemindert wird, dass die gesammelten Vermögenswerte der Gesellschaft das eingebrachte Stammkapital unterschreiten bzw. unter Einbeziehung des Stammkapitals auf der Passivseite die Bilanz einen negativen Wert aufweist.⁴³ Die Betonung liegt auch hier immer auf "durch unmittelbare Rückflüsse an die Gesellschafter", da selbstverständlich negative Bilanzen möglich sind, solange diese nicht durch einen direkten monetären Fluss an die Gesellschafter zustandekommen, sondern Ergebnis der gewöhnlichen Betriebstätigkeit sind.

Im Sinne dieses Zwischenresultats lassen sich vor allem zwei Problematiken herausarbeiten, welche die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH aufweisen:

Einerseits ist zu überprüfen, welche Leistungen noch als Flüsse zwischen der GmbH und ihren Mitgliedern zu qualifizieren sind, wann eine Umgehung dieser Bestimmungen zur Einlagenrückgewähr anzunehmen und wie mit dieser zu verfahren ist. Die zweite Problematik bezieht sich auf die Tatsache, dass Finanzabflüsse zu Gunsten von Drittpersonen, mögen diese auch auf Fehlern der Geschäftsführung der GmbH beruhen, nicht durch die Bestimmungen zum Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst werden können.

Es ergibt sich auch im Verhältnis der deutschen zur österreichischen Rechtslage eine leicht abgewandelte Situation, die im deutschen Recht einen entsprechend geringeren Schutz der Gläubiger in Bezug auf nicht unmittelbar bilanzwirksame Vorgänge im Verhältnis von Gesellschaft und GmbH-Gesellschaftern zur Folge hat, was in Bezug auf die Schutzlückenfüllung durch das Modell des existenzvernichtenden Eingriffs noch von Bedeutung sein wird.⁴⁴

Ein großes Defizit der Kapitalerhaltungsvorschriften besteht darin, dass gewisse Entwicklungen, die das Gesellschaftsvermögen entscheidend positiv oder negativ verändern, gar nicht bilanzwirksam sind. Zu denken ist dabei an alle Dispositionen, die keinen unmittelbaren Vermögenszu- oder -abfluss nach sich ziehen, dennoch aber die künftige Entwicklung entscheidend mitbeeinflussen. Dabei ist etwa an betriebswirtschaftliche Entscheidungen wie der Umgang mit dem vorhandenen Personalreserve oder strategischen Entscheidungen über die künftige Unternehmensausrichtung zu denken. Diese Entscheidungen beeinflussen das

⁴² Trefil, .Durchgriffshaftung 20.

⁴³ Trefil, .Durchgriffshaftung 10.

⁴⁴ Schopper, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ, 2005,176.

zukünftige Gesellschaftsvermögen, welches den Gläubigern zur Haftung zur Verfügung steht, hinterlassen aber keine unmittelbar bilanzwirksamen Folgen.⁴⁵ Die bilanzwirksamen Folgen solcher Entscheidungen schlagen sich erst Perioden später – etwa in Form von geringeren Erträgen – in der Bilanz eines Unternehmens nieder. Der Schutzmechanismus der Kapitalerhaltungsvorschriften ist somit nicht geeignet, solche Entwicklungen mitzuerfassen.

Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass viele Unternehmen in der heutigen Dienstleistungsgesellschaft über geringes körperliches Vermögen in Form von Eigenkapital verfügen. Das nötige körperliche Vermögen wird oft als Fremdkapital der Gesellschaft zugeführt. (Miete, Leasing)

Im deutschen Recht wird darüberhinaus eine Rückgewähr aus dem über der Stammkapitalziffer liegenden "freien Vermögen" als zulässig angesehen.⁴⁶

Eine weitere, entscheidende Schutzlücke, die die Kapitalschutzbestimmungen offen lassen, betreffen die Dispositionen zwischen der Gesellschaft und Drittpersonen. Während der Gläubiger im Verhältnis Gesellschaft -Gesellschafter zumindest ansatzweise durch das Verbot der Einlagenrückgewähr geschützt wird, geben zumindest die Kapitalerhaltungsvorschriften im Rahmen der Dispositionen zwischen der Gesellschaft und Drittpersonen kaum einen Schutz für die Gläubiger der Gesellschaft.

Das der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kapital ist ja letztendlich dafür da, für die Gesellschaft zu arbeiten, dem Zweck der Gesellschaft zu dienen und möglichst einen entsprechenden Ertrag zu erwirtschaften. Dies impliziert letztendlich auch, dass das Kapital eingesetzt wird und – im idealen Fall gegen eine entsprechende Gegenleistung für die Gesellschaft – zu Drittpersonen hin abfließt.

Zusammenfassend kann damit folgendes festgestellt werden: Die Bestimmungen der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung garantieren den Gläubigern in Bezug auf den Schutz ihrer Interessen lediglich, dass zum Gründungszeitpunkt der Gesellschaft ein bestimmtes Mindestkapital aufgebracht wird und dieses nicht durch unmittelbare, gegenleistungslose Geldflüsse an die Gesellschafter unterschritten wird.

Keinen Schutz bieten diese Vorschriften in Bezug auf Gesellschaften, welche mit zu geringer Kapitalausstattung operieren, die Durchführung von nicht unmittelbar bilanzwirksamen Unternehmensentscheidungen sowie generell Unternehmensentscheidungen im Verhältnis zu Drittpersonen.⁴⁷

⁴⁵ *Trefil*, Durchgriffshaftung 11.

⁴⁶ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2003, 153.

⁴⁷ *Trefil*, Durchgriffshaftung 24; *Böhler*, Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr? *ÖBA* 2004, 433; *Schopper*, Tragung von Privataufwendungen durch die Kapitalgesellschaft - Haftung Dritter, *ecolex* 2006, 215; *Hoenig/Stingl*, Geschäftschancen - Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, *GesRZ* 2007, 23; *Wenger*, Zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG *RWZ* 2005/97; *Krejci* Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, *WBI* 1993, 269.

3.2.3. Eigenkapitalersatzrecht

Vom Prinzip her möchte das Eigenkapitalersatzrecht jene Vorgänge regeln, in denen Gesellschafter, um eine Haftung mit Eigenvermögen auszuschließen, anstatt der Gesellschaft eigenes Kapital zuzuführen, diese auf Fremdkapitalbasis finanzieren. Im vorangegangenen Abschnitt wurde darauf eingegangen, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr im Rahmen der Kapitalerhaltungsbestimmungen den Rückfluss des Eigenkapitals an die Gesellschafter beschränkt, umgekehrt es aber möglich ist, bestimmtes, betriebsnotwendiges Vermögen gar nicht erst als Eigenkapital in die Gesellschaft einzubringen sondern stattdessen der Gesellschaft in Form von finanzieller Darlehen oder bei körperlichen Vermögen in der Form von Nutzung fremder Gegenstände als Fremdkapital zur Verfügung zu stellen. Sofern sich solche Vorgänge auf die Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter beziehen, könnte ohne Beachtung des Eigenkapitalersatzrechtes der entsprechende Gesellschafter stets, anstatt mit einer weiteren Zufuhr von Eigenkapital persönliches Risiko zu übernehmen, die Gesellschaft mittels Zufuhr von Fremdkapital finanzieren und wäre dann im Insolvenzfall jenen Gläubigern, welche keinerlei Naheverhältnis zur Gesellschaft aufweisen und keinerlei Einfluss auf deren Gebarung hatten, völlig gleichgestellt.⁴⁸

Um diese unerwünschte Folge zu verhindern, wurde in der Judikatur das Eigenkapitalersatzrecht entwickelt, das zumindest im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter dafür sorgen soll, dass der gesellschaftsfernen Gläubiger gegenüber dem Gesellschafter, der seine eigene Gesellschaft mit Fremdkapital ausstattet, privilegiert ist. Vom Prinzip her ist das Eigenkapitalersatzrecht darauf gerichtet, dass bestimmte als Fremdkapital ausgewiesene Leistungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter gesetzlich als Eigenkapital qualifiziert werden. Im Falle der Insolvenz hat dies zur Folge, dass die Gesellschafter das zur Verfügung gestellte Kapital nicht im Rahmen der Konkursquote teilweise rückerstattet erhalten können bzw. ihnen – für den Fall, dass der Gesellschaft Eigentum des Gesellschafters zur Nutzung gegeben wurde –kein entsprechender Aussonderungsanspruch zur Verfügung steht.⁴⁹

Begründet wird diese Rechtsfolge damit, dass dem Gesellschafter die Situation der Gesellschaft im Gegensatz zum Fremdgäubiger zumindest bekannt sein muss bzw. durch die weitere Zuführung von Fremdkapital in die Gesellschaft das Verlustrisiko der weiteren Gläubiger erhöht wird.⁵⁰

Umstritten war in Österreich vor Inkrafttreten des EkeG jedenfalls auch, welche Leistungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter jeweils als Eigenkapital zu qualifizieren sind. Dabei ist festzustellen, dass durch die Judikaturentwicklung in Österreich eine umfassende Rechtsprechung geschaffen wurde, welche den

⁴⁸ *Dellinger/Oberhammer* Insolvenzrecht 17.

⁴⁹ *Schmidt*, Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, *GesRZ* 2004, 75; *Schummer*, Die Gegenwart und (ungewisse) Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, *GesRZ* 2000, 246, *Dellinger*, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, *ecolex* 2002, 329.

⁵⁰ *Mader*, Kapitalgesellschaften 39.

Eigenkapitalbegriff sehr großzügig auslegte und damit dem Schutz der Gläubiger den Vorrang gegenüber den Interessen der Gesellschafter gab.⁵¹

Die Folgen des Eigenkapitalersatzrechts wurden dabei nicht nur an jene Fremdkapitalfinanzierungen, die ein Gesellschafter der Gesellschaft während einer Krise gewährte, geknüpft, vielmehr wurden die entsprechenden Rechtsfolgen auf in der Krise "stehen gelassene" Darlehen; regelmäßig, planentsprechend gewährten Finanzierungen sowie auch bloße Gebrauchsüberlassungen oder Dienstleistungen ausgedehnt.⁵²

Paradoxerweise führte die Einführung eines eigenen Eigenkapitalersatzgesetzes in Österreich zu einer Anwendungseinschränkung und somit zu einer Zurückdrängung des Gläubigerschutzes im entsprechenden Bereich. Einerseits wurde der persönliche Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts auf sogenannte qualifizierte Gesellschafter beschränkt, die mindestens über einen 25-prozentigen Anteil an der jeweiligen Gesellschaft verfügen. Andererseits wurden vor einer Krise gewährte Darlehen sowie Stundungen aus den Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts ausdrücklich ausgenommen.⁵³

Bezüglich Gebrauchsüberlassungen und Dienstleistungen sieht das neue Eigenkapitalgesetz vor, dass nur das dafür entrichtete Entgelt, nicht aber der Gegenstand der Gebrauchsüberlassung oder Dienstleistung selbst von den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts erfasst werden kann.⁵⁴

In Österreich deckt das Eigenkapitalersatzrecht somit im derzeitigen Rechtsbestand nur jenen Sachverhalt ab, dass in der Krise der Gesellschafter der Gesellschaft zum Weiterbetrieb ein Darlehen gewährt und sich das zur Verfügung gestellte Kapital in einer darauffolgenden Insolvenz zurückholen möchte.

Dagegen, dass sich die Gesellschafter einer GmbH schon ursprünglich für eine weitgehende Finanzierung auf Darlehensbasis entscheiden bzw. das betriebsnötige Vermögen nicht in die Gesellschaft als Eigenkapital einbringen, vermag das Eigenkapitalersatzrecht nichts auszurichten.

Gar nicht intendiert ist es durch das Eigenkapitalersatzrecht, in Dispositionen zwischen der Gesellschaft und Drittpersonen einzugreifen. Die Variante, dass sich ein Gesellschafter, anstatt selbst eine Gesellschaft weiterzufinanzieren bzw. diese gar mit Eigenkapital auszustatten, etwa einer ihn nahestehenden Drittperson bedient, um damit das notwendige Betriebsvermögen zu gewährleisten, vermag das Eigenkapitalersatzrecht nicht zu verhindern.⁵⁵

⁵¹ Schmidt, GesRZ 2004, 75; Schummer, GesRZ 2000, 246; Dellinger, ecolex 2002, 329; Bauer, Unternehmensfinanzierung durch stille Gesellschaft- heute und nach künftigen EKEG, GeS 2003 109.

⁵² Mader, Kapitalgesellschaften 32.

⁵³ Reich-Rohrwig, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, ecolex 2004, 106, Harrer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, Wbl 2004, 201; Zehetner/Zehetner, Zum neuen Eigenkapitalersatzgesetz, GBU 2004/02/08.

⁵⁴ Reich-Rohrwig, ecolex 2004, 106.

⁵⁵ Dellinger, EKEG-leicht zu umgehen, Ges 2004, 125

3.2.4. Insolvenzrecht

Das Insolvenzrecht soll für den Fall einer Krisenlage, welche die Weiterführung einer Gesellschaft nicht mehr sinnhaft erscheinen lässt, die geordnete Abwicklung der Gesellschaft und die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger mit den noch vorhandenen Vermögensmitteln garantieren und dient insofern dem Gläubigerschutz.⁵⁶

Im Sinne des Gläubigerschutzes sollen somit vor allem zwei Prinzipien durch das Insolvenzrecht verwirklicht werden: Einerseits soll garantiert werden, dass das vorhandene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger dient und nicht dadurch geschmälert wird, dass eine entsprechende Gesellschaft weiterhin am geschäftlichen Verkehr teilnimmt. Andererseits zielt es darauf ab, dass die entsprechenden Gläubiger im Falle, dass das Unternehmen nicht mehr weitergeführt werden kann, gleichmäßig befriedigt werden.

Nach der idealtypischen Vorstellung sollte zum Zeitpunkt, in dem das Eigenkapital einer Gesellschaft negativ ist, das Insolvenzverfahren greifen und garantieren, dass das vorhandene Vermögen auf die Gläubiger entsprechend aufgeteilt wird, somit eine Befriedigungsquote erreicht wird, die 100 Prozent nahe kommt.⁵⁷ Diese Idealvorstellung ist von der wirtschaftlichen Realität natürlich weit entfernt.

Dies liegt einerseits natürlich daran, dass, wie im Abschnitt zur Kapitalerhaltung ausgeführt wurde, die Bilanz einer Gesellschaft regelmäßig nur einen Teil der realen Vermögenslage widerspiegelt. Andererseits ist darauf zu verweisen, dass die bilanztechnische Überschuldung im Sinne einer negativen Eigenkapitalquote der Gesellschaft noch keine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne bedeutet, da für die Einleitung des Insolvenzverfahrens neben der rein rechnerischen Überschuldung auch das Vorliegen einer sogenannten negativen Fortbestehensprognose der Gesellschaft gefordert ist, die vereinfacht darauf abzielt, dass die rechnerische Überschuldung auch zur Folge hat, dass die Gesellschaft für einen absehbaren Zeitraum nicht zahlungsfähig bleiben wird.⁵⁸

Würde man dieses Kriterium nicht entsprechend beachten, würden jedenfalls im Rahmen eines Insolvenzverfahrens regelmäßig auch an sich gesunde Gesellschaften beendet werden.⁵⁹ Davon abgesehen, ist auf jene Fälle zu verweisen, in denen es mangels Masse zu gar keinem Insolvenzverfahren mehr kommt.

⁵⁶ *Dellinger/Oberhammer* Insolvenzrecht 2; *Fink*, ÖJZ 1992, 8; *Reisch/Winkler*, persaldo 2006 H2, 10; *Mohr*, ZfK 1995, 18.

⁵⁷ *Trefil*, „Durchgriffshaftung“ 36.

⁵⁸ *Dellinger/Oberhammer* Insolvenzrecht 2.

⁵⁹ *Trefil*, „Durchgriffshaftung“ 39.

Trotz dieser Einschränkung vermag das Insolvenzrecht in der Krise sicherlich den Schutz der Gläubiger in einem gewissen Rahmen zu verwirklichen, es sollte jedoch nicht verkannt werden, dass es sich dabei um ein Instrumentarium des Gläubigerschutzes handelt, welches erst im Falle des Verlustes der Existenzfähigkeit einer Gesellschaft zu greifen beginnt und regelmäßig nur einen minimalen Teil der Forderungen der Gläubiger befriedigt.

Ein Teilbereich des Insolvenzrechts ist hier ebenfalls besonders darzustellen, da dieser sich auf Dispositionen der Gesellschaft vor Eintritt der Existenzkrise erstreckt. Im Rahmen der Konkursanfechtung sollen fragwürdige Vermögensverschiebungen, welche ein Gemeinschuldner vor Konkursantragstellung tätigte, rückgängig gemacht und damit eine isolierte Befriedigung, die im Widerspruch zu den Interessen der Gläubigergesamtheit steht, verhindert werden.⁶⁰

3.2.5. Haftung des Geschäftsführers der Gesellschaft

§ 25 GmbHG sowie § 43 dGmbHG normieren die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers der GmbH sowie die Haftung, die mit dem Verstoß gegen diese verbunden ist.⁶¹

Bei den Bestimmungen zur Geschäftsführerhaftung handelt es sich um eine Verschuldenshaftung, die die Geschäftsführer dazu verpflichtet, die Gesellschaft fachlich korrekt zu leiten, davon ist auch der Besitz der für die Geschäftsführung nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten umfasst.⁶²

Die gesetzliche Regelung nennt einige Sorgfaltsverstöße ausdrücklich (etwa die Rückzahlung von Stammeinlagen oder Nachschüssen an die Gesellschafter oder die Vornahme von Zahlungen, zu einem Zeitpunkt in dem die Gesellschaft bereits insolvent war). Hinzu kommen etliche durch die Judikatur fortgebildete Verstöße, die eine Haftung zu begründen vermögen, besonders häufig ist dabei die sogenannte Konkursverursachungshaftung, bei der ein Geschäftsführer das Insolvenzverfahren verspätet einleitet und dadurch die Gläubiger der Gesellschaft entsprechend schädigt.⁶³

Zum Verständnis der Geschäftsführerhaftung ist wesentlich, dass es sich dabei um eine Haftung handelt, die zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer besteht. Wurde somit ein Dritter, der im Verhältnis mit der Gesellschaft steht, durch eine sorgfaltswidrige Handlung des Geschäftsführers geschädigt, so kann er prinzipiell auf den Geschäftsführer nur über den Umweg der Pfändung der Ansprüche der

⁶⁰ Dellinger/Oberhammer Insolvenzrecht 45.

⁶¹ Mader, Kapitalgesellschaften 22.

⁶² Mader, Kapitalgesellschaften 23.

⁶³ Mader, Kapitalgesellschaften 24; Harrer, Haftungsprobleme 24; Dellinger/Oberhammer Insolvenzrecht 79.

Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer vorgehen.⁶⁴ Während des Insolvenzverfahrens steht dem Masseverwalter das alleinige Recht zu, diese Ansprüche für die Gesellschaft im Interesse der Gläubigergesamtheit zu betreiben.

Im Interesse des Gläubigerschutzes ist die Haftung des Geschäftsführers somit vor allem dann relevant, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, die entsprechende Schadenersatzforderung aus ihren unmittelbaren Mitteln zu begleichen bzw. – wie gleich geschildert – eine ausnahmsweise, unmittelbare Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern besteht. Ein unmittelbarer Zugriff auf den Geschäftsführer durch einen Gläubiger kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Dieser Zugriff auf den Geschäftsführer wird einem Gläubiger nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prinzipien dann gestattet, wenn der Geschäftsführer durch sein Verhalten gegen eine Norm verstoßen hatte, welche unmittelbar dem Schutz des Gläubigers dient, sogenannte Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB.⁶⁵

Diese Möglichkeit, Ansprüche unmittelbar gegen den Geschäftsführer geltend machen zu können, stößt indessen immer wieder auf Kritik in der Lehre, da sie auch die Möglichkeit bietet, während des Insolvenzverfahrens die Masse der Gesellschaft zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu schmälern.⁶⁶

Ein besonderes Schutzgesetz, welches in Bezug auf eine direkte Haftung des Geschäftsführers von starker Bedeutung ist, ist das Delikt des § 159 StGB. Dieser ehemalige Straftatbestand der "fahrlässigen Krida" wurde durch eine Gesetzesnovelle im Jahre 2000 in das Delikt der "fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen" umgewandelt, der Anwendungsbereich dieser Bestimmung wurde weiters im Vergleich zur Vorgängerregelung erheblich eingeschränkt.⁶⁷

Die Änderung dieses Tatbestandes ist im Rahmen dieser Arbeit mit ihren Konsequenzen für die zivilrechtliche Haftungslage von einer gewissen Bedeutung. Hier soll als kurzer Überblick ausreichen, dass der Sorgfaltsmaßstab in der betreffenden Regelung von bloßer Fahrlässigkeit auf grob fahrlässige Verhaltensweisen eingeschränkt wurde. Weiters wurde in Bezug auf die einzelnen kridaträchtigen Handlungen, die sich an die alte Regelung anlehnen, erhebliche Regelungseinschränkungen dadurch vorgenommen, dass in die Formulierung der neuen Regelung im Verhältnis zur vorhergehenden qualifizierte Tatbestandselemente hinzugenommen wurden, die für den Eintritt der

⁶⁴ Mader, Kapitalgesellschaften 24; Harrer, Haftungsprobleme 24; Dellinger/Oberhammer Insolvenzrecht 79; Schmidt, Konkursverschleppungs- und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497; Fleck, Die Drittanstellung des GmbH Geschäftsführers, ZHR 1985, 390.

⁶⁵ Mader, Kapitalgesellschaften 24; Harrer, Haftungsprobleme 24; Dellinger/Oberhammer Insolvenzrecht 79 Schmidt, ZIP 1988, 1497; Fleck, ZHR 1985, 390; Karollus, ÖBA 1995, 7; Lehner, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128; Schmidt Insolvenzverschleppungshaftung - Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, JBl 2000, 477.

⁶⁶ Mader, Kapitalgesellschaften 23.

⁶⁷ Medigovic, Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß § 159 StGB, ÖJZ 2003, 161; Wegscheider, Fahrlässige Krida neu, Jbl 2001, 297.

entsprechenden Strafsanktion erfüllt sein müssen.⁶⁸

Durch die Novelle versprach sich der Gesetzgeber eine "Entkriminalisierung von Managementfehlern".⁶⁹

Tatsächlich ist seit der Novelle die Zahl der Verurteilungen nach § 159 StGB erheblich gesunken. Es muss aber darauf verwiesen werden, dass die Entschärfung der diesbezüglichen Strafbestimmung auch Konsequenzen für die zivilrechtliche Haftung und damit für den Gläubigerschutz hat. Zwar wird richtig darauf verwiesen, dass die Novellierung des §159 StGB keine Änderung des zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstabs des Geschäftsführers nach sich gezogen hat.⁷⁰

Notwendige Konsequenz einer "Entkriminalisierung" einer bestimmten Handlung ist es aber auch, dass die gesetzliche Abschreckungswirkung in Bezug auf die Vornahme einer solchen Handlung reduziert wird. Ob alleine eine zivilrechtliche Haftung einen vollständigen Ersatz in dieser Hinsicht zur strafrechtlichen Sanktion bringen kann, ist zu bezweifeln.

Ein weiterer, sehr umfangreicher Bereich im Zusammenhang mit der Geschäftsführerhaftung eröffnet sich durch die Beziehung zwischen Geschäftsführer und Gesellschaftern bei der GmbH. Es ist im Zusammenhang mit der GmbH zu bedenken, dass – obgleich in der Realität die Funktion des Geschäftsführers und Gesellschafter oft zusammenfallen – die Gesellschafter die eigentlichen "Herren der GmbH" sind, die Generalversammlung das oberste Organ der GmbH bildet und der Geschäftsführer grundsätzlich an Weisungen in Form eines Beschlusses der Mitgliederversammlung gebunden ist.⁷¹

Dabei stellt sich in Bezug auf die Geschäftsführerhaftung die Frage, inwieweit ein Geschäftsführer zur Haftung gegenüber den Gläubigern herangezogen werden kann, wenn er eine entsprechende, gläubigerschädliche Handlung im Zuge eines Beschlusses der Generalversammlung umgesetzt hat, bzw. inwieweit die Mitglieder der Generalversammlung –sprich die Gesellschafter – zur Haftung herangezogen werden können, wenn sie einen entsprechenden, gläubigerschädlichen Beschluss fassen.

Zur ersten Problematik ist auszuführen, dass gem. § 25 GmbHG der Geschäftsführer für sein Verhalten unabhängig von einem einschlägigen Beschluss der Generalversammlung haftet. Es ist aber auch heute herrschende Lehre, dass gewisse Beschlüsse der Generalversammlung einer GmbH eo ipso nichtig sind, der Geschäftsführer somit vorweg diese nicht durchzuführen hat. Die Problematik liegt hierbei nun darin, dass das Gesetz nach § 41 GmbHG nicht die absolute Nichtigkeit sondern lediglich die Anfechtbarkeit gesetzwidriger Beschlüsse durch den Geschäftsführer kennt.⁷²

⁶⁸ Medigovic, ÖJZ 2003, 161.

⁶⁹ Medigovic, ÖJZ 2003, 163.

⁷⁰ Dellinger/Oberhammer Insolvenzrecht 79.

⁷¹ Mader, Kapitalgesellschaften 28.

⁷² Mader, Kapitalgesellschaften 33.

Weitgehende Einigkeit herrscht aber darüber, dass der Geschäftsführer keine Beschlüsse zu befolgen hat, die ihn ein strafrechtswidriges Verhalten auferlegen, ob hingegen schon jeglicher Beschluss, der den Geschäftsführer zu Verhaltensweisen iSd § 25 GmbHG wider die Interessen der Gläubiger verpflichten würde, eo ipso nichtig ist, ist umstritten. Auch hier ist wieder auf die Novelle zu § 159 StGB zu verweisen. Die Einschränkung des entsprechenden Straftatbestandes kann sich für die Gläubiger nachteilig auswirken. Nach manchen Meinungen hat im Falle, dass ein entsprechender Beschluss der Generalversammlung zwar gläubigerschädliche Wirkungen entfaltet, dennoch aber nicht gegen ein strafrechtliches Verbot verstößt, der Gesellschafter lediglich die Möglichkeit hat, diesen Beschluss iSd § 41 GmbHG anzufechten. Manche Autoren wollen in solchen Fällen das Recht des Geschäftsführers zur Anfechtung nicht anerkennen, ihn im Gegenzug aber haftungsfrei stellen.⁷³

Festzuhalten ist dazu aber jedenfalls, dass dem Geschäftsführer im Falle schädlicher Weisungen der Gesellschafter aufgrund der geltenden Rechtslage oft nur die Möglichkeit zur Verfügung stehen wird, den entsprechenden Beschluss durch eine Anfechtungshandlung zu beseitigen zu versuchen oder die Haftung in Kauf zu nehmen.

Bei Betrachtung des zweiten Problemkreises begeben wir uns – zumindest nach österreichischer Rechtslage – auf noch unsichereres Terrain. Ausgehend kann zunächst festgestellt werden, dass – ebenso wie bei der Geschäftsführerhaftung – eine Haftung der Gesellschafter einer GmbH unmittelbar gegenüber ihren Gläubigern dann in Betracht kommt, wenn diese ein Schutzgesetz zu Lasten der Gläubiger verletzt haben bzw. sich daran beteiligt haben. Dies ist mittlerweile gängige Judikaturlinie und wird auch in der Literatur weitgehend übereinstimmend gesehen.⁷⁴

In Betracht gezogen werden dabei immer wieder jene Fälle, in denen die Generalversammlung einer GmbH die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens durch den Geschäftsführer verhindert oder den Geschäftsführer zu Handlungen anleitet, welche den Tatbestand der betrügerischen Krida oder – nach der Gesetzesnovelle – der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen erfüllen. Auch hierbei ist wieder auf die Einschränkung der zivilrechtlichen Haftungslage im Zuge dieser Gesetzesnovelle zu verweisen. Von den Fällen, in denen die Geschäftsführer durch die Gesellschafter – oder einen sonstigen Dritten, einen sogenannten "extraneus" – zu strafrechtswidrigen Handlungen bestimmt werden sind allerdings jene Umstände zu unterscheiden, in denen die Gläubigerinteressen durch die Gesellschafter durch weit weniger offenkundige Verhaltensweisen geschädigt werden. Was passiert etwa, wenn ein Gesellschafter durch seine Handlungen zwar Gläubigerinteressen schädigt, dabei aber nicht gegen strafrechtliche Bestimmungen verstößt?

Mit diesen Fragestellungen befinden wir uns im Problemkreis der sogenannten "faktischen Geschäftsführung", einer Ausformung des Haftungsdurchgriffs auf die

⁷³ Harrer, Haftungsprobleme 6.

⁷⁴ Karollus, ÖBA 1990, 337.

Gesellschafter, die seit den berühmten Eumig- Entscheidungen des OGH ⁷⁵in Österreich weitgehende Anerkennung besitzt und auch Gegenstand entsprechender Diskussionen war.

Der Grundsatz, dass ein Gesellschafter, der die Geschäftsführung einer GmbH umfassend bestimmt, die selben Sorgfaltspflichten und somit auch die identen Haftungsfolgen zu gewärtigen hat wie der offizielle Geschäftsführer dieser Gesellschaft, ist mittlerweile in Österreich anerkannt. ⁷⁶

Allerdings darf nicht vergessen werden, dass über die nötige Intensität dieser Geschäftsführung sowie die inhaltliche Ausgestaltung dieser Gesellschafterpflichten bislang aus der Judikatur kaum Entscheidungen gekommen sind. Der Fall Eumig war insofern nicht völlig beispielgebend, als hier eben auch gegen eine Strafbestimmung zu Lasten der Gläubiger verstoßen wurde. In der eingangs zitierten Entscheidung "Salzburger Tourismusverband"⁷⁷ wertete der OGH die Einmischung der Gesellschafter ebenfalls als "faktische Geschäftsführung", ohne sich aufgrund der speziellen Fallausgestaltung aber speziell mit deren Inhalt auseinandersetzen zu müssen. Zusammenfassend kann zum überaus relevanten Problemkreis der Einflussnahme der Gesellschafter auf die Geschäftsführung gesagt werden, dass in Österreich zwar die Judikatur in eine eindeutige Richtung geht, die Gesellschafter in solchen Fällen ebenso wie die Geschäftsführer zur Haftung heranzuziehen, die entsprechende Judikatur aber noch lange nicht inhaltlich ausgereift ist.

Jedenfalls bildet der Bereich der Einflussnahme der Gesellschafter auf die Geschäftsführung zu Lasten der Gläubiger und die mögliche Abwälzung des Risikos auf einen- finanziell möglicherweise weniger potenten- Geschäftsführer eine erhebliche Schutzlücke zu Lasten der Gläubiger einer GmbH.

3.2.6. Autonome Schutzinstrumente der Gläubiger einer Gesellschaft

In der Lehre wird grundsätzlich immer wieder betont, dass es den Gläubigern einer GmbH oder sonstigen juristischen Person offenstehe, selbst dafür zu sorgen, dass ihre Forderungen gegenüber der GmbH entsprechend besichert seien. In Anbetracht der Tatsache, dass die Haftungsbeschränkung der GmbH allgemein bekannt sei, stehe es prinzipiell jedem Gläubiger frei, mit der Gesellschaft, die als Gläubiger auftritt, auf privatrechtlicher Basis Schutzinstrumente zu vereinbaren bzw. von einer entsprechenden Vereinbarung mit dieser Abstand zu nehmen. ⁷⁸

Von einer Abstandnahme des Geschäftsverkehrs mit der Gesellschaft abgesehen,

⁷⁵ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86.

⁷⁶ *Karollus*, ÖBA 1990, 337 ; OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; *Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370.

⁷⁷ OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

⁷⁸ *Fleischer*, ZGR 2001, 1 ; *Trefil*, Durchgriffshaftung 39; *Roth*, ZGR 1986, 321, *Mugler*, Hilfe bei Inkasso von Forderungen- Kreditversicherung und Factoring vermindern das Risiko, SWK 1983, D 23

könnten entsprechende Sicherungsinstrumente zB die persönliche Haftungsübernahme eines Gesellschafters oder die Einräumung von Pfandrechten sein.

Verwiesen wird im Rahmen dieser Diskussionen auch immer wieder darauf, dass es sich bei der Entscheidung des Gesetzgebers, haftungsbeschränkte Rechtssubjekte zuzulassen, letztendlich darum gegangen ist, den Unternehmergeist dadurch zu fördern, dass es zu einer Risikoverlagerung vom Unternehmer zum Gläubiger komme, dieser aber zuvor die eigenverantwortliche Entscheidung treffen könne, ob er das Risiko übernehmen wolle.⁷⁹

Problematisch ist an diesen Ansätzen ist allerdings, dass einerseits keine vollständige Information des Gläubigers gewährleistet ist, der Gläubiger weiters nicht davor gesichert ist, dass der entsprechende Schuldner sein Risikoverhalten nach Finanzierung durch den Gläubiger ändert, weiters auch keine gleichmäßige Verhandlungsposition der Gläubiger besteht. (etwa Gegensatz Großbank/kleiner Lieferant/Arbeitnehmer, etc..) ⁸⁰

Von dieser Problematik abgesehen, wird auch stets festgestellt, dass der Ansatz, jeder könne sich selbst seinen Schuldner aussuchen, ja allenfalls nur für einvernehmlich begründete Schuldverhältnisse Geltung besitzt, bei deliktisch begründeten Verhältnissen der Ansatz in dieser Form somit nicht weiterhelfen kann.⁸¹

In Bezug auf deliktisch begründete Verhältnisse käme man allenfalls mit dem Hinweis weiter, der entsprechende Gläubiger könne sich vor Entstehen des jeweiligen Anspruchs generell gegen das entsprechende Risiko absichern (zB Versicherung).

Dem Grundgedanken, dass es sicherlich auch die privatautonome Aufgabe eines Gläubigers ist, sich gegen entsprechende Risiken abzusichern, somit nicht die gesamte Verantwortung an den Gesetzgeber delegierbar ist, kann man natürlich zustimmen. Die Problematik, dass zwischen den einzelnen Gläubigergruppen naturgemäß keine Gleichberechtigung herrscht, somit die Absicherungsmöglichkeiten eben nur gewissen Gläubigergruppen zur Verfügung steht, ist allerdings ebenfalls nicht von der Hand zu weisen. Auch wenn der privatautonome Gedanke in unserer Rechtsordnung eine große Rolle spielt, ist es dieser ebenso eigen, diesen in bestimmten Fällen zugunsten des Schwächeren im Sinne eines Schutzmechanismus einzugreifen. ⁸²

Die privatautonome Absicherung mag daher in gewissen Fällen eine sinnvolle Ergänzung zu den gesetzlichen Haftungsregeln sein, ein Ersatz ist sie keineswegs.

⁷⁹ Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 37, Seipp, Risikopolitik im Firmenkreditgeschäft, ÖBA 1984, 87.

⁸⁰ Fleischer, ZGR 2001, 1 ; Trefil, . Durchgriffshaftung 39; Roth, ZGR 1986, 321.

⁸¹ Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 74.

⁸² Fleischer, ZGR 2001, 1 ; Trefil, . Durchgriffshaftung 39; Roth, ZGR 1986, 321.

3.2.7. Resumee

Während im ersten Teil dieses Kapitels versucht wurde, die Figur der Haftungsbeschränkung der GmbH darzustellen und nach ihrem Sinngehalt im Verhältnis zur zeitlichen Entwicklung zu analysieren, war es Ziel dieses Abschnitts, das Haftungssystem der GmbH gegenüber ihren Gläubigern analytisch zusammenzufassen und als ganzes darzustellen. Dabei sollte insbesondere festgestellt werden, wo bereits ein weitgehender Schutz der Gläubiger verwirklicht ist, umgekehrt aber Lücken vorhanden sind und ein entsprechender Schutz fehlt. Gerade im GmbH-Recht kollidieren – wie bereits im ersten Teil dargestellt – die beiden Ziele des Gläubigerschutzes und der Investitionsförderung miteinander, ein völlig geschützter Gläubiger bleibt ohnehin Illusion.

Bei umfassender Systembetrachtung kristallisieren sich aber einige Kernprobleme, welche den Gläubigerschutz betreffen, heraus:

1) Die Bestimmungen zur Kapitalerhaltung betreffen auch im österreichischen Recht grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter. Eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens zu Lasten der Gläubiger kann somit nur im Rahmen von offenkundigen Geldflüssen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft und nicht im Bereich des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs mit Dritten – etwa durch Misswirtschaft oder Strohmannvorgänge – berücksichtigt werden.

2) Nachdem im österreichischen Recht nach wie vor weder gesetzliche Regelungen noch Judikatur zu einer "angemessenen Mindestausstattung" der GmbH im Verhältnis zu ihrer Tätigkeit bestehen, bleibt es dem Gesellschafter überlassen, ob er das – über das Stammkapital hinausgehende – nötige Betriebskapital der GmbH in die Gesellschaft als deren Eigentum einbringt oder als Fremdkapital zur Verfügung stellt. Nach der Reform des Eigenkapitalersatzrechts ist es grundsätzlich für den Gesellschafter auch möglich, selbst bestimmtes Kapital an die Gesellschaft zu "verborgen" bzw. körperliches Vermögen als Fremdkapital zur Verfügung zu stellen und dieses bei drohender Insolvenz abziehen. Auch die alte Regelung des Eigenkapitalersatzrechts konnte einer solchen Praxis aufgrund der Möglichkeit des Umwegs über einen "Strohmann" nicht umfassend entgegenwirken.

3) Den Geschäftsführer treffen grundsätzlich im Insolvenzfall relativ weitgehende Schadenersatzpflichten im Falle sorgfaltswidrigen Verhaltens. Durch die "Entkriminalisierung" verschiedenster fahrlässiger Kridahandlungen ergibt sich jedoch die Gefahr, dass die gesetzliche Präventivwirkung reduziert bzw. der "Strohmanngeschäftsführung" Vorschub geleistet wird.

4) Die Gesellschafter haben umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung, die im Verkehr zu Dritten nicht durch die Kapitalerhaltungsbestimmungen beschränkt werden. Die Judikatur, in welchen Fällen auf den Gesellschafter wie den Geschäftsführer haftungsmäßig zugegriffen werden kann, steckt trotz nunmehr 20-jähriger Judikaturpraxis in Österreich noch immer in den Kinderschuhen.

5) Ein autonomer Schutz des Gläubigers gegen die Insolvenz des Schuldners –in

diesem Falle der GmbH – ist nur in Ausnahmefällen möglich und führt weiters zu einer gesellschaftlichen Externalisierung von Risiken.

Es ist somit in einem ersten Analyseschritt offensichtlich, dass das Haftungssystem der österreichischen GmbH beträchtliche Lücken zu Lasten der Gläubiger aufweist.

4. Haftungsdurchgriff/Durchgriffshaftung

4.1. Einleitung

Im Kapitel zur allgemeinen Darstellung der Haftungsbeschränkung der GmbH bzw. im Zusammenhang mit der Darstellung des Gläubigerschutzes wurde bei der GmbH wurde erwähnt, dass die Untersuchung des gegenwärtigen Systems in Hinblick auf seine Schutzlücken unter Außerachtlassung des Konzepts des sogenannten "Haftungsdurchgriffs" bzw. der "Durchgriffshaftung" erfolge und somit unvollständig sei.

Die Systematik, die das deutsche Höchstgericht im Rahmen seiner Judikatur zum existenzvernichtenden Eingriff anwendet, um jene Lücken zu schließen, die der Gläubigerschutz bei der GmbH seiner Ansicht nach aufweist, ist im Grunde nichts neues sondern wird seit Jahrzehnten in der Theorie diskutiert und hat sowohl in die deutsche als auch die österreichische Rechtsprechung Einzug gefunden. Allenfalls neu ist, dass die Judikatur das Anwendungsmodell des existenzvernichtenden Eingriffs kennt.

Tatsächlich ist festzuhalten, dass die Idee, in bestimmten Fällen das Haftungsprivileg der GmbH "restriktiv zu interpretieren" und den Gläubigern den Zugriff auf das private Vermögen eines Gesellschafters zu gestatten bereits Jahrzehnte alt ist und in der Judikatur immer wieder Bezug darauf genommen wurde. Mit derselben Zielgenauigkeit lässt sich demgegenüber aber auch sagen, dass eine gesicherte Judikaturbasis, wie sie im Interesse der Allgemeinheit wäre, noch keineswegs Ergebnis dieser tatsächlich langen Entwicklung geworden ist – sonst wäre es wohl nicht notwendig neue Anwendungsmodelle zu schaffen, um den Gläubigerschutz zu verbessern.⁸³

In Wahrheit ist weder in der deutschen- geschweige denn in der österreichischen – Judikatur völlig abschließend klar, auf welche juristische Grundlage sich ein Haftungsdurchgriff stützen kann, wann ein solcher möglich ist und welche Rechtsfolgen daran genau geknüpft werden. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre eine solche Situation wünschenswert, faktisch besteht sie keineswegs. Es ist noch nicht abschließend geklärt, inwieferne dieses Modell das gegenwärtige Haftungssystem ergänzen kann. Der OGH selbst hat in seiner im Vorwort zitierten Entscheidung "Salzburger Tourismusverband" darauf verwiesen, dass die Grenzen

⁸³ Serick, Rechtsform 46; Benne, Haftungsdurchgriff 11; Drobnič, Haftungsdurchgriff 28; Wilhelm, Rechtsform 355.

einer solchen Haftung noch keineswegs ausgelotet seien.⁸⁴

Im folgenden soll zuerst auf die Entwicklung des Modells des Haftungsdurchgriffs im deutschen wie im österreichischen Recht sowie auf dessen dogmatische Rechtfertigung Bezug genommen werden. Danach sollen die einzelnen Anwendungsfälle, in denen durch die österreichische Judikatur ein Haftungsdurchgriff bislang als zulässig erachtet wurden, gesondert dargestellt und ein allgemeines Resümee gezogen werden.

Der Sinn dieser Darstellung besteht hierbei darin, dass sich die Erwägungen zum existenzvernichtenden Eingriff eben auf das Konzept der Durchgriffshaftung stützen. Die Durchgriffshaftung als Modell ist Voraussetzung dafür, dass unter Annahme bestimmter gesellschaftsbezogener Verhaltensweisen den Gläubigern der Gesellschaft ein Zugriff auf das Vermögen des Gesellschafters gestattet wird. Umgekehrt bildet die Darstellung jener Sachverhalte, die bislang im österreichischen Recht eine Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf das Vermögen eines Gesellschafters zur Folge hatten, erst die Voraussetzung dafür, dass ein eventueller Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung im österreichischen Recht überprüft werden kann. Die Darstellung des Haftungsdurchgriffs ist somit nicht als Wiederholung von bereits bekanntem gedacht, sondern vielmehr Voraussetzung zur Untersuchung der Existenzvernichtungshaftung.

4.2. Entwicklung des Konzepts der Durchgriffshaftung in Deutschland und Österreich

Wie im Kapitel zur speziellen Situation in Konzernverhältnissen noch darzustellen sein wird, war bereits der Einführung der GmbH zumindest in Deutschland eine umfassende Diskussion vorausgegangen, die die Folgen und Probleme der Haftungsbeschränkung bei der GmbH betraf. Ebenfalls ist bereits darauf verwiesen worden, dass das Bemühen nun schon seit Jahrzehnten nicht darauf gerichtet ist, die Rechtsform der GmbH an sich in Frage zu stellen, sondern vielmehr dort Ergänzungen zum Haftungssystem der GmbH zu finden, wo dieses deren Gläubiger in besonders groblicher Weise schutzlos stellt.

Bei der Durchgriffshaftung handelt es sich um ein Prinzip, das im Grunde fast so alt ist wie die GmbH selbst und im wesentlichen in der Literatur herausgebildet wurde – die Rechtsprechung hat bislang kaum etwas geleistet, um dieses Prinzip zu Gunsten der Gläubiger auszudehnen. Dies hat sich möglicherweise durch das Institut der Existenzvernichtungshaftung in Deutschland nun geändert.⁸⁵

⁸⁴OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; *Wenger*, Zur Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter, RWZ 2004, 93; *Schopper*, GesRZ 2005, 176

⁸⁵ BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; *Ulmer*; Von TBB zu Bremer Vulkan, ZIP 2001, 2021; *Lutter/Banerjee*, ZGR 3/2003, 437; *Bruns*, WM 2003, 815; *Wilhelm*, NJW 2003, 178.

Vom Prinzip her geht die Idee der Durchgriffshaftung– in sehr unterschiedlichen Ausprägungen, welche anschließend geschildert werden– dahin, dass das Haftungsprivileg der GmbH– verankert in § 61 GmbHG sowie in § 13 dGmbHG– so zu interpretieren ist, dass es keine grenzenlose, haftungsbeschränkte Ausnutzung der Rechtsform der GmbH durch deren Gesellschafter erlaubt. Zwar soll das Prinzip der beschränkten Haftung nicht grundsätzlich angetastet werden, allerdings wird verlangt, dass der Gesellschafter, um in den Genuss der Haftungsbeschränkung zu kommen, bestimmte Prinzipien beachten muss. Deren Durchbrechung kann dann letztendlich auch eine unbeschränkte Haftung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen zur Folge haben.⁸⁶

Hierbei wird das Institut an sich als Durchgriffshaftung, die einzelne Durchgriffshandlung hingegen als Haftungsdurchgriff bezeichnet.⁸⁷

Das Problem an diesen Erwägungen – ohne vorerst auf die verschiedenen, in der Lehre vertretenen Ansätze zur dogmatischen Rechtfertigung einzugehen– ist vorerst ein grundlegendes:

Die theoretischen Ausführungen zur Durchgriffshaftung als Institut zu Gunsten der Gläubiger einer GmbH existieren nun schon seit Jahrzehnten. Neben der – abgesehen von der jungen Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung in Deutschland– eher spärlichen Rechtsprechung hat auch der Gesetzgeber bislang weder in Deutschland noch in Österreich irgendeine Bestrebung erkennen lassen, am Rechtsbestand zur GmbH insofern etwas zu ändern, als dass mit einer gesetzlichen Regelung auf dieses Institut Bezug genommen worden wäre.

Findet sich ein bestimmtes Rechtsinstitut, dessen Anwendung– in welcher Weise auch immer– von der Lehre verlangt wird, nicht ausdrücklich im gesetzten Recht wieder, so ist eine Anwendung– ohne vorhergehende gesetzliche Änderung– nur dann möglich, wenn es anhand der allgemeinen Instrumente, welche der Rechtstheorie zur Verfügung stehen, gelingt, das Bestehen einer entsprechenden Regelung aus dem aktuellen Rechtsbestand herzuleiten, obgleich dieser darauf nicht ausdrücklich Bezug nimmt. Dabei ist etwa an die Herleitung mittels teleologischer Gesetzesinterpretation, Lückenfüllung bzw. Analogieschluss zu denken.⁸⁸

Bislang wurde zumindest für die dogmatische Herleitung einer bestehenden Regelung zur Durchgriffshaftung – sowohl in Lehre als auch in Judikatur– wenig geleistet, das Bemühen der rechtstheoretischen Herleitung eines solchen Instituts ist oft nur in Grundzügen vorhanden.

Betrachtet man eine typische Form der "Gesetzwerdung" so stellt man fest, dass

⁸⁶ *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff, WBI 1989, 1; *Feil*, Durchgriffshaftung bei juristischen Personen, GesRZ 2003, XV; *Wenger*, RWZ 2004, 93.

⁸⁷ *Nirk*, Zur Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung, in FS Stimpel (1985) 444

⁸⁸ *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005) 18 *Rüffler*, Analogie, Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht, JRP 2002, 60; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften (1969), 370; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1983) 16.

erste Anregungen zur Einführung von "neuen" Rechtsinstituten oftmals aus der Lehre kommen, mit der Zeit von der Judikatur – zumindest teilweise – übernommen werden und anschließend oft vom Gesetzgeber entweder in gesetztem Recht umgesetzt bzw. – falls der Gesetzgeber die Rechtsfolgen der höchstgerichtlichen Entscheidungen missbilligen sollte – gerade ausdrückliche, entgegengesetzte Regelungen geschaffen werden, die eine Anwendung der in der Lehre entwickelten, von der Judikatur aufgegriffenen Prinzipien geradezu ausschließen.⁸⁹

Festzuhalten ist, dass selbstverständlich das letzte Wort, ob ein von der Lehre entwickeltes Prinzip tatsächlich reale Anwendung finden soll, beim Gesetzgeber liegt. Selbst wenn es also gelingt, ein entsprechendes Rechtsinstitut aus der Rechtsordnung herzuleiten, obgleich dieses keine ausdrückliche Erwähnung darin findet, ist damit nicht gesagt, dass dieses – von der Rechtsprechung dann übernommene Prinzip – auch Bestand der Rechtsordnung bleibt.⁹⁰

Berücksichtigt man abermals den derzeitigen Stand zur Diskussion um die Durchgriffshaftung, so gibt es umfangreiche theoretische Abhandlungen, eine Berücksichtigung des Prinzips im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung in der deutschen Judikatur, allerdings keinerlei gesetzgeberische Initiative zu dieser Thematik. Jegliche Diskussion zur Durchgriffshaftung hat also unter der Prämisse zu erfolgen, dass eine entsprechende Reaktion des Gesetzgebers noch ausständig, das künftige Schicksal dieses Instituts somit keineswegs noch gesichert ist.

Der OGH erkennt zwar in seinen Entscheidungen seit "Eumig"⁹¹ grundsätzlich das Bestehen eines Instituts der Durchgriffshaftung an, räumt auch ein, dass das bestehende Haftungsprivileg nicht grundsätzlich gegen eine Heranziehung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen zur Haftung spreche, betont aber auch immer wieder, dass eben die Grenzen der Durchgriffshaftung nicht ausgelotet seien und lässt offen, welcher der verschiedenen, in der Lehre vertretenen Meinungen er sich anschließen möge.⁹²

In der historischen Entwicklung ist festzustellen, dass die Bemühungen zur Entwicklung einer Lehre, die den Gläubigern den Durchgriff auf den Gesellschafter einer GmbH erlauben sollen, in Deutschland bis in die Zwischenkriegszeit des vergangenen Jahrhunderts zurückreichen. In dieser Zeit erstreckten sich die Bemühungen der Lehre vor allem auf die Einmann - GmbH und zielten darauf ab, die Identität einer Gesellschaft mit deren Einmann-Gesellschafter herzustellen. *Müller-Erzbach*, *Siebert* und *Gierke* entwickelten in den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts jeweils Theorien, die aufgrund dieser These dem Gläubiger den Zugriff auf den Einmann-Gesellschafter ermöglichen bzw. die Zurechnung verschiedener Eigenschaften und Verhaltensweisen zwischen Gesellschaft und Einmann-

⁸⁹ *Mayer-Maly*, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 562; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterecht (1996) 116.

⁹⁰ *Probst*, Thomas: Die Änderung der Rechtsprechung (1993) 448.

⁹¹ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86; *Karollus*, ÖBA 1990, 337; *Koppensteiner*, Wbl 1988, 1; *Honsell*, JBl 1987, 146.

⁹² OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; *Schopper*, GesRZ 2005, 176.

Gesellschafter erlauben sollten.⁹³ Diese Theorien stoßen in der jeweiligen Form heute auf einhellige Ablehnung.

Eine erste, umfangreiche Arbeit zur Durchgriffsthematik, auf die auch heute noch häufig – etwa in der Rechtsprechung des OGH – Bezug genommen wird, stammt von *Serick* und wurde 1955 veröffentlicht. In seinem Werk "Rechtsform und Realität juristischer Personen" geht *Serick* von der gesellschaftsrechtlichen Judikatur im amerikanischen Privatrecht aus und entwickelt daraus seine "subjektive Missbrauchslehre", die auch im deutschen Recht einen vergleichbaren Durchgriff auf den GmbH - Gesellschafter ermöglichen soll.

In seiner "subjektiven Missbrauchslehre" strebt *Serick* nicht danach, die Trennung von juristischer Person und Gesellschafter prinzipiell in Frage zu stellen und begründet dies vor allem damit, dass die juristische Person eben durch eine Wertentscheidung des Gesetzgebers für einen bestimmten Bereich geschaffen wurde und daher, solange sie in diesem tätig sei, als vollwertiges Rechtssubjekt geachtet werden sollte.⁹⁴

Um dennoch in verschiedenen Fällen die juristische Person "beiseite schieben zu können"⁹⁵, verlangt *Serick*, dass der hinter der Gesellschaft stehende "Ausübende" die Rechtsform der GmbH in individuell-subjektiver Weise missbrauche.⁹⁶ Aus diesen Überlegungen leitete *Serick* eine Durchgriffsmöglichkeit auf den Gesellschafter bei einer betrügerischen Schädigung von Drittpersonen sowie bei Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten unter der Voraussetzungen objektivem Rechtsformenmissbrauchs und subjektiver Missbrauchsabsicht des Schädigers ab.

Die subjektive Missbrauchslehre stieß in der Lehre alsbald auf Kritik, insbesondere von *Müller-Freienfels*, der als Gegenmodell die sogenannte "Normanwendungslehre" entwickelte.⁹⁷ Kritikpunkte in der Lehre waren vor allem die mangelnde dogmatische Herleitung der subjektiven Missbrauchslehre aus dem geltenden Rechtsbestand sowie die Tatsache, dass *Serick* mit dem Begriff der "juristischen Person" arbeite, ohne die verschiedenen Ausformungen dieser rechtlichen Institution zu berücksichtigen. In der Tat ist - von den Begründungsmängeln in der Herleitung der subjektiven Missbrauchslehre abgesehen - schwer verständlich, warum die subjektive Missbrauchsabsicht des Schädigers das Kriterium bilden sollte, aus dem sich ein Zugriffsrecht des Gläubigers auf den Gesellschafter ableiten lassen sollte. Das käme letztendlich einer Einschränkung der Haftung des Gesellschafters auf vorsätzliches Handeln zu Lasten der Gläubiger gleich. Für den Gläubiger macht es aber wohl keinen Unterschied, ob der ihm entstandene Schaden durch den Gesellschafter absichtsvoll zugefügt worden war oder dieser in seiner Verhaltensweise eine Schädigung der Gesellschaft ohne dabei auch nur an deren Gläubiger zu denken,

⁹³ *Benne*, Haftungsdurchgriff 7; *Siebert*, DJZ 1935, 713; *Müller-Erzbach*, Reichsgericht 162

⁹⁴ *Serick*, Rechtsform 46; *Benne*, Haftungsdurchgriff 11.

⁹⁵ *Serick*, Rechtsform 46.

⁹⁶ *Serick*, Rechtsform 36.

⁹⁷ *Müller-Freienfels*, AcP 156, 1957, 522.

durchführte. Auch unter der Berücksichtigung etwaiger Beweislastprobleme kann das Abstellen auf eine subjektive Missbrauchsabsicht des Schädigers wohl nicht den erwünschten Gläubigerschutz bringen.

Die den subjektiven Missbrauchsthesen *Sericks* entgegengesetzte Normenwendungslehre *Müller -Freienfels*⁹⁸ macht hingegen den Durchgriffstatbestand nicht von einer subjektiven Missbrauchsabsicht des Schädigers sondern vielmehr vom Zweck des Gesetzes der zugrundeliegenden Normen abhängig. Es sei zu berücksichtigen, welchen Sinn und Zweck ein Gesetz im Rahmen der geltenden Rechtsordnung verfolge, erst aus diesem Ansatz heraus könne eine Bewertung erfolgen, ob aufgrund der geltenden Rechtsordnung im konkreten Falle ein Zugriff auf den Gesellschafter möglich sei. Bei Betrachtung dieser Thesen ist zu sagen, dass diese Lehre in ihrer Grundausrichtung absolut den richtigen Weg weist. Wie schon in den eingangs gestellten allgemeinen Erwägungen erwähnt wurde, kann grundsätzlich – sofern eine ausdrückliche Regelung in der Rechtsordnung nicht zu finden ist – eine bestimmte rechtliche Vorgehensweise nur mit den allgemeinen "Werkzeugen" der Rechtstheorie hergeleitet werden. Die Forderung nach einer sinngemäßen Betrachtung der Rechtsordnung als gesamtem, um daraus die nötigen, gesetzgeberischen Wertungen und die Antwort auf die Frage nach der Berechtigung eines bestimmten Rechtsinstituts zu gewinnen, ist demnach durchaus sinnvoll. Allerdings bietet diese grundsätzliche Erwägung noch keinerlei Lösung für die Frage, wann es tatsächlich zu einem Durchgriff kommen sollte. Der Rechtsanwender verlangt nach bestimmten Lösungsmodellen, wie verschiedene reale Sachverhalte unter Zugrundelegung der gesetzlichen Normen zu werten sind, insofern nicht zuletzt nach "Fallgruppen"

In ihren möglichen Konsequenzen steht die Normenwendungslehre nicht einmal in grundsätzlicher Gegnerschaft zur subjektiven Missbrauchslehre – würde nämlich bei einer gesamtheitlichen, sinngemäßen Betrachtung der Rechtsordnung das Ergebnis zustandekommen, dass die Wertung des Gesetzgebers gerade in jene Richtung geht, dass der subjektive Missbrauch in einer bestimmten Form abgelehnt werde, so kämen beide Theorien auf die selbe Lösung.

Weiterentwicklungen, die auf der Normenwendungslehre basieren, sind die Auffassungen *Rehbinders*⁹⁹ und *Schanzes*¹⁰⁰. *Rehbinder* fordert zunächst eine Normenwendung anhand zivilrechtlicher Lösungsmodelle, erst wenn das keinerlei Lösung brächte, sei überhaupt über einen Durchgriff nachzudenken, dieser solle sich auf die allgemeinen juristischen Methoden – in diesem Falle teleologische Interpretation und Lückenfüllung – stützen.

Als Gegenthesen zur subjektiven Missbrauchslehre *Sericks* wurden weiters aufbauend auf einer Konzeption von *Drobnig*¹⁰¹ und *Hofmanns* die Anschauung entwickelt, ein eventueller Durchgriff auf den Gesellschafter könne sich zwar auf den

⁹⁸ *Müller-Freienfels*, AcP 156, 1957, 522; *Serick*, Rechtsform 46; *Jabornegg*, WBI 1989, 1; OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

⁹⁹ *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht (1962) 1.

¹⁰⁰ *Schanze*, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung (1975) 1.

¹⁰¹ *Drobnig*, Haftungsdurchgriff 28.

Missbrauchstatbestand stützen, das von *Serick* formulierte subjektive Element als Haftungsvoraussetzung sei aber abzulehnen.¹⁰² Stattdessen möchte sich diese "objektive Missbrauchslehre" auf § 826 BGB als Durchgriffstatbestand, die deutsche Regelung zum sittenwidrigen Verhalten, stützen. Ohne hierbei auf das subjektive Element im Sinne *Sericks* einzugehen, werden analog zu dessen Konzeption ebenfalls entsprechende Fallgruppen herausgebildet.¹⁰³ Im Sinne dieser objektiven Missbrauchslehre werden der juristischen Person auch sogenannte Innenschranken auferlegt, der Gebrauch der juristischen Person wird der Gebrauch in einer bestimmten Weise aus sozial-rechtsethischen Gründen versagt.

Aufbauend auf *Müller-Freienfels* Normanwendungsthesen sind weiters jene Theorien, die einen Durchgriff auf den Gesellschafter von der angemessenen Kapitalausstattung der GmbH abhängig machen möchten. In diesem Sinne soll der Normzweck der gesetzlichen Vorschriften zur GmbH dann vereitelt werden, wenn deren Gesellschaftsvermögen so gering ist, dass dieses nicht mehr als Ersatz zur Haftungsfreistellung des Gesellschafters dienen kann. Allen diesen Theorien ist es gemeinsam, dass versucht wird, ausgehend vom normzweckorientierten Ansatz *Müller-Freienfels* die Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung im GmbH - Recht insofern normzweckgerecht zu interpretieren, als die Gesellschafter zusätzlich eine bestimmte Verpflichtung treffen solle, die Gesellschaft mit entsprechenden Kapitalmitteln auszustatten.¹⁰⁴

All diesen Theorien ist gemeinsam, dass diese auf folgendes Anliegen abstellen: Es sollte gegenüber den Gläubigern einer GmbH gewährleistet sein, dass das Vermögen, welches dieser zur Durchführung ihrer geschäftlichen Tätigkeit zur Verfügung steht, auch entsprechend ausreichend ist, um diese durchzuführen und dabei den Schutz der Gläubiger – letztlich der Finanziers der Gesellschaftstätigkeit – in vernünftiger Weise zu garantieren. Letztlich wurde ja auch immer das starre Prinzip speziell der Kapitalaufbringungsvorschriften kritisiert, das keinerlei Bezug auf die inhaltliche und funktionale Ausgestaltung der jeweiligen Gesellschaft im einzelnen nimmt. Dabei haben diese Ansätze aber auch Mängel:

Es ist eine Tatsache, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Kapitalaufbringungspflicht der Gesellschafter zwar ausdrücklich verankert hat, dies allerdings nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag. Wenn nun darüberhinaus bestimmte Finanzierungsverantwortungen der Gesellschafter angenommen werden sollen, so braucht man dafür handfeste, dogmatische Argumente zumal ob der ausdrücklichen, gesetzlichen Bestimmungen wohl kaum behauptet werden kann, der Gesetzgeber habe eine entsprechende Regelung einfach vergessen. Das bedeutet zwar nicht, dass eine weitergehende Verantwortung der Gesellschafter vorweg ausgeschlossen ist, konstituiert aber zumindest einen erhöhten Begründungsbedarf, will man die Verpflichtungen der Gesellschafter ausdehnen.

Zum zweiten ist darauf zu verweisen, dass die Herleitung einer entsprechenden Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter, selbst wenn sie gelänge, ja nur

¹⁰² *Hofmann*, Zum Durchgriffsproblem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, 1941.

¹⁰³ *Benne*, Haftungsdurchgriff 7.

¹⁰⁴ *Müller-Freienfels*, AcP 156, 1957, 522.

einen Teilbereich der bestehenden, haftungsrechtlichen Probleme abdecken könnte. Die Möglichkeit der Gläubigerschädigung reicht weit über das von den Theorien zur weitergehenden Kapitalaufbringungspflicht zugrundegelegte Modell "Gesellschafter stattet GmbH mit zu geringem Kapital aus und führt sie dadurch in den Konkurs" hinaus. Die entsprechenden Theorien könnten etwa jene Fälle, in denen eine Gesellschaft zwar grundsätzlich über ausreichendes Kapital verfügt, durch die Einflussnahme der Gesellschafter aber dennoch in den Existenzverlust gerät, nicht abdecken. Insofern kann gesagt werden, dass die Konstituierung einer erhöhten Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter einer GmbH analog zu deren Tätigkeit allenfalls nur einen Teilbereich der vorhandenen haftungsbezogenen Probleme lösen könnte.

Unter den zahlreichen Theorien zur Durchgriffshaftung sticht jene von Jan *Wilhelm* insofern heraus, als diese eigentlich eine Absage an die Durchgriffshaftung darstellt. Entgegen den Thesen der Anhänger der Durchgriffshaftung vertritt *Wilhelm* das eigenständige Modell einer Sorgfaltshaftung der Gesellschafter und fordert unter Bezugnahme auf das Postulat von Herrschaft und Haftung eine pflichtengebundene Verhaltenspflicht der Gesellschafter einer GmbH. Aus der Tatsache, dass Gesellschafter die Geschicke der entsprechenden GmbH leitend oder beherrschend lenken könnten, folge auch, dass diese jene kaufmännischen Sorgfaltspflichten treffe, die das Gesetz in Bezug auf die Geschäftsführer einer GmbH ohnedies kenne.¹⁰⁵

Dabei fordert *Wilhelm* – den Bestimmungen zur Geschäftsführerhaftung entsprechend – den Eintritt von Haftungsfolgen nicht auf die Fälle aktiven Tuns zu beschränken sondern ebenso Unterlassungshandlungen der Gesellschafter als haftungsbegründend wirken zu lassen. Zwar konzipiert *Wilhelm* sein Haftungssystem grundsätzlich als Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Außerhalb des Insolvenzverfahrens solle es den Gläubigern allerdings auch ermöglicht werden, unmittelbar gegen die Gesellschafter vorzugehen, da es ihnen nicht zumutbar sei, zuerst gegen eine befriedigungsunfähige Gesellschaft vorzugehen und deren Ansprüche gegen die Gesellschafter pfänden lassen zu müssen.¹⁰⁶ Dogmatisch begründet wird *Wilhelms* – letztlich auf rechtsethischen Grundsätzen fußendes – Modell im wesentlichen mit einem Analogieschluss zum deutschen Aktienrecht.

Wilhelms These steht insofern im Gegensatz zu den klassischen Durchgriffslehren, als sich seine Theorie nicht auf eine Aufhebung der als Konstruktion zwischen Gesellschafter und Gläubiger stehenden Gesellschaft bezieht sondern vielmehr anerkennt, dass es sich bei der juristischen Person um ein Gebilde handelt, das nicht aus haftungstechnischen Gründen einfach aufgehoben werden könne – in diesem Sinne ist seine Auffassung auch kein Durchgriff. Vielmehr leitet *Wilhelm* aus dem gesetzlichen Normenbestand eine dem GmbH - Gesellschafter eigene Verhaltenspflicht ab, bei deren Verletzung sich ein originärer

¹⁰⁵ *Wilhelm*, Rechtsform 355; *Artmann*, Die Durchgriffshaftung im Konzern in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht - Stand und Entwicklungen im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2003) 87; *Karollus*, ÖBA 1995, 7; *Torggler*, Fünf Antithesen zum Haftungsdurchgriff, JBI 2006, 85.

¹⁰⁶ *Wilhelm*, Rechtsform 355.

Schadenersatzanspruch des Geschädigten – sprich des Gläubigers – ergibt.

Einerseits steht *Wilhelms* These damit der in Österreich seit den Eumig - Erkenntnissen durch die Rechtsprechung untermauerten "Durchgriffshaftung" gegen die Gesellschafter bei faktischen Geschäftsführungshandlungen nahe.¹⁰⁷ Allerdings mit der Unterscheidung, dass in diesem Falle seitens der höchstgerichtlichen Judikatur eine bestimmte Verhaltenspflicht nur dann bejaht wurde, wenn der entsprechende Gesellschafter tatsächlich die Geschäftsführung einer Gesellschaft entscheidend mitbestimmte und sich eine entsprechende Schadenersatzhaftung ohnehin schon aus allgemeinen deliktsrechtlichen Erwägungen herleiten ließe. *Wilhelm* möchte dagegen schon ex lege eine bestimmte Verhaltenspflicht der Gesellschafter sehen, die eben auch dann Haftungsfolgen nach sich ziehen würde, wenn ein Gesellschafter im wahrsten Sinne des Wortes "gar nichts tut".

Wilhelm erweist sich in diesem Sinne auch als eine Art Vordenker der Rechtsprechung zur "Existenzvernichtungshaftung" – seine Worte "die Gesellschafter dürften mit den ihnen anvertrauten Vermögen nicht nach belieben umspringen"¹⁰⁸ treten uns nicht umsonst in etwas veränderter Form in den Judikaten zur Existenzvernichtung wieder entgegen.¹⁰⁹

Wie auch im Rahmen der Existenzvernichtung geht es darum, dass die Gesellschafter eine Verpflichtung trifft, im Sinne der ihnen gesetzlich anvertrauten Herrschaft über das Gesellschaftsvermögen der GmbH bestimmte Verhaltensregeln im Umgang mit diesem Vermögen einzuhalten, widrigenfalls sie eine persönliche Haftung trifft.

In der österreichischen Literatur spielt die Durchgriffshaftung erst seit der OGH-Entscheidung zu "Eumig" eine Rolle. Erst im Anschluss an diese höchstgerichtliche Entscheidung vor nunmehr etwa 20 Jahren begann sich auch in Österreich eine Zahl von Autoren mit dem Institut der Durchgriffshaftung zu beschäftigen.¹¹⁰

Betrachtet man nun die große Zahl an Abhandlungen zur Durchgriffshaftung in der deutschen Lehre, so kommt man zum Schluss, dass sich – lässt man die abweichende Auffassung *Wilhelms* zur Seite – zur Durchgriffshaftung im wesentlichen drei Denkrichtungen gebildet haben: subjektive Missbrauchslehre, Normzwecklehre sowie objektive Missbrauchslehre. Gemeinsam ist diesen drei Theorien das Ziel, in bestimmten Fällen dem Gläubiger einer GmbH den Zugriff auf das Vermögen des Gesellschafters zu gestatten, unterschiedlich allerdings der Weg, wie man dorthin gelangen möchte. Dementsprechend unterscheiden sich auch die jeweiligen, rechtsanwenderischen Ergebnisse, je nachdem, auf welche Rechtstheorie der Durchgriff jeweils gestützt wird.

¹⁰⁷ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86; *Karollus*, ÖBA 1990, 337; *Koppensteiner*, Wbl 1988, 1; *Honsell*, JBl 1987, 146.

¹⁰⁸ *Wilhelm*, Rechtsform 340.

¹⁰⁹ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99; BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.9.2004, II ZR 302/02.

¹¹⁰ *Harrer*, Haftungsprobleme 136; *Karollus*, ÖBA 1990, 337; *Koppensteiner*, Wbl 1988, 1; *Honsell*, JBl 1987, 146.

Neben den Betrachtungen in der Literatur in Deutschland und Österreich ist natürlich die Sichtweise der Judikatur von Relevanz. Dabei ist einerseits zu überprüfen, wie weit das Institut der Durchgriffshaftung in der Judikatur Anerkennung gefunden hat, darüberhinaus danach zu fragen, welcher dogmatischen Denkrichtung die Judikatur zu folgen scheint. Von der generellen Anerkennung der Durchgriffshaftung abgesehen, ist weiters danach zu fragen, in welchen speziellen Fallkonstellationen eine Anerkennung der Durchgriffshaftung durch die Rechtsprechung erfolgt ist.

Im Anschluss an die von *Serick* eingeleitete Debatte der Nachkriegsära des vergangenen Jahrhunderts begann sich in Deutschland eine spärliche Rechtsprechung zur Durchgriffshaftung zu entwickeln. Eine grundsätzliche Anerkennung der Durchgriffshaftung erfolgte bereits 1958¹¹¹. Von den Einzelatbeständen her wurde eine Durchgriffshaftung durch den BGH bei Vermengung des Vermögens von Gesellschaft und Gesellschafter anerkannt, in den einzelnen Fällen aber genauso wenig angewandt wie eine Durchgriffshaftung im Falle von Unterkapitalisierung. Die spärlichen Ansätze mündeten dann letztendlich in der Rechtsprechung zum "qualifiziert, faktischen Konzern", die anfangs – und zum Teil auch noch heute – als Fallgruppe der Durchgriffshaftung eingeordnet wurde. Wie im letzten Abschnitt dieses Kapitels aber zu zeigen sein wird, handelt es sich bei diesem ausschließlich auf den Konzern zugeschnittenen Haftungssystem aber eben um keine Fallgruppe der Durchgriffshaftung.¹¹²

Eine neuerliche Trendwende markierte dann die Entscheidung "Bremer Vulkan", die insofern den Weg zurück zur Existenzvernichtungshaftung als Ausformung der Durchgriffshaftung ebnete, als darin eben unabhängig vom Vorliegen eines Konzernatbestands der unmittelbare Zugriff der Gläubiger auf die Gesellschafter der GmbH in bestimmten Fällen bejaht wurde.¹¹³

Fragt man also, was von der Durchgriffshaftung in der deutschen Judikatur aus heutiger Sicht übrig ist, so trifft man auf die Gesellschafterhaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe. Inwieweit durch dieses Modell die verschiedenen Tatbestände, für die in der Literatur die Anwendung des Durchgriffs gefordert wurde, abgedeckt werden können, ist zum jetzigen Judikaturstand noch unklar und bedarf einer weitergehenden Untersuchung.

Zur österreichischen Rechtsprechung zur Durchgriffshaftung ist festzuhalten, dass diese als Rechtsinstitut zweifellos anerkannt ist, es an einer dogmatischen Begründung dafür allerdings mangelt; einzelne Fallgruppen für die Durchgriffshaftung

¹¹¹ *Serick*, Rechtsform, 46.

¹¹² *Bitter*, Der Anfang vom Ende des qualifiziert faktischen Konzerns, WM 2001, 2137; *Büscher*, Die qualifizierte faktische Konzernierung - eine gelungene Fortbildung des Rechts der GmbH? (1999) 6; *Krieger*, Der Tatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns in *Hommelhoff*, Der qualifiziert, faktische GmbH-Konzern (1992), 46; *Altmeyden*, Abschied vom qualifiziert, faktischen Konzern (1991) 59; *Hommelhoff*, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (1992), 1; *Stimpel*, Autokran -- Tiefbau -- Video : Stand der Rechtsprechung in *Hommelhoff*, Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern (1992) 5.

¹¹³ *Bruns*, WM 2003, 601; *Lutter/Banerjee*, ZGR 2003, 443; *K. Schmidt*, NJW 2001, 3580 *Vetter*, ZIP 2003, 815

durch die Rechtsprechung zwar gebildet wurden, diese allerdings dann in der Realität nur selten Anwendung fanden.

Zu nennen ist neben den eingangs zitierten Entscheidungen „Eumig“ und „Salzburger Tourismusverband“ vor allem die Entscheidung 3Ob75/06k vom 27.6.2006.¹¹⁴

In dieser Entscheidung nahm der OGH – ähnlich der Entscheidung „Eumig“ – einen Durchgriff auf den Gesellschafter einer Aktiengesellschaft an und rechnete diesem zahlreiche deliktische Verhaltensweisen welche er gegenüber Gläubigern der entsprechenden Gesellschaft gesetzt hatte, zu.

Somit ist im allgemeinen zusammenzufassen, dass, wenn man einen Vergleich ziehen möchte, die quantitativ ergiebigsten Abhandlungen zum Institut der Durchgriffshaftung eindeutig aus der deutschen Theoriediskussion kommen. Betrachtet man die drei entscheidenden Denkrichtungen allerdings inhaltlich, so ist festzustellen, dass im wesentlichen keine der drei Theorien – subjektive Missbrauchslehre, objektive Missbrauchslehre und Normzwecklehre – bislang in der Lage war, eine befriedigende Lösung zur allgemeinen Herleitung der Durchgriffshaftung zu bieten. Diese Mängel auf der methodischen Ebene wurden durch Ehrlicke etwa überzeugend dargestellt.¹¹⁵

Keine der Theorien zur Durchgriffshaftung kommt letztlich daran vorbei, dass es eben – sowohl in Deutschland als auch in Österreich – eindeutige, gesetzliche Regelungen gibt, die die Trennung von Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftervermögen genauso festlegen wie die Beschränkung der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds.

4.3. Dogmatische Rechtfertigung der Durchgriffshaftung

Der Begründung einer Durchgriffshaftung kann man sich somit methodisch vor allem auf zwei Ebenen nähern. Einerseits besteht dort, wo dies ohnehin durch sonstige gesetzliche Normen festgelegt ist, die Möglichkeit, trotz des allgemein gültigen Trennungsgrundsatzes und der Haftungsbeschränkung im GmbH -Recht auf das Vermögen des Gesellschafters als Haftungsfonds zuzugreifen. Nach der allgemeinen juristischen Methodenlehre steht der Trennungsgrundsatz einem solchen Vorgehen grundsätzlich nicht im Wege, es würde sich dabei nur um eine Anwendung des allgemeinen, juristischen Prinzips, dass die auf einen speziellen Sachverhalt zugeschnittene Einzelnorm im Anwendungsfall eine inhaltlich widersprechende, generelle Regelung verdrängt, handeln.¹¹⁶

Ein Beispiel dafür, dass sich Sachverhalte, welche auch unter den Begriff des

¹¹⁴ OGH 27.6.2006, 3Ob75/06k.

¹¹⁵ Ehrlicke, Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht, Acp 1999, 199.

¹¹⁶ Bydlinski, Grundzüge 18; Larenz, Methodenlehre, 370; OGH 9. 11. 1993, 5 Ob 69 /93.

Haftungsdurchgriffs subsumiert werden, zum Teil mit einer solchen Methodik erfassen lassen, stellt der unmittelbare Zugriff auf den Gesellschafter einer GmbH, falls dieser Schutzgesetze zu Gunsten eines Gläubigers verletzt, dar. Diese Form des Haftungsdurchgriffs wird in der österreichischen Judikatur und Lehre oft als Durchgriff auf den Gesellschafter aufgrund faktischer Geschäftsführertätigkeit bezeichnet.¹¹⁷ Letztendlich wird in einer solchen Konstellation allerdings der Gesellschafter nicht anders als jeder Dritte, der tatsächlich in die Geschäftsführung einer Gesellschaft eingreift, behandelt. Insofern ist fraglich, ob für derartige Schadenersatzfälle tatsächlich die Bezeichnung als Haftungsdurchgriff sinnvoll ist.

Indes stellt sich auch die Frage, inwieweit solche Fälle überhaupt noch als Anwendungen einer sogenannten "Durchgriffshaftung" eingestuft werden können. Gerade im beschriebenen Falle "faktische Geschäftsführung" beruht die Haftung des Gesellschafters ja auf allgemeinen, schadenersatzrechtlichen Grundsätzen, denen jedes Rechtssubjekt, das einen entsprechenden Tatbestand setzt, unterworfen ist, nicht alleine der Gesellschafter. Eine solche Form der Normanwendung auf den Gesellschafter bedeutet damit denklogisch ja nur, dass dieser nicht gegenüber Drittpersonen in seiner Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft privilegiert ist. Eine eigenständige Haftungsgrundlage des Gesellschafters gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft wird dadurch aber nicht geschaffen.¹¹⁸

Letztlich handelt es sich dabei auch nicht um einen Durchgriff im Sinne der Normanwendungslehre, da selbst dort gefordert wird, für einen Durchgriff im eigentlichen Sinne müsse zumindest die Notwendigkeit einer teleologischen Norminterpretation vorgelegen sein.¹¹⁹ Nicht einmal dies ist hier der Fall. Somit kann gesagt werden, dass eine solche Form des Zugriffs des Gläubigers der Gesellschaft auf das Privatvermögen des Gesellschafters, die sich auf allgemeine, schadenersatzrechtliche Prinzipien stützt, zwar formaljuristisch geringere Probleme aufwirft, wohl aber nicht als Ausformung der Durchgriffshaftung im eigentlichen Sinne einzustufen ist. Allerdings ist zu betonen, dass sich nicht alle Fallkonstellationen, bei denen die österreichische Rechtsprechung eine Durchgriffshaftung postuliert, anhand dieser einfachen Normanwendung lösen lassen.

Komplizierter ist die Sachlage dann, wenn es – ergänzend zur allgemeinen Regelung des Trennungsgrundsatzes im GmbH-Recht keine ausdrückliche Spezialvorschrift gibt, auf die sich ein Gläubiger stützen kann, um zu einer Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsschulden mit seinem Privatvermögen zu gelangen.

Um hier überhaupt zu einer Auflösung des Trennungsprinzips in den verschiedenen Fallkonstellationen zu kommen, ist es vorerst einmal nötig, in der bestehenden Rechtslage eine gesetzliche Regelungslücke auszumachen, die dann mit entsprechenden juristischen Anwendungsmethoden im Sinne des Instituts der Durchgriffshaftung geschlossen werden kann.¹²⁰

¹¹⁷ *Harrer*, Haftungsprobleme 190.

¹¹⁸ *Karollus*, ÖBA 1990, 337; *Artmann*, RdA 2002, 270

¹¹⁹ *Müller-Freienfels*, AcP 156, 1957, 522

¹²⁰ *Bydlinski*, Grundzüge 59 *Rüffler*, JRP 2002, 60; *Larenz*, Methodenlehre 370; *Canaris*, Lücken 16; *Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung- demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen ein scheinbare Selbstverständlichkeit, JRP 2001, 281.

Als Regelungslücke wird allgemein eine planwidrige Unvollständigkeit der gesetzlichen Grundlage verstanden¹²¹, ob eine solche vorliegt kann anhand der Gesamtbetrachtung der gültigen Rechtslage unter Heranziehung all jener Normen, die einen Rückschluss auf den zu untersuchenden Tatbestand erlauben, geschehen.

Bei der Frage nach der vorliegenden "Lücke" stößt man aber ohnehin wieder an das Faktum der bestehenden, ausdrücklichen Regelung zur Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen. Um überhaupt zum Schluss kommen zu können, die gegenständliche Rechtslage sei um das Institut der Durchgriffshaftung zu erweitern, ist es somit nötig, nachzuweisen, dass der Gesetzgeber planwidrigerweise keine entsprechenden Regelungen, die eine fallbezogene Durchbrechung des Allgemeintatbestandes erlauben würden, gesetzt hat. Im Sinne der juristischen Methodenlehre wäre somit die Bestimmung des § 61 Abs 2 öGmbHG in einer sinngemäßen Interpretation von ihrem Anwendungsbereich her zu reduzieren, die somit "aufgedeckten" Lücken in der Rechtsordnung anhand allgemeiner, juristischer Methodik zu schließen.¹²²

Ob ein solches Vorgehen nach der allgemeinen, juristischen Lehre aber überhaupt zulässig ist, ist zumindest nicht unumstritten. *Wilhelm* hat etwa in einer kurzen Abhandlung, die sich auf einen ganz anderen juristischen Kontext bezog, in der die – mittlerweile korrigierte– höchstgerichtliche Judikatur das Prinzip des juristischen Lückenschlusses und der analogen Lückenfüllung eindeutig überspannte, davor gewarnt, überall dort, wo dem Rechtsanwender die Verwendung einer anderen als der gesetzlich dafür ausdrücklich vorgesehenen, generellen Regelung wünschenswert scheint, eine planwidrige Regelungslücke anzunehmen und diese nach Belieben mit Analogieschlüssen zu füllen, um das gewollte Ergebnis zu bekommen.¹²³

Es ist somit mit Sicherheit richtig, dass eine solche Form der juristischen Anwendung nicht überhand nehmen darf. Allerdings ist die Mehrheit der Lehre dennoch der Ansicht, dass grundsätzlich eine solche Form der teleologischen Reduktion einer generellen Regelung und die daraus folgende Lückenfüllung mit analog anzuwendenden Bestimmungen zulässig sein soll.¹²⁴ Dem ist vor allem deshalb zu folgen, da grundsätzlich für die rechtlichen Konsequenzen kein Unterschied darin gesehen werden kann, ob der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung planwidrigerweise gar nicht setzt und somit eine offenkundige Rechtslücke schafft oder – ohne sämtliche möglichen Fallkonstellationen dabei zu bedenken – einfach eine sehr weit gefasste, allgemeine Regelung setzt und somit planwidrigerweise eine Regelung spezieller Tatbestände außer Acht lässt. Würde man der Auffassung folgen, sobald eine ausdrückliche Regelung eines bestimmten Tatbestandes

¹²¹ *Bydlinski*, Grundzüge 60 *Larenz*, Methodenlehre 370; *Canaris*, Lücken 16; *Hillgruber*, JRP 2001, 281; *Wilhelm*, Gesetzeslücken wohin man schaut, *ecolex* 2003, 645.

¹²² *Larenz*, Methodenlehre 391; *Bydlinski*, Methodenlehre 480; *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion (1983) 20.

¹²³ *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 645.

¹²⁴ *Bydlinski*, Grundzüge 69.

gesetzlich vorhanden sei – egal wie extensiv diese sein mag – sei ein Abgehen in einzelnen Anwendungsfällen schon unzulässig, hätte dies eine systemwidrige Ungleichgewichtung innerhalb der gesamten Rechtsordnung zur Folge, da immer dort, wo ein Gesetzgeber in irgendeiner Weise tätig geworden wäre, schon eine Betrachtung einzelner Fallkonstellationen nach dem gesetzlichen Sinn ausgeschlossen wäre.

In einem Zwischenergebnis kann somit wohl gesagt werden, dass ein Abgehen von der allgemeinen Regelung des Trennungsprinzips wohl nicht ausgeschlossen ist, sofern sich unter der Betrachtung der gesamten Rechtsordnung entscheidende Hinweise darauf finden, dass der Gesetzgeber es planwidrigerweise unterlassen hat, bestimmte Fallkonstellationen zu bedenken und in diesen etwa Ausnahmetatbestände von der allgemeinen Regelung nach § 61 Abs 2 öGmbHG zu erlassen bzw. darauf aufbauend eine generelle Änderung der allgemeinen Regelung des § 61 öGmbHG vorzunehmen.¹²⁵

Es bleibt aber einschränkend zu betonen, dass ein solches Vorgehen eben wirklich nur dann zulässig sein kann, wenn tatsächlich entsprechende Argumente für eine planwidrig, unvollständige Regelung in der Rechtsordnung vorhanden sind. Alleine das Bedürfnis, eine entsprechende Regelung zugunsten irgendeines Beteiligten in der Rechtsordnung zu finden, kann keine entsprechenden Konsequenzen haben. Weiters kann auch die Tatsache, dass eine Regelungslücke anzunehmen ist, für sich noch nicht über die tatsächlichen rechtlichen Folgen entscheiden. Es ist für diesen Fall vielmehr jeweils zu prüfen, welche entsprechenden Normen zur Lückenfüllung analog überhaupt herangezogen werden könnten.¹²⁶

Die Frage der Zulässigkeit einer Durchgriffshaftung reduziert sich somit auf eine Betrachtung von einzelnen Konstellationen. Es kann eben nicht global gesagt werden, wie eine Durchgriffshaftung dogmatisch begründbar ist, vielmehr ist in den jeweiligen Einzelfällen nachzuprüfen, ob ein Durchgriff auf den Gesellschafter aufgrund der allgemeinen Rechtslage möglich ist oder nicht. Von der Frage, ob der Gesetzgeber in Hinblick auf eine spezielle Fallkonstellation tatsächlich planwidrig unvollständig agiert hat bzw. ob im Falle einer solchen Regelung analog Normen angewandt werden können, welche einen Durchgriff auf den Gesellschafter als die dem Gesetz innewohnende Konsequenz erscheinen lassen, hängt somit das Schicksal des Haftungsdurchgriffs im Einzelfalle ab.

Als Endergebnis lässt sich aus meiner Sicht somit folgendes zusammenfassen:

Eine Herleitung der Durchgriffshaftung im österreichischen Recht kann wohl nicht als globales Rechtsinstitut möglich sondern muss fallbezogen auf verschiedene Einzelkonstellationen gerichtet erfolgen, in denen dann jeweils anhand der juristischen Methodik überprüft werden kann, ob ein Durchgriff tatsächlich die Intention des Gesetzgebers am besten widerspiegelt.¹²⁷

¹²⁵ Artmann, RdA 2002, 370; Harrer, Haftungsprobleme 126 Jabornegg, WBI 1989, 1; Trefil, . Durchgriffshaftung 8; Honsell, JBI 1987, 146; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 30

¹²⁶ Torggler, JBI 2006, 85, Koppensteiner, Zur Haftung des Gesellschafters bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBI 2006, 681

¹²⁷ Trefil, .Durchgriffshaftung 127; Harrer, Haftungsprobleme 125; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 31

Grundsätzliche Argumente gegen eine Annahme der Durchgriffshaftung in der österreichischen Rechtsordnung bieten dabei weder die Tatsache, dass das Trennungsprinzip als generelle Norm in der österreichischen Rechtsordnung festgelegt ist noch die Tatsache der bisherigen, gesetzgeberischen Untätigkeit in diesem Bereich. Allerdings besteht für denjenigen, der in der österreichischen Rechtsordnung ein Institut zur Durchgriffshaftung erkennen möchte, der Bedarf, das Bestehen eines solchen in den jeweils vorhandenen Einzelfallkonstellationen anhand der in der Rechtsordnung ersichtlichen Wertungen des Gesetzgebers mittels der Instrumente der allgemeinen, juristischen Methodenlehre zu begründen.

4.4. Fallgruppen der Durchgriffshaftung

In der Einleitung zu diesem Kapitel wurde darauf hingewiesen, dass in Österreich in Lehre sowie Judikatur Fallgruppen gebildet wurden, in welchen konkreten Konstellationen ein Zugriff auf den Gesellschafter einer GmbH durch den Gläubiger der Gesellschaft möglich sein soll.¹²⁸ Der vorangehende Abschnitt endete mit dem Schluss, dass eine Untersuchung der dogmatischen Berechtigung des Haftungsdurchgriffs nur jeweils in Bezug zu der konkreten Sachverhaltslage unter Betrachtung der gesetzlichen Wertung und Anwendung der allgemeinen, juristischen Methodik erfolgen kann.

Das gilt dabei ebenso für die Existenzvernichtungshaftung als auch für jene Fallgruppen, die in der österreichischen Lehre diskutiert werden bzw. durch den OGH Anerkennung gefunden haben. Die Betrachtung dieser weiteren Fallgruppen ist insofern sinnvoll, als dass eine "Durchgriffshaftung aus existenzvernichtenden Eingriffen" in der österreichischen Rechtsordnung einerseits ja nur dann sinnvoll sein kann, wenn durch ein solches Rechtsinstitut Haftungsfälle abgedeckt werden könnten, die unter Zugrundelegung der bereits in der Rechtsprechung anerkannten Durchgriffsfälle nicht gelöst werden könnten oder zumindest die Existenzvernichtungshaftung zur Lösung bestimmter Fallkonstellationen geeigneter wäre als die bislang anerkannten Modelle. Die Untersuchung der dogmatischen Rechtfertigung der einzelnen Ausprägungen der Durchgriffshaftung kann außerdem auch wertvolle Hinweise darauf liefern, wie und ob sich eine Haftung aus existenzvernichtenden Eingriffen herleiten ließe.

Regelmäßig anerkennt der OGH folgende Fallgruppen der Durchgriffshaftung in Österreich: Sphärenvermischung, faktische Geschäftsführung, qualifizierte Unterkapitalisierung sowie Rechtsformenmissbrauch.¹²⁹ In der Theorie wird weiters noch – ähnlich der deutschen Konzernhaftung – teilweise eine Haftung wegen "Aufspaltung" diskutiert, die allerdings in der Rechtsprechung des OGH noch keinerlei Erwähnung gefunden hat.¹³⁰

¹²⁸ Harrer, Haftungsprobleme 126; Jabornegg, WBI 1989, 1; Trefil, Durchgriffshaftung 8; Honsell, JBI 1987, 146; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 30; OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

¹²⁹ Harrer, Haftungsprobleme 126; Jabornegg, WBI 1989, 1; Trefil, Durchgriffshaftung 8; Honsell, JBI 1987, 146; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 30; OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

¹³⁰ Harrer, Haftungsprobleme 126.

4.4.1. Sphärenvermischung

Ein in der Literatur immer wieder anzutreffender Fall, in denen ein Durchgriff auf den Gesellschafter vorgeschlagen wird, ist die Konstellation der Vermischung der Vermögenssphären von Gesellschaft und Gesellschafter.¹³¹ Auch in der Literatur wird dies immer wieder als Fall für einen Haftungsdurchgriff dargestellt.

Dabei wird aber zu Recht auch immer wieder betont, dass nicht die Vermischung von Betriebsvermögen mit Vermögen des Gesellschafters für sich einen Durchgriff bewirken kann, vielmehr ist für einen Durchgriff nötig, dass die Vermischung von Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftervermögen ein derartiges Ausmaß annimmt, dass bei verschiedenen Vermögenswerten einfach nicht mehr bestimmbar ist, ob diese der Gesellschaft oder dem Gesellschafter zuzuordnen sind.¹³²

Über diese grundlegenden Darlegungen hinaus sind weder in Judikatur noch in der Jurisprudenz weiterführende Erkenntnisse zu diesem Tatbestand zu finden. Das dürfte wohl daran liegen, dass über das Bestehen eines solchen Tatbestandes der Durchgriffshaftung weitgehend Einigung herrschen dürfte.

Bei genauerer Betrachtung ist für allerdings auch erkennbar, dass eine solche Form der Haftung auch keiner komplizierten dogmatischen Rechtfertigung bedarf, es scheint überhaupt fraglich, ob diese Haftung unter die Fälle der Durchgriffshaftung subsumiert werden sollte. Letztlich handelt es sich dabei nicht um einen Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters, vielmehr ist aufgrund der speziellen Fallkonstellation nicht mehr feststellbar, ob es sich überhaupt um Privatvermögen des Gesellschafters handelt. Bei genauerer Betrachtung wird klar, dass es in dieser Konstellation vielmehr um Fragen der Beweisführung als um Haftungsfragen geht.

Aufgrund bestimmter Umstände wird ein Vermögenswert dem Gesellschaftsvermögen zugeordnet. Behauptet nun ein Gesellschafter, der entsprechende Vermögenswert sei nicht dem Gesellschaftsvermögen sondern vielmehr seiner Privatsphäre zuzuordnen, so hängt die rechtliche Konsequenz davon ab, ob dem Gesellschafter aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Mittel die Beweisführung der Zuordnung zu seinem Privatvermögen gelingt. Gelingt dies nicht, so wird auf den entsprechenden Vermögenswert zugegriffen werden können, da dieser dem Gesellschaftsvermögen zugeordnet wird. Gelingt hingegen die Beweisführung, dass der entsprechende Vermögenswert dem Privatvermögen des Gesellschafters zuzuordnen ist, so gibt es selbstverständlicherweise auch keinerlei Rechtsgrund für einen Zugriff auf den entsprechenden Vermögensgegenstand.

Es scheint daher, dass es in dieser Frage vor allem um Beweisführungsfragen und nicht um einen Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters im eigentlichen

¹³¹ *Harrer*, Haftungsprobleme 218; *Drobnig*, Haftungsdurchgriff 28; *Jabornegg*, WBI 1989, 43; *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBI 2003, 17; *Wenger*, RWZ 2005/97.

¹³² *Harrer*, Haftungsprobleme 126.

Sinne geht.

Eine Beschäftigung mit dieser Fallgruppe kann somit kaum Ergebnisse für diese Arbeit bringen, es stellt sich auch die Frage, warum diese Konstellation unter den Begriff Durchgriffshaftung subsumiert und von der Rechtsprechung des OGH aufgenommen wird.

4.4.2. Faktische Geschäftsführung

Das Modell des Haftungsdurchgriffes aufgrund sogenannter "faktischer Geschäftsführungshandlungen" eines Gesellschafters stellt aus mehreren Gründen im Rahmen dieser Arbeit den relevantesten Falltypus der von der österreichischen, höchstgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Fälle des Durchgriffs auf das Privatvermögen des Gesellschafters einer GmbH dar. Einerseits beziehen sich mit "Eumig"¹³³ und "Salzburger Tourismusverband" die zwei bekanntesten Entscheidungen, in denen durch das Höchstgericht ein Zugriff auf das Gesellschaftervermögen tatsächlich zugelassen wurde, gerade auf diesen Falltypus. Andererseits ist diese Fallgruppe – von den bereits in der österreichischen Judikatur anerkannten – wohl jene, die der deutschen Existenzvernichtungshaftung von der inhaltlichen Ausgestaltung her am ähnlichsten scheint.

Bei Fällen, in denen aufgrund einer faktischen Geschäftsführungshandlung eines Gesellschafters einer GmbH ein Zugriff durch einen Gläubiger auf dessen Privatvermögen zulässig sein soll, handelt es sich generell formuliert um Sachverhaltskonstellationen, in denen ein GmbH - Gesellschafter, der nicht formell zum Geschäftsführer der GmbH bestellt ist, durch faktische Einflussnahme auf die Geschäftsführung der GmbH den Gläubigern nach Insolvenz der Gesellschaft mit seinem Eigenvermögen haftet.¹³⁴

Grundsätzlich verbirgt sich hinter dem Gedankengang, dass jener Gesellschafter, der – obwohl er nicht zum Geschäftsführer bestellt ist – im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten die Geschäftsführung der GmbH dennoch maßgeblich determiniert, den Gläubigern für seine Handlungen in Bezug auf die Gesellschaft auch haftbar sein soll, nichts anderes als der eingangs zitierte Grundsatz des Gleichlaufs von "Herrschaft und Haftung". Es ist nun mal eine Tatsache, dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern der GmbH umfassende Möglichkeiten, auf die Geschäftsführung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, zugestanden, umgekehrt aber dennoch die Haftung – zumindest den Buchstaben des Gesetzes nach – auf das Gesellschaftsvermögen sowie auf die Sorgfaltshaftung der Geschäftsführer beschränkt hat. Dass dies – wie in dieser Arbeit bereits oft beschrieben – zu einer Unzufriedenheit und dem Wunsch, auch die Gesellschafter für ihre Einflussnahme auf die Gesellschaft zu einer Haftung heranzuziehen führt, ist nur denklogisch.

¹³³ Karollus, ÖBA 1990, 337; OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86; Honsell, JBl 1987, 146; Jabornegg, WBI 1989, 1.

¹³⁴ Harrer, Haftungsprobleme 190; Brandstetter, Der Strohmann-Geschäftsführer im Kridastrafrecht- Zum Umfang strafrechtlicher Haftung von Geschäftsführern und leitenden Angestellten, eolex 1992.

244; Artmann, RdA 2002, 370.

Bei Betrachtung dieser Konstellation stellen sich verschiedene Fragen und Probleme. Einerseits ist fraglich, ab welchem Ausmaß der Einflussnahme ein Gesellschafter als "faktischer" Geschäftsführer einer GmbH qualifiziert werden könnte, weiters wäre zu betrachten, bei welcher Form der Einflussnahmen eine persönliche Haftung des Gesellschafters in Frage käme sowie auf welche rechtliche Grundlage eine solche Haftung überhaupt gestützt werden könnte.

Eine Art Begriffsdefinition für die Bezeichnung des "faktischen Geschäftsführers" liefert *Harrer*, der allerdings dem Begriff des faktischen Geschäftsführers prinzipiell kritisch gegenübersteht. Faktischer Geschäftsführer soll demnach sein, wer ein Unternehmen tatsächlich leitet, ohne jedoch wirksam zum Geschäftsführer des Unternehmens bestellt worden zu sein.¹³⁵ Die Erweiterung von Haftungsbestimmungen auf jenen Personenkreis, der die Geschäftsführung einer Gesellschaft maßgeblich beeinflusst wurde auch durch *Doralt* bereits 1982 – also bevor die Haftung des faktischen Geschäftsführers Eingang in die höchstgerichtliche Judikatur gefunden hat – gefordert.¹³⁶

Der "faktische Geschäftsführer" soll also jene Person sein, der die Geschäftsführung tatsächlich obliegt, obgleich sie nicht formal zum Geschäftsführer bestellt wurde, dabei muss es sich nicht um einen Gesellschafter der GmbH, sondern kann es sich auch um einen außerhalb der jeweiligen Gesellschaft stehenden Dritten handeln. In der Literatur werden dazu noch weiters als Voraussetzungen Kenntnis der Gesellschaft und ein – formell unwirksamer – faktischer Bestellungsakt seitens der Gesellschaft verlangt.¹³⁷

Gerade in Hinblick auf die Einflussnahmen des Gesellschafters einer GmbH ergeben sich aber hier gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten: Natürlich ist es denkbar, dass ein Geschäftsführer für eine GmbH formell bestellt wird, ohne dass jemals gewollt ist, dass dieser tatsächlich die Geschäfte der GmbH führen soll und die tatsächliche Intention dahingeht, dass die tatsächliche Geschäftsführung in Wahrheit dem Gesellschafter obliegt. Genauso möglich ist es aber, dass prinzipiell sehr wohl seitens der Gesellschafter daran gedacht ist, dass die Geschäftsführung dem formell bestellten Geschäftsführer obliegen soll, ein oder mehrere Gesellschafter aber – innerhalb der gesetzlich zulässigen Möglichkeiten – Einfluss auf die Geschäftsführung einer Gesellschaft nehmen. Hier ist grundsätzlich Unterscheidung zum obigen Fall angebracht: Der Geschäftsführer agiert ja keineswegs als Strohmann für die tatsächlichen Gesellschafter-Geschäftsführer, vielmehr obliegt ihm die Geschäftsführung tatsächlich, er wird dabei allerdings von den Gesellschaftern beeinflusst. Unter Zugrundelegung der allgemeinen Rechtsprinzipien lässt sich ein solcher Fall faktischer Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft als eine Art von Scheinbestellung nicht mehr lösen. Auch der einflussnehmende Gesellschafter kann so nicht mehr als eine Art informell bestellter Geschäftsführer gewertet werden, da ja die Einflussnahme des Gesellschafters auf die Geschäftsführung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften durchaus zulässig ist und

¹³⁵ *Harrer*, Haftungsprobleme 190.

¹³⁶ *Doralt*, Unbeschränkte Haftungen bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 90.

¹³⁷ *Stein*, Das faktische Organ (1984) 36; OGH 10.3.2005, 12 Os 37/04; OGH 13.12.2005, 11 Os 117/05y; OGH 30.5.2006, 11 Os 1/06 s.

dadurch noch keine Qualifizierung zur Geschäftsführereigenschaft erfolgen kann. In diesem Sinne äußert sich auch *Karollus*, der unter den Begriff des faktischen Geschäftsführers nur dann jemanden subsumieren möchte, wenn zumindest ein faktischer, wenn auch formell fehlerhafter oder nichtiger, Beststellungsakt erfolgt ist.¹³⁸

Möchte man bestimmten Verhaltensweisen, mit denen der Gesellschafter Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt, dennoch eine Haftung folgen lassen, so hat man sich hiebei wie immer an den dafür vorgesehenen, gesetzlichen Bestimmungen zu orientieren.

Bei der dogmatischen Begründung, warum für Gesellschafter, die auf die Geschäftsführung einer Gesellschaft entsprechende Einflussnahmen setzen, fallen grundsätzlich mehrere Begründungsstrategien auf, die in der Literatur sowie der Judikatur regelmäßig herangezogen werden. Einerseits wird bei der Begründung auf eine Herleitung aus der Beitragstäterschaft zur Verletzung strafgesetzlicher Normen, die als Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger anerkannt werden, abgestellt. Dieser Form der Begründung folgt etwa das Erkenntnis Eumig¹³⁹ sowie die daran angelehnte österreichische Judikatur¹⁴⁰

Ein weiterer Ansatz stützt sich auf eine Herleitung aus der Treuepflicht, die den Gesellschaftern im Rahmen der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte gegenüber den Mitgesellschaftern bzw. der Gesellschaft obliegen.¹⁴¹

Ein dritter Ansatz versucht jene Pflichten, die den Geschäftsführern einer GmbH durch den Gesetzgeber auferlegt sind, in einem Analogieschluss auf die Gesellschafter zu erweitern.

Betrachtet man die österreichische Rechtsprechung so sticht natürlich sofort das Erkenntnis "Eumig" ins Auge, bei der der OGH die Haftung einer auf ein insolvenzreifes Unternehmen einwirkenden Großbank, die die rechtzeitige Stellung eines Konkursantrages vereitelte, bejahte.

Als Rechtsgrundlage wurde in dem diesbezüglichen Erkenntnis die Beihilfe zur Verletzung eines Schutzgesetzes zugunsten der Gläubiger, konkret des damaligen § 159 StGB, herangezogen.¹⁴² In seiner diesbezüglichen Entscheidung wägte der OGH analog zu den Ausführungen *Koziols*¹⁴³ zwischen § 1295 Abs 2 ABGB, der sittenwidrigen Schadenszufügung, sowie 1295 Abs 1 iV m 1311 ABGB, der Schädigung durch Verletzung eines Schutzgesetzes, ab. Die Haftung aufgrund einer sittenwidrigen Schadenszufügung wurde mangels eines diesbezüglichen Vorsatzes

¹³⁸ *Karollus*, ÖBA 1990, 337.

¹³⁹ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86.

¹⁴⁰ *Karollus*, ÖBA 1990, 337; *Honsell*, JBl 1987, 146; *Jabornegg*, Wbl 1989, 1.

¹⁴¹ *Harrer*, Haftungsprobleme 136.

¹⁴² *Harrer*, Haftungsprobleme 13 *Karollus*, ÖBA 1990, 337; *Koppensteiner*, Wbl 1988, 1 *Honsell*, JBl 1987, 146.

¹⁴³ *Koziol*; Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, RdW 1983, 34,66.

verneint.

Hingegen wurden die Bestimmungen der §§ 156, 158 und 159 StGB durch den OGH als Gläubigerschutzbestimmungen anerkannt, weiters wurde in diesem Zusammenhang eine Haftung des an einem Fahrlässigkeitsdelikts, in diesem Fall des § 159 StGB, beteiligten dann anerkannt, wenn diesen eine spezielle Sorgfaltspflicht trifft. Eine solche Sorgfaltspflicht soll nach *Koziol*¹⁴⁴ dann gelten, wenn eine Person an der Führung der Geschäfte einer GmbH derart beteiligt ist, dass dies der Stellung eines leitenden Angestellten gleichkommt. Diese Haftung wurde demnach nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten unter Einbeziehung der als Gläubigerschutzbestimmungen qualifizierten Straftatbeständen hergeleitet.

In der Literatur wurde das Eumig -Erkenntnis durchaus nicht unkritisch aufgenommen. Seitens *Koppensteiner* wurde kritisiert, dass die verurteilte Bank sich im gegenständlichen Fall letztlich allenfalls einer Unterlassung schuldig gemacht habe, indem sie innerhalb ihres tatsächlichen Einflussbereiches nicht auf die Geschäftsführung der Eumig im Sinne der rechtzeitigen Einleitung eines Insolvenzverfahrens eingewirkt habe und eine Haftung als Konsequenz daraus mit den gesetzlichen Grundlagen nicht vereinbar sei¹⁴⁵, von *Honsell* wurde überhaupt die Möglichkeit der fahrlässigen Beteiligung an einem Fahrlässigkeitsdelikt wie dem § 159 StGB in Zweifel gezogen.¹⁴⁶

Während sich über das Ausmaß, ab welchem Umfang der Beteiligung an der Konkursverschleppung eine Haftung anzunehmen ist, sicherlich debattiert werden kann, überzeugt das Konzept einer Haftung nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Kriterien in diesem Zusammenhang grundsätzlich durchaus. Es sollte dabei aber zunächst nicht verkannt werden, dass es sich dabei, wie schon an der Eumig- Entscheidung selbst erkennbar ist, natürlich nicht um eine ausschließlich auf die Gesellschafter zugeschnittene Haftungsbestimmung handelt. Weiters ist, wie aus den Ausführungen *Karollus* zur Vereinbarkeit mit dem Trennungsprinzip nach § 61 Abs 2 GmbHG gefolgt werden kann, demnach auch fraglich, wieweit es sich dabei überhaupt noch um die Anwendung eines "Durchgriffs" im Sinne des Entstehenmüssens des Gesellschafters für Schulden der Gesellschaft handelt. Schließlich hat der Haftungsgrund, aus dem der Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger entstehen muss, seinen Ursprung nicht aus dem Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gläubiger sowie Gesellschaft und Gesellschafter sondern beruht auf einem eigenständigen Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschafter, welches dieser durch den Verstoß gegen jene Bestimmungen, welche den Gläubiger hätten schützen sollen, geschaffen hat.

Für den Gläubigerschutz ist es an sich unerheblich, ob der Rechtsgrund für die Haftung des Gesellschafters in dessen Stellung als Gesellschafter oder in einer eigenständigen Rechtsbeziehung zum Gläubiger liegt. Das große Problem an dieser Form der Haftung ist allerdings, dass sie ausschließlich in Akzessorität zu einer

¹⁴⁴ *Koziol*, RdW 1983, 38.

¹⁴⁵ *Koppensteiner*, Wbl 1988, 1.

¹⁴⁶ *Honsell*, JBl 1987, 146.

allenfalls vorhandenen Gläubigerschutzbestimmung, in diesem Fall den §§ 156 ff. StGB, erfolgen kann. Es ergibt sich aber bei der Herleitung der Haftung des Gesellschafters aus der Verletzung von Schutzgesetzen gegen den Gläubiger allerdings eine andere Problematik – nämlich, dass eine Haftung des Gläubigers folgelogisch nur auf den Schutzbereich der einschlägigen Bestimmungen, in diesem Falle der §§ 156 ff. StGB, beschränkt ist. Das ist nun insofern problematisch, als die Sachverhaltskonstellationen, in denen eine Haftung des Gesellschafters aufgrund seiner Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der Gesellschaft in Betracht gezogen werden könnte, über den Schutzbereich der entsprechenden Bestimmungen hinausgehen. Gerade in diesem Zusammenhang ist auch wieder darauf zu verweisen, dass etwa der Schutzbereich des § 159 StGB durch die Novellierung entsprechend eingeschränkt wurde, bestimmte Sachverhalte, die unter der alten Regelung noch zu einer Haftung des Gesellschafters, wenn man diese auf die Schutzgesetzverletzung stützt, geführt, nach der Novellierung des entsprechenden Tatbestandes nun keinerlei Haftungsfolgen auf Seite des Gesellschafters mehr zur Folge hätten.

Es ist somit festzuhalten, dass entsprechend der Ausführungen des OGH eine Haftung des Gesellschafters, sofern er Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger verletzt, aufgrund eines eigenständig entstandenen Schadenersatzanspruches zu bejahen ist, die Reichweite einer solchen Haftung aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs der entsprechenden Schutzgesetzgebung aber beschränkt ist. Möchte man somit auch eine Haftung des Gesellschafters bei Sachverhalten, welche keiner strafrechtlichen Bestimmung unterliegen, sehen, so ist es somit nötig, einen eventuellen Zugriff des Gläubigers auf eine andere rechtliche Grundlage zu stellen.

Dabei ist prinzipiell an die Ausdehnung der Verpflichtungen nach § 25 Abs 3 GmbHG auf den Gesellschafter zu denken.

Ein anderer Ansatz zur Herleitung einer Haftung der GmbH- Gesellschafter für den Fall sorgfaltswidriger Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH orientiert sich an der gesellschafterbezogenen Treuepflicht.

Es ist grundsätzlich allgemein anerkannt, dass in der GmbH als personalistisch orientierter Kapitalgesellschaft den Gesellschafter eine Verpflichtung trifft, seine Mitgesellschafter im Rahmen seines Handelns als Gesellschafter nicht zu schädigen, widrigenfalls ihn eine Schadenersatzverpflichtung gegenüber der Gesellschaft trifft.¹⁴⁷

Die Art der Verpflichtung ist dabei schwierig zu konkretisieren und wird oft in der Wahrung der Interessen der übrigen Gesellschafter gesehen.¹⁴⁸

Umstritten ist allerdings die Rechtfertigung sowie die inhaltliche Reichweite einer solchen Treuepflicht. In der deutschen Literatur wird diese oft mit der Thematik der Konzerneinbindung verknüpft und von der Tatsache des Vorliegens gesellschaftsfremder Partikularinteressen von Gesellschaftern abhängig gemacht.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Mader, Kapitalgesellschaften 44.

¹⁴⁸ Mader, Kapitalgesellschaften 44.

¹⁴⁹ Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988) 88.

Dagegen ist zumindest in der deutschen Literatur strittig, ob eine Treuepflicht auch anerkannt werden soll, falls gar keine Konzerneinbindung besteht und der Gesellschafter aus anderen Gründen auf die Gesellschaft schädigend einwirkt.¹⁵⁰

Die so der Gesellschaft entstandenen Forderungen können durch einen Gläubiger, welcher durch das treuwidrige Verhalten ebenso geschädigt wurde, entsprechend gepfändet werden und seiner Befriedigung dienen.

Als Maßnahme, welche den Gesellschaftern zur Verfügung steht, um ein solches treuwidriges Verhalten eines Gesellschafters abzuwenden, besteht die Möglichkeit der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, welche einen Verstoß gegen die Treuepflicht indizieren. Das Entstehen von Schadenersatzansprüchen aufgrund des treuwidrigen Verhaltens eines Gesellschafters ist von dieser Anfechtungshandlung unmittelbar abhängig.¹⁵¹

Daraus ergibt sich nun die unangenehme Konsequenz, dass eine Befriedigung des Gläubigers bei treuwidrigen Einflussnahmen eines Gesellschafters letztlich vom Verhalten der übrigen Gesellschafter abhängig ist.¹⁵²

Diese auf das erste unbefriedigend wirkende Konsequenz ist aber nur eine Wirkung der Tatsache, dass eben die genannten Bestimmungen der Treuepflicht – zumindest nach derzeit in Österreich geltender Auffassung – ja gar nicht dazu gedacht sind, den Gläubiger der Gesellschaft zu schützen, vielmehr dem Schutz der Interessen der übrigen Gesellschafter dienen sollen. Eine positive Konsequenz für die Gläubiger im Sinne des Entstehens eines pfändbaren Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft ergibt sich daraus allenfalls indirekt.

Aus diesen Überlegungen rührt auch die Problematik dieses Ansatzes im Sinne seiner Anwendbarkeit betreffend der Einmanngesellschaft. Da Treuepflichten im Verhältnis der Gesellschafter untereinander angenommen werden, ist somit klar, dass bei der Einmanngesellschaft – mangels Mitgesellschaftern – vom Nichtbestehen solcher Treuepflichten ausgegangen wird, somit hier mangels eines vom Einmanngesellschaftler unterscheidbaren Gesellschaftsinteresses das Entstehen von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft, die zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden können. Hinzu kommt die Problematik, dass das Vorhandensein von Treuepflichten an die inhaltliche Gestaltung der jeweiligen Gesellschaft gebunden und somit abdingbar sind.¹⁵³

Letztlich lassen sich somit die Erkenntnisse bezüglich der Treuepflicht der Gesellschafter in Hinblick auf den Gläubigerschutz bei faktischen Einflussnahmen

¹⁵⁰ Winter, Treuebindungen, 88.

¹⁵¹ Harrer, Haftungsprobleme 144.

¹⁵² Harrer, Haftungsprobleme 136.

¹⁵³ Harrer, Haftungsprobleme 140.

der Gesellschafter auf die Geschäftsführung der Gesellschaft derart zusammenfassen: In verschiedenen Einflussnahmen der Gesellschafter auf die Geschäftsführung mag ein Verstoß gegen die Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern vorliegen. Für welche Einflussnahmen das gelten soll, ist umstritten. Ein derartiger Verstoß gegen die Treuepflicht, der der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern einen Schaden verursacht, hat unmittelbar keinerlei Auswirkungen auf die Gläubiger und begründet nur einen Ersatzanspruch seitens der Gesellschaft bzw. der Mitgesellschafter, der von den Gläubigern der Gesellschaft allenfalls gepfändet und zu ihrer Befriedigung verwendet werden kann. Da das Prinzip der Treuepflicht somit dem Schutz der Interessen der Mitgesellschafter und nicht der Gläubigerinteressen dient, wird im allgemeinen eine solche Treuepflicht innerhalb der Einmanngesellschaft abgelehnt.

Trotz der indirekt befriedigenden Wirkung in Hinblick auf die Gläubiger der Gesellschaft ist letztlich somit fraglich, warum es sich bei einer solchen Konstruktion überhaupt um einen Fall von Durchgriff auf den Gesellschafter handeln sollte. Entsprechende Forderungen entstehen ja lediglich im Verhältnis der Mitgesellschafter und können nur von Seite der Gläubiger gepfändet werden – ein Zugriff des Gläubigers auf den Gesellschafter ist darin nicht zu sehen.

Den aus meiner Sicht interessantesten Ansatz, der einen Durchgriff auf den GmbH - Gesellschafter aufgrund dessen Einflussnahme auf die Geschäftsführung begründet, bilden meiner Auffassung nach die Thesen von Jan *Wilhelm*.¹⁵⁴

Während der auf der Verletzung der Treuepflicht basierende Ansatz letztendlich nur auf einer Schadenersatzpflicht zwischen Gesellschaft und Gesellschafter aufbaut und der strafrechtliche Ansatz von einer dem Gläubiger durch eigenständiges, schadenersatzrelevantes Handeln des Gesellschafters entstandenen Verpflichtung ausgeht, die die dazwischenstehende Gesellschaft aber außer Acht lässt, schafft *Wilhelm* eine eigenständige Haftung des Gesellschafters, die sich aus dessen Einfluss auf die Gebarung der Gesellschaft gründet.

In seinen Ausführungen kritisiert *Wilhelm* vor allem die Tatsache, dass der Gesellschafter die Möglichkeit hat, im Rahmen seiner Weisungsbefugnisse an sich willkürlich mit dem Vermögen der GmbH umzugehen, auf das sie dann letztendlich später ihre Gläubiger zur Befriedigung verweisen wollen.¹⁵⁵

Aus der Tatsache ausgehend, dass dem Gesellschafter sorgfaltswidrige Einwirkungen auf das Vermögen der GmbH gestattet sind, fordert *Wilhelm*, dass umgekehrt auch eine Haftung für dieses sorgfaltswidrige Verhalten folgen muss.¹⁵⁶

Als Basis für diesen Ansatz dient *Wilhelm* nicht zuletzt die Trennung von Gesellschaft und Gesellschafter und die Behauptung, die Gesellschafter würden

¹⁵⁴ *Wilhelm*, Rechtsform 335; *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87; *Karollus*, ÖBA 1995, 7; *Torggler*, JBI 2006, 85.

¹⁵⁵ *Wilhelm*, Rechtsform 335, *Koppensteiner*, WBI 1988, 1; *Artmann*, RdA 2002, 370

¹⁵⁶ *Wilhelm*, Rechtsform 336.

letztlich über für sie fremdes Vermögen verfügen. Allerdings wendet sich *Wilhelm* auch gegen die Missachtung der juristischen Person im Rahmen der Durchgriffshaftung und sieht – ähnlich dem Ansatz, der auf der Verletzung der Treuepflicht durch die Gesellschafter basiert, eine Haftung des schädigenden Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Im Unterschied zum auf der Treuepflicht basierenden Ansatz sieht aber der Ansatz *Wilhelms* die Verpflichtung zum Ersatz unabhängig von den übrigen Gesellschaftern, vielmehr ist die juristische Person – in diesem Fall die GmbH – bei *Wilhelm* als vollkommene Körperschaft anerkannt, die ein eigenständiges, vom Gesellschafter unabhängiges, Interesse aufweist.

Aufgrund der gesetzlich festgelegten Möglichkeit des Gesellschafters, über das Schicksal des – laut *Wilhelm* für ihn fremden – Gesellschaftsvermögen letztverantwortlich entscheiden zu können, fordert *Wilhelm* somit, dass dieser Umgang an den für den ordentlichen Kaufmann maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab angeknüpft wird, somit die für Österreich geltende Regelung des § 25 GmbHG der Geschäftsführerhaftung auch auf den Gesellschafter anwendbar sein soll. Dieses Modell leitet *Wilhelm* auch aus der für die AG gültigen Vorstandshaftung sowie als Analogieschluss zur Geschäftsführerhaftung ab. Grundsätzlich würde dem Modell der strikten Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, das *Wilhelm* so postuliert, auch folgen, dass entsprechende Forderungen gegen den Gesellschafter letztendlich nur der Gesellschaft zustünden und durch den Gläubiger der Gesellschaft allenfalls durch Pfändung gegen den Gesellschafter vollstreckbar wären. Allerdings lehnt *Wilhelm* – ohne nähere Begründung – diese Konsequenz als Förmerei ab und bejaht – außerhalb der Insolvenz – einen direkten Zugriff der Gläubiger auf die Gesellschafter. Weiters ist *Wilhelms* These insofern sehr umfassend, als nicht bloß schädliches Handeln der Gesellschafter zu einer Ersatzpflicht führen können sondern auch bloßes Unterlassen eine solche begründen können soll.¹⁵⁷

Wilhelm ist mit seiner Arbeit sicherlich ein beachtlicher Ansatz gelungen, allerdings wurde dieser in der Lehre stets kritisiert und für die Rechtsprechung nicht übernommen. Als Kritikpunkte wurden besonders herausgenommen, dass *Wilhelm* unberücksichtigt lasse, dass die juristische Person an sich ein "künstliches Gebilde" sei, weiters nicht zwischen den verschiedenen Ausprägungsformen der juristischen Person differenziere, seine Konstruktion sowohl dem Wortlaut als auch dem Wille des Gesetzgebers widerspreche und letztlich auch zu eine vollständigen Beseitigung der juristischen Person führe.¹⁵⁸

Bei aller Kritik muss aber gesehen werden, dass gerade der hier zu besprechende Ansatz der Existenzvernichtungshaftung, der nunmehr immerhin gültige deutsche Judikatur ist, sehr stark auf der These *Wilhelms* fußt – insbesondere deshalb, da hier wie dort es darumgeht, den willkürlichen Umgang der Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen zu verhindern.¹⁵⁹ Es soll in beiden Ansätzen eine Haftung des Gesellschafters für jene Handlungen, die dieser in Bezug auf das

¹⁵⁷ *Wilhelm*, Rechtsform 337.

¹⁵⁸ *Harrer*, Haftungsprobleme 140; *Bitter*, WM 2001, 2133; *Schmidt*, NJW 2001, 3577; *Trefil*, Durchgriffshaftung, 135

¹⁵⁹ *Wilhelm*, Rechtsform 335; *Trefil*, Durchgriffshaftung, 133

Gesellschaftsvermögen gesetzt hat und die letztendlich deren Insolvenz und den Schaden auf Seite des Gesellschafters herbeigeführt haben, angenommen werden. Die Existenzvernichtungshaftung beruft sich dabei allerdings auf das Konstrukt der Durchgriffshaftung, die von *Wilhelm* abgelehnt wird, der stattdessen von einer Sorgfaltshaftung der Gesellschafter spricht und diese mit den Geschäftsführern quasi gleichsetzt.¹⁶⁰ In den rechtlichen Konsequenzen bleibt diese Unterscheidung aber insofern nahezu folgenlos, als ja die Notwendigkeit des Umwegs über die Gesellschaft zur Befriedigung der Gläubiger auch von *Wilhelm* als Formalismus abgelehnt wird. Eine weitere Unterscheidung ergibt sich wohl aus der Reichweite, mit denen die beiden Ansätze jeweils eine Haftung der Gesellschafter annehmen wollen. *Wilhelms* These ist – wie bereits beschrieben – sehr weitgehend von ihrem Anwendungsbereich gehalten und nimmt auch bloße Unterlassungshandlungen der Gesellschafter nicht von einer Haftung aus. Dagegen richtet sich die Existenzvernichtungshaftung, auch wenn ihre Anwendungsbreite durch die Judikatur nicht ausgelotet ist, grundsätzlich gegen Eingriffe, welche mittelbar oder unmittelbar die Zerstörung der Gesellschaft nach sich ziehen – reine Unterlassungshandlungen vertragen sich – zumindest nach jetziger Auffassung – wohl nicht mit dem Eingriffstatbestand. Im Rahmen des Kapitels zur Existenzvernichtungshaftung soll aber nochmals auf die Vorbildfunktion *Wilhelms* zurückgekommen werden.

Betrachtet man nun abschließend den Tatbestand der "faktischen Geschäftsführung" so lässt sich sagen, dass dieser in Österreich durch entsprechende höchstgerichtliche Judikatur anerkannt ist, die Begründung in der bekannten Eumig-Entscheidung über strafrechtliche Normen erfolgt.¹⁶¹ Begründet man hingegen eine entsprechende Ersatzpflicht des Gesellschafters auf Basis der gesellschaftlichen Treuepflicht, so ergäbe sich daraus kein Durchgriffsrecht des Gläubigers auf den Gesellschafter sondern vielmehr nur ein Ersatzanspruch der Gesellschaft, welcher dem Gläubiger nur indirekt helfen würde.¹⁶² Festgehalten kann in einem Zwischenschluss jedenfalls, dass der österreichische Ansatz der "faktischen Geschäftsführung" zwar vom Anwendungsbereich her Überlappungen mit der – später noch darzustellenden – deutschen Existenzvernichtungshaftung aufweist, sich aber vor allem auf der dogmatischen Begründungsebene auch erhebliche Unterscheidungen finden.

4.4.3. Qualifizierte Unterkapitalisierung

Ebenfalls als Fallgruppe der Durchgriffshaftung durch den OGH genannt wird die qualifizierte Unterkapitalisierung der GmbH, die in die Insolvenzphase eingetreten ist.¹⁶³

¹⁶⁰ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99; *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 402; *Bruns*, WM 2003, 815; *Wilhelm*, NJW 2003, 178

¹⁶¹ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86.; *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87; *Karollus*, ÖBA 1995, 7; *Torggler*, JBI 2006, 85.

¹⁶² OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88

¹⁶³ OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; *Schopper*, GesRZ 2005, 176; *Birkner/Pramberger*, Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, ZIK 1999, 89; *Wenger*, RWZ 2005, 97.

Bei Betrachtung dieses Tatbestandes ist zunächst abermals auf die Kapitalaufbringungsvorschriften der GmbH zu verweisen. Grundsätzlich sind nach § 6 GmbHG bei der Gründung der Gesellschaft durch die Gesellschafter insgesamt Kapitalwerte in der Höhe von 35000 Euro aufzubringen, wobei die Hälfte davon in barem Vermögen vorliegen muss.

Im Rahmen der Beschäftigung mit den Kapitalerhaltungsvorschriften wurde bereits auf etliche Probleme hingewiesen, die im Zusammenhang mit diesem System der Kapitalaufbringung auftreten. Darunter wurde auch darauf verwiesen, dass – wie oft kritisiert – diese Kapitalaufbringungsvorschriften eben nur bei diesem obligatorischen Einzelwert des aufzubringenden Vermögens ansetzen und keinerlei Differenzierung nach der inhaltlichen Tätigkeit oder Ausgestaltung der Gesellschaft vornehmen. Hier setzt der Gedanke der qualifizierten Unterkapitalisierung einer Gesellschaft insofern ein, als davon ausgegangen wird, dass die gesetzlich vorgesehene Kapitaldeckung der Gesellschaft für deren tatsächliche Aktivitäten oft nicht ausreichend sein mag und für gewisse Fälle, in denen durch die Gesellschafter fahrlässiger Weise eine Kapitalausstattung gewählt wird, die dem vorgesehenen Gesellschaftszweck nicht annähernd genügen mag, ein Durchgriff der Gläubiger auf die Gesellschafter vorzusehen ist.¹⁶⁴

Betrachtet man den Begriff der Unterkapitalisierung so fällt auf, dass es dazu verschiedene begriffliche Unterscheidungen zu beachten gibt. Einerseits wird zwischen materieller und nomineller Unterkapitalisierung einer Gesellschaft unterscheiden. Bei der materiellen Unterkapitalisierung geht das Problem in die Richtung, dass der Gesellschaft tatsächlich erforderliche Finanzmittel fehlen.¹⁶⁵

Nominelle Unterkapitalisierung bedeutet hingegen das zwar Vorliegen einer ausreichenden Mittelausstattung, dies allerdings in Form von Fremdkapital, das in einer Krisensituation abgezogen werden kann.¹⁶⁶

Die Problematik der nominellen Unterkapitalisierung wird aus heutiger Sicht anhand des Eigenkapitalersatzrechts gelöst. Daneben existiert noch die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung einer Gesellschaft, als danach differenziert wird, ob die Gesellschaft von Anfang an mit mangelndem Kapital ausgestattet wird oder sich diese Situation erst im Verlauf der Gesellschaftstätigkeit auftritt. Dies kann zB regelmäßig im Falle von nachträglichen Änderungen der Geschäftstätigkeit im gravierenden Ausmaß, der keine entsprechende Anpassung der Kapitaldeckung folgt, der Fall sein.

Um die Problematik der Unterkapitalisierung in den Griff zu bekommen, wurden in der Literatur immer wieder verschiedene Ansätze entwickelt, die eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Kapitalausstattung über das gesetzlich gebotene Mindestmaß hinaus in Relation zur tatsächlichen Aktivität der Gesellschaft

¹⁶⁴ *Trefil*, Durchgriffshaftung, 97; *Serick*, Rechtsform 11; *Müller-Freienfels*, AcP 1957, 522

¹⁶⁵ *K.Schmidt*, Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem, JZ 1984, 771.

¹⁶⁶ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I 568.

postulieren und im Falle der gröblichen Verletzung einer solchen Verpflichtung dem Gläubiger einen Zugriff auf das Privatvermögen des verantwortlichen Gesellschafters sichern möchten. Etwa orientiert sich Wiedemann in seinem Ansatz an der Normzwecklehre und fordert eine teleologische Reduktion des Haftungsprivilegs für den Fall, dass dieses durch eine minderwertige Kapitalausstattung der entsprechenden Gesellschaft missbraucht wird.¹⁶⁷

Im Gegensatz dazu fordert *Ulmer* in seiner These von der qualifizierten, materiellen Unterkapitalisierung eine Abstellung auf den Sinnzusammenhang zwischen Kapitalausstattung und Geschäftsumfang. Eine Unterkapitalisierung liegt nach *Ulmer* dann vor, wenn die Kapitalausstattung einer Gesellschaft nicht ausreichend ist, um die angestrebte oder tatsächliche Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft zu tragen.¹⁶⁸

Ähnlich *Ulmer* argumentiert auch *Bitter*¹⁶⁹ der darauf hinweist, dass es aus seiner Sichtweise absurd wäre, hätte der Gesetzgeber verschiedene der Kapitalerhaltung dienende Vorschriften eingeführt, ohne dass jenes Kapital, dessen Erhaltung die gesetzlichen Regelungen anstreben würden, letzten Endes eine Sicherung des Gläubigers bewirken könnte. Er führt weiters auch im Zusammenhang mit der Konkursantragspflicht aus, dass letzten Endes ein risikoreiches Geschäft, das durch eine unterkapitalisierte Gesellschaft getätigt würde, mit einem Schlag die Insolvenz einer Gesellschaft auslösen könne.

Bei all diesen Ausführungen ist abermals zu bedenken, dass es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt, in welchem Umfang eine Gesellschaft mit Kapital auszustatten ist. Von einer angemessenen Kapitalausstattung bzw. einer Kapitalausstattung, die überhaupt in Beziehung zur Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft steht, ist dabei nicht die Rede. Es ist festzustellen, dass es zumindest nach den Buchstaben des Gesetzes jedem Gesellschafter zusteht, die Gesellschaft eben nur mit den dafür vorgesehenen Mindestkapital auszustatten und die Geschäftstätigkeit nur auf Basis dieser Ausstattung durchzuführen. Es ist auch zu fragen, ob das Problem wirklich in der gewählten Kapitalausstattung zu suchen ist. Letztlich gründet sich jener Tatbestand, der allgemein als unerwünscht angesehen wird und an den eine Durchgriffshaftung angeknüpft werden soll auf zwei Voraussetzungen. Einerseits ist die Gesellschaft mit mangelndem Kapital ausgestattet, dies allerdings immer in Relation zu der von ihr durchgeführten Tätigkeit. Somit stellt sich die Frage, worin sich eigentlich der schädliche Sachverhalt gründet: In der – möglicherweise mangelhaften – Ausstattung der Gesellschaft mit dem Mindestkapital oder in der Tatsache, dass trotz einer Kapitalausstattung, die offenbar nicht ausreichend ist, gewisse Geschäftsoperationen durchgeführt werden. Das Kernproblem liegt, folgt man diesem Betrachtungsansatz, wohl weit eher in den durch die Gesellschaft durchgeführten Operationen, die in Anbetracht der Kapitalausstattung der Gesellschaft als zu risikoreich scheinen.

Die Ursache, dass die Gläubiger der Gesellschaft in solchen Situationen zu Schaden kommen können, liegt somit prinzipiell nicht darin, dass die Gesellschaft grundsätzlich eine zu niedrige Kapitalausstattung hätte – diese entspricht ja

¹⁶⁷ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I 226.

¹⁶⁸ *Trefil*, „Durchgriffshaftung“ 8

¹⁶⁹ *Bitter*, Konzernrechtlicher Durchgriff 131.

zumindest den gesetzlichen Erfordernissen – sondern darin, dass die Gesellschaft eine Form der Geschäftstätigkeit ausübt, die nicht den Sorgfaltsanforderungen, die gewöhnlich an den ordentlichen Kaufmann gestellt werden, entspricht. Letztendlich ist dabei auch kein Unterschied zu sehen, ob die Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft das Gläubigerrisiko in unüblicher Weise erhöht weil die Kapitalausstattung im Missverhältnis zur ausgeübten Tätigkeit steht oder ob andere Gründe für die Risikoüberspannung maßgeblich sind – etwa das Eingehen prinzipiell überaus risikoreicher Geschäfte. Letztendlich geht es also nicht wirklich um eine zu geringe Kapitalausstattung der Gesellschaft sondern vielmehr darum, dass die verantwortlichen Organe eine Form der Führung der Gesellschaft an den Tag legen, die nicht dem üblichen Sorgfaltsmaßstab entspricht.

Selbst wenn die Gesellschaft von Beginn an über einen Gesellschaftszweck und eine Kapitalausstattung verfügen, die in einem auffallenden Missverhältnis zueinanderstehen ist das eigentliche Problem nicht in diesem zu suchen sondern kommt vielmehr durch die einzelnen geschäftlichen Operationen zum Ausdruck.

Somit sind wir wieder in der allgemeinen Diskussion, wann eine sorgfaltswidrige Geschäftsführung der Gesellschaft den Gesellschaftern zurechenbar sein kann – denn um nichts anderes als auch sorgfaltswidrige Geschäftsgebarung handelt es sich letztendlich bei der sogenannten "qualifizierten Unterkapitalisierung". Letztlich ist zu fragen, ob die Geschäftspolitik, trotz offenkundig unzureichender Kapitaldeckung den Gesellschaftern zurechenbar ist oder nicht – letztlich eine Frage der "faktischen Geschäftsführung". Eine Wiederholung der verschiedenen Anwendungsmodelle zu dieser Thematik kann hier erspart bleiben.

Somit kann festgehalten werden, dass die Fallgruppe der "qualifizierten Unterkapitalisierung" einer Gesellschaft keine eigenständige Anwendung der Durchgriffshaftung sondern vielmehr ein Ausfluss der Haftung der Gesellschafter für faktische Geschäftsführungshandlungen ist. Ob ein Durchgriff auf die Gesellschafter möglich ist, richtet sich somit nach den Voraussetzungen der faktischen Geschäftsführerhaftung, je nach den Voraussetzungen der verschiedenen Ansätze kann somit beurteilt werden, ob ein Durchgriff auf die Gesellschafter möglich ist oder nicht.

4.4.4. Rechtsformenmissbrauch

Immer wieder wird als Fallgruppe in den entsprechenden höchstgerichtlichen Erkenntnissen die missbräuchliche Verwendung der Rechtsform der GmbH als Fallkonstellation benannt, in der ein Haftungsdurchgriff in Frage kommen sollte.¹⁷⁰ Damit wird das allgemeine Problem der Gesetzesumgehung durch Gründung einer GmbH angesprochen.

Die Anerkennung eines solchen Tatbestandes der Durchgriffshaftung leitet sich aus der subjektiven Missbrauchslehre *Sericks* ab¹⁷¹, der ja als generelle Tatbestandsvoraussetzung der Durchgriffshaftung den objektiven

¹⁷⁰ *Mader*, Kapitalgesellschaften 45.

¹⁷¹ *Serick*, Rechtsform 46.

Missbrauchsbestand sowie die subjektive Missbrauchsabsicht des Gesellschafters postulierte. Weiterentwickelt und adaptiert wurden diese Grundsätze dann in Deutschland – wie oben beschrieben – durch die Anhänger der objektiven Missbrauchslehre sowie auch durch die Ausführungen zur Strohmännegründung.¹⁷²

Vom Prinzip her handelt es sich hierbei generell um den Tatbestand, dass die Gründung der GmbH erfolgt, um bestimmte gesetzliche Normen, die ohne die Gründung der GmbH auf einen bestimmten Sachverhalt anwenbar wären, zu umgehen.

Gerade bei den Voraussetzungen der "Umgehung" und des "Missbrauchs" kommt es aber zu Definitions- sowie Beweisproblemen. Unter einer Gesetzesumgehung im hier gemeinten Sinne ist zu verstehen, dass ein Rechtssubjekt unter Hinweis auf eine bestimmte Norm oder ein ganzes Normengefüge die Anwendbarkeit einer anderen Norm bzw. eines anderen Normengefüges herbeiführt oder verhindert.¹⁷³

Im Rahmen der hier praktischen Betrachtung ergeben sich hierbei aber etliche Probleme. Es ist einerseits eine Tatsache, dass der Gesetzgeber an den Rechtszustand des Bestehens einer GmbH bestimmte rechtliche Folgen geknüpft hat, an deren Nichtbestehen andere. Daher erscheint es fraglich, wieweit es einem Gesellschafter vorwerfbar sein kann, dass er eine GmbH gerade deshalb ins Leben ruft, um dadurch den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen auszulösen bzw. den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen abzuwenden. Gerade auf das Problem des Haftungsdurchgriffs fokussiert lässt sich feststellen, dass der Gesellschafter einer GmbH im Gegensatz zum Einzelkaufmann von einer unbeschränkten Haftung mit dem Privatvermögen verschont bleibt.

Daraus zu folgern, dass der so handelnde Gesellschafter durch die Gründung der GmbH die unbeschränkte Haftung "umgeht" und per se einen Durchgriff zu ermöglichen, ist natürlich mit dem Gesetzessinn nicht vereinbar. Auch das subjektive Element, dass der Gesellschafter eben genau in der persönlichen Absicht, im Ernstfall nicht zur unbeschränkten Haftung herangezogen zu werden, handelt, kann hier nicht zu einer persönlichen Heranziehung zur Haftung führen, da ansonsten der Gesetzeszweck ausgehöhlt und letztendlich die Rechtsform der GmbH völlig entwertet würde. Alleine die Tatsache, dass jemand eine GmbH gerade aus dem Zweck gründet, bestimmten Rechtsfolgen vorzubeugen, somit die Anwendung gewisser gesetzlicher Normen zu "umgehen", kann daher natürlich noch keine persönliche Haftung der Gesellschafter nach sich ziehen.

Aus dem verwandten Bereich des "Zurechnungsdurchgriffs" kommen hingegen sehr wohl Beispiele, in denen es fraglich scheint, ob die Tatsache, dass eine GmbH gegründet wurde herangezogen werden kann, um den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Rechtsfolgen zu rechtfertigen. Bei der Frage des Zurechnungsdurchgriffs geht es grundsätzlich darum, dass danach gefragt wird, ob eine Zurechnung von bestimmten Eigenschaften und Merkmalen zwischen

¹⁷² Kuhn, Strohmännegründung bei Kapitalgesellschaften (1964), 216.

¹⁷³ Kuhn, Strohmännegründung 216; Roth; Gründungsprobleme bei der Einmann-GmbH, JBl 1995, 142.

Gesellschaft und Gesellschafter erfolgen kann. Als gängige Beispiele für einen ganzen Komplex von Sachverhalten sind etwa zwei höchstgerichtliche Entscheidungen aus der österreichischen Judikatur zu nennen.

Ein Fall betraf die Tatsache, dass bestimmte natürliche Personen, denen es vertraglich verboten war, im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit andere Produkte als jene eines bestimmten Herstellers zu verkaufen, eine GmbH gründeten, um so den Verkauf zu ermöglichen¹⁷⁴, ein anderer Fall die Gründung einer GmbH, um so nicht einem vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbot zu unterliegen.¹⁷⁵ Als besonders plastischer Fall lässt sich noch der von *Serick* aus der amerikanischen Rechtsprechung angeführte Sachverhalt nennen, dass Personen schwarzer Hautfarbe, denen es aufgrund einer vertraglichen Gestaltung verboten war, bestimmte Grundstücksparzellen zu erwerben, eine GmbH gründeten, um durch diese den entsprechenden Grundstückserwerb durchzuführen.¹⁷⁶

Die Betrachtung dieser Fälle lässt nun erkennen, dass es natürlich keineswegs so ist, dass unter Berufung auf die Gesellschaftsform der GmbH jegliche Rechtsfolge, die den Gesellschafter treffen würde, würde er in der entsprechenden Sachverhaltskonstellation als natürliche Person auftreten, ausgeblendet werden darf. In Wahrheit handelt es sich bei der Lösung dieses Problems um eine Form der Auseinandersetzung zwischen den Anhängern der subjektiven Missbrauchslehre und jenen der Normanwendungstheorien. *Kuhn*¹⁷⁷ hat richtig darauf verwiesen, dass sich eine Lösung der Frage, wann durch einen bestimmten Sachverhalt – hier durch die Gründung und Tätigkeit als GmbH – eine bestimmte Norm umgangen wird nur durch Auslegung der anwendbaren vertraglichen und gesetzlichen Normen bestimmen lässt. Im Rahmen der juristischen Methode ist anhand der zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden die zugrundeliegende Norm darauf zu untersuchen, ob sie im Sinne des Gesetzes oder der vertraglichen Gestaltung so zu interpretieren ist, dass davon auch jener Sachverhalt erfasst wird, den derjenige, dem eine Normumgehung vorgeworfen wird, gesetzt ist. Als die jeweils speziellere Regelung wäre diese Norm dann gegenüber den widersprüchlichen generellen Regelungen vorzuziehen. Dies wäre wohl bei den oben genannten Zurechnungsfällen anzuwenden.

Bei diesen Überlegungen fällt nun aber auf, dass diese eigentlich mit jenen ident sind, die schon im Rahmen der allgemeinen Rechtfertigung der Durchgriffshaftung beim Vergleich zwischen Normanwendungslehre und subjektiver Missbrauchslehre getroffen wurden und auch der selbe Schluss gezogen wurde, dass die entsprechenden Rechtsfolgen aus Norminterpretation und Normanwendung herzuleiten sind. Nur aus der Interpretation der betreffenden Normen lässt sich beurteilen, ob entsprechende Normen auf einen bestimmten Sachverhalt anzuwenden sind oder nicht – im Falle der Durchgriffshaftung eben durch teleologische Reduktion des Trennungsprinzips und eine eventuelle, analoge Anwendung von Normen, die einen Zugriff auf das private Vermögen eines Gesellschafters ermöglichen würden. Dies hilft nun aber insofern nicht weiter, als ja

¹⁷⁴ OGH 31.5.1983, 5 Ob 714 81; GesRZ 1983, 153.

¹⁷⁵ OGH 17.3.1983, 6 Ob 796/81

¹⁷⁶ *Serick*, Rechtsform 46.

¹⁷⁷ *Kuhn*, Strohmanngründung 216.

dadurch noch keine Lösungen aufgezeigt werden, in welchen konkreten Fallkonstellationen es tatsächlich zu einem Durchgriff kommen soll.

Es ist daraus zu folgern, dass der Tatbestand "Haftungsdurchgriff aufgrund Umgehung bzw. missbräuchlicher Rechtsformenverwendung" – zumindest unter Zugrundelegung der Prinzipien der Normanwendungstheorie – gar keine eigenständige Fallgruppe für einen Haftungsdurchgriff bildet, vielmehr ein allgemeines Prinzip konstituiert, wie in verschiedenen Sachverhalten zu überprüfen ist, ob ein Haftungsdurchgriff in Frage kommt. Unter Zugrundelegung der subjektiven Missbrauchslehre *Sericks* käme man allerdings insofern zu einem ganz anderen Ergebnis, als dass hierbei auf die subjektive Missbrauchsabsicht des Gesellschafters abzustellen wäre. Eine solche Lösung wäre aber sowohl aus Beweislastsicht als auch aus allgemeinen Erwägungen – vor allem aufgrund des schwammigen Missbrauchsbegriffs – abzulehnen.

Betrachtet man die höchstgerichtliche Rechtsprechung so fällt auch auf, dass der Tatbestand des Rechtsformenmissbrauchs zwar immer wieder genannt wird, allerdings keine Fälle existieren, in denen ein solcher tatsächlich angenommen wurde. Auch in der Literatur wird darauf verwiesen, dass es bislang nicht geglückt ist, dem Tatbestand des Rechtsformenmissbrauchs bzw. der Umgehung Konturen zu verleihen.

Somit lässt sich sagen, dass der Tatbestand des Rechtsformenmissbrauchs bzw. der Normumgehung durch Gründung einer GmbH – zumindest als eigenständige Tatbestandsausprägung – keine Bedeutung in der Rechtsprechung haben sollte und somit auch in Hinblick auf die Erwägungen zu den Fallgruppen eines Haftungsdurchgriffs außer Acht zu lassen ist.

4.4.5. Resumee

Ausgehend von den Betrachtungen zu jenen Fallgruppen der Durchgriffshaftung, die durch die österreichische Judikatur anerkannt werden, ist folgendes zusammenzufassen: Die Anwendungsfälle der "Sphärenvermischung" sowie des "Rechtsformenmissbrauchs" erweisen sich bei näherer Betrachtung als juristisch fragwürdig und wenig ergiebig. Der Tatbestand der "qualifizierten Unterkapitalisierung" einer Gesellschaft weist letztendlich starke Überschneidungen zu jener Konstellation auf, welche als "faktische Geschäftsführung" gesehen wird.

Somit bleibt in diesem Zusammenhang folgendes von der Durchgriffshaftung: Als praktikable, in der derzeitigen Rechtsordnung anerkannte Anwendung ist letztlich nur das Modell des Durchgriffs auf den Gesellschafter, wenn dieser die Geschäftspolitik der Gesellschaft zu verantworten hat und dabei jegliche Sorgfalt vermissen lässt, sinnvoll. Diese Auffassung wird auch gestützt, wenn man sich konkret ansieht, in welchen Fällen durch den OGH tatsächlich der Durchgriff auf den Gesellschafter bejaht wurde. Es lässt sich erkennen, dass es hier tatsächlich stets um Sachverhalte geht, in denen der Gang der Geschäftstätigkeit durch die Gesellschafter beeinflusst wurde und dabei der Sorgfaltsmaßstab außer Acht gelassen wurde. Hier liegt letztendlich auch der Schlüssel, wann ein Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter überhaupt Sinn haben kann. Die Problematik der GmbH besteht eben

darin, dass der Gesellschafter trotz Haftungsbeschränkung Einfluss auf die Gesellschaft nehmen kann. Dies ist auch die Grundlage für das Modell des existenzvernichtenden Eingriffs in der deutschen Judikatur: Die Möglichkeit, die Höhe des Haftungsfonds beeinflussen zu können, ohne gleichzeitig eine unbeschränkte Haftung fürchten zu müssen.

Insofern bestehen durchaus Ähnlichkeiten zwischen dem in Österreich anerkannten Modell der faktischen Geschäftsführerhaftung und des Modells der Existenzvernichtungshaftung in Deutschland. Worin allerdings genau die Unterschiede und Überlappungen zwischen den beiden Modellen bestehen, lässt sich natürlich erst feststellen, wenn das Modell der Existenzvernichtungshaftung überprüft ist. Für mich steht aber jedenfalls fest, dass – von der dogmatischen Herleitung abgesehen – das grundlegende Prinzip für einen Durchgriff auf den Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters auf die Geschäftstätigkeit sowie den Haftungsfonds beruht.

5. Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe

5.1. Entwicklung in Deutschland

Mit der Entscheidung II ZR 178/99¹⁷⁸ sorgte der deutsche Bundesgerichtshof für einen juristischen Paukenschlag. Mit einer einzelnen Entscheidung, die letztendlich nicht einmal eine Haftung in einem konzernrechtlichen Verhältnis und auch nicht die Verantwortung der Gesellschafter einer GmbH betraf, wurde dadurch das dominierende Haftungskonzept der 80er und 90er Jahre, die konzernrechtlich dominierte Haftung inhaltlich ersetzt. Die Haftung im qualifizierten, faktischen Konzern ist spätestens seit der "Bremer Vulkan"-Entscheidung Geschichte.

Konkret wurde die neue Linie in der haftungsrechtlichen Judikatur mit folgendem Diktum eingeleitet: "Der Schutz einer abhängigen GmbH gegenüber Eingriffen ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktiengesetzes (§§ 291 ff. AktG). Er beschränkt sich auf die Erhaltung ihres Stammkapitals im Sinne der §§ 30 ff. GmbHG, für die im Rahmen des § 43 Abs 3 GmbHG auch ihre Geschäftsführer haften, und die Gewährleistung ihres Bestandschutzes in dem Sinne, dass ihr Alleingesellschafter bei Eingriffen in ihr Vermögen und ihre Geschäftschancen angemessene Rücksicht auf ihre seiner Disposition entzogenen eigenen Belange zu nehmen hat. An einer solchen angemessenen Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der abhängigen GmbH fehlt es dann, wenn diese infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann."¹⁷⁹

Zu einer Haftung des Alleingesellschafters für die Verbindlichkeiten der von ihm beherrschten GmbH führt aber auch ein solcher bestandsvernichtender Eingriff nur dann, wenn sich die Fähigkeit der GmbH zur Befriedigung ihrer Gläubiger nicht schon durch die Rückführung des entzogenen Stammkapitals gemäß § 31 GmbHG

¹⁷⁸ BGH 13.12.2004, II ZR 256/02.

¹⁷⁹ BGH 29.03.1993, II ZR 265/91.

wiederherstellen lässt".

Folgendes lässt sich grundlegend feststellen: Die Ablehnung einer an das Konzernverhältnis angelehnten Haftung des GmbH - Gesellschafters durch den BGH ist eindeutig und lässt sich nicht durch interpretative Kosmetik hinwegschaffen. Auffällig ist an der Entscheidung zunächst zweierlei, das zumindest auf den ersten Blick als widersprüchlich zueinander scheinen mag: Einerseits kam das Bekenntnis des BGH zum Abgehen von der konzernorientierten GmbH- Haftung und zu einem ausschließlich auf die GmbH orientierten Haftungskonzept, das sich an die früheren Ansätze der Durchgriffshaftung anlehnt, im Zusammenhang mit der gegenständlichen Entscheidung durchaus überraschend. Andererseits war aber in Wahrheit schon seit gut zehn Jahren davor absehbar, dass ein Umschwung in der Judikaturlinie des BGH zu erwarten sei.

Kritik an der Tatsache, dass seitens des BGH gerade im konkreten Anlassfall die Gelegenheit genommen wurde, "Aufräumarbeiten im GmbH- Konzernhaftungsrecht zu beginnen" übt etwa *Schmidt*.¹⁸⁰

Diese Kritik am Anlassfall fußt vor allem darin, dass– wie oben bereits angedeutet– nicht einmal die Frage, wann eine Haftung der GmbH – Gesellschafter gegenüber den Gläubigern zum Tragen kommen könne, Hintergrund zu dieser Fallentscheidung war.

Vielmehr handelte es sich um eine Entscheidung aus dem Bereich der Geschäftsführerhaftung, bei dem es um eine Streitigkeit über verlorengegangene Subventionsmittel zwischen der Anstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BVS) als Nachfolgerin der DDR- Abwicklungsgesellschaft "Treuhand" und dem Vorstand einer bereits insolventen AG, die als Trägerin einer Ostseewerft gedient hatte. Vom Inhalt der Entscheidung her wurde durch den BGH dabei eine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstandes bejaht, ein Zugriff auf den Vorstand aus einer konzernrechtlichen Haftung oder aus den gesellschaftlichen Kapitalsicherungsvorschriften heraus allerdings verneint. Obwohl eine solche Haftung somit ohnehin vorweg ausgeschlossen war, nutzte der BGH die Entscheidung dazu, festzustellen, dass bei der GmbH überhaupt keine auf das Konzernverhältnis orientierte Haftung mehr angebracht sei, sondern vielmehr darauf abzustellen sei, ob der Gesellschafter einer GmbH den Bestandschutzgedanken in Hinblick auf die GmbH außer Acht gelassen habe.¹⁸¹

Warum der BGH nun gerade diese Entscheidung mit einer die gegenständliche Haftungsfrage nur am Rande tangierenden, zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellation dazu nutzte, neue Ansätze in der GmbH- Haftung der Gesellschafter zu schaffen, ist vermutlich eher darin zu sehen, dass der BGH ohnehin schon längstens auf die Gelegenheit wartete, die konzernrechtliche Haftung zu zertrümmern und neue Wege zu beschreiten als darin, dass die gegenständliche Entscheidung wirklich Anlass dazu geboten hätte, eine solche neue Judikaturlinie einzuleiten. Darauf weist auch hin, dass das entsprechende Haftungsmodell ja durch den BGH, personifiziert durch den Fachausschussvorsitzenden *Volker Röhricht*,

¹⁸⁰ *Schmidt*, Gesellschafterhaftung und Konzernhaftung bei der GmbH, NJW 2001, Heft 49, 3578.

¹⁸¹ *Schmidt*, NJW 2001, Heft 49, 3578.

ohnhin bereits präsentiert war, noch bevor es überhaupt Eingang in die Judikatur hatte finden können.

Bereits in seiner Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehens des BGH war durch *Röhricht* ein Haftungsmodell entwickelt worden, welches ein Abgehen von der bislang beherrschenden, auf die GmbH im Konzernverhältnis gerichteten Judikatur zum gesellschaftlichen Bestandschutz konzipierte.¹⁸² Im Gegenzug dazu wurde durch ihn ein auf sämtliche GmbHs anwendbares Haftungskonzept präsentiert, das die Verantwortung des Gesellschafters in Bezug auf die Existenz der GmbH ohne Berücksichtigung eines eventuell bestehenden Konzernverhältnis betonte.

Somit lässt sich folgern, dass der Bremer-Vulkan-Fall allenfalls den Anlass dazu bot, die ohnehin im Hintergrund bereits feststehende neue Judikaturlinie der Öffentlichkeit auch in Form eines Entscheidungsinhalts zu verkünden, man könnte somit von einer Art Anlassjudikatur sprechen. Allerdings lassen sich daraus natürlich noch keinerlei Schlüsse auf die inhaltliche Berechtigung, die Grundlage und die Anwendbarkeit des entsprechenden Haftungssystems schließen.

Konträr zur Tatsache, dass es überraschend gekommen sein mag, dass der BGH die neue Judikaturlinie gerade in eine Entscheidung über eine grundsätzlich inhaltsferne Materie verpackte, war prinzipiell schon lange davor absehbar gewesen, dass eine Änderung der Judikaturlinie ins Haus stand. Wenn man von einem kurzen, historischen Abriss ausgeht, lässt sich feststellen, dass die deutschen Nachkriegsjahre von der Diskussion um die Durchgriffshaftung und ihre Ausprägungsformen geleitet waren, mit Beginn der 1970er Jahre des vergangenen Jahrhunderts und insbesondere in den darauffolgenden 80er und 90er Jahren, wie oben bereits dargestellt sich die Debatte in Richtung des Denkansatzes einer Konzernhaftung verschob.¹⁸³

Die Reihe der Entscheidungen, die sich an der konzernrechtlichen Haftung orientierten, reicht von "Autokran" über "Tiefbau" und "Video" bis zu "TBB". Den Entscheidungen kommt dabei aber ein unterschiedlicher Grad der Ahnnehmung an das konzernrechtliche Haftungsmodell zu, in diesem Sinne ist durchaus eine Entwicklung hin zu und wieder weg von der Konzernorientierung erkennbar. Die "Video"-Entscheidung¹⁸⁴ führte letztlich zu einer Überbetonung der Konzernhaftung, in dem Sinne, dass es zu einer quasi- Abschaffung des Trennungsprinzips kam. Verbunden war dies andererseits auch mit einer vor allem für den praktischen Anwender äußerst prekären Situation, da so gut wie jederzeit über dem Gesellschafter einer GmbH, selbst dann, wenn er sich grundsätzlich völlig ordnungsgemäß verhalten hatte, im Falle weiterer unternehmerischer Aktivitäten die Keule der konzernrechtlichen Haftung mit ihrer Rechtsfolge des Einzelausgleichs bzw. des Verlustausgleichs schwebte. Aufgrund der unüberschaubaren Haftungsgefahren bezeichnet *Schmidt* die Situation vor und nach "Video" auch als "Schreckensjahre".¹⁸⁵

¹⁸² *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz in FS 50 Jahre BGH (2000), 83.

¹⁸³ *Bitter*, WM 2001, 2133.

¹⁸⁴ BGH, 23. 9. 1991, II ZR 135/90.

¹⁸⁵ *Schmidt*, NJW 2001, Heft 49, 3578.

Aus heutiger Sicht ist die Entscheidung "Video" mit Sicherheit als Form des Auswuchses der Judikatur um den "qualifiziert, faktischen Konzern" zu betrachten, der auch in der Lehre den Ruf danach auslöste, letztlich der Überbetonung der Konzernorientierung durch gesetzliche Regelungen Einhalt zu gebieten. Dies gründete sich dabei etwa auf die Tatsache, dass durch die "Video"- Entscheidung eine Haftung des Mehrheitsgesellschafters und Alleingeschäftsführers schon bei jeglicher anderer Betätigung vorgesehen war, somit nicht nur eine drastische Aufweichung des Trennungsprinzips die Folge war sondern vielmehr auch eine sachlich wohl nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von konzerngebundenen und nicht konzernierten Gesellschaften in Hinblick auf Gläubigerschutzfragen geschaffen wurde.¹⁸⁶

Dagegen bedeutete die darauffolgende TBB- Entscheidung insoferne ein Kehrtwende, als als Haftungskriterium neben einer konzernrechtlichen Einbindung noch das Verhalten des jeweiligen Gesellschafters in Hinblick auf die Situation der betroffenen GmbH formuliert wurde. Rückblickend kann somit wohl bereits die TBB- Entscheidung als erste in der Reihe jener zur Existenzvernichtungshaftung gesehen werden, in dem Sinne als bereits hier die Konzernebene in Richtung der konzernunabhängigen Missbrauchshaftung verlassen wurde.¹⁸⁷

Bereits in TBB geht es in Wahrheit darum, dass ein Gesellschafter– unabhängig von seiner Einbindung in andere Interessenstatbestände –die ihm rechtlich oder faktisch zustehenden Leitungsbefugnisse ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Belange der Gesellschaft ausübt, eventuellen Einzelausgleichsmaßnahmen wird dabei aufgrund deren mangelnder Durchführbarkeit eine Absage erteilt.¹⁸⁸

Sowohl aus Gründen der sachlichen Rechtfertigung der Haftungsfolgen, den pragmatischen Gründen der Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung in der Wirtschaft als auch aus den Problemen auf der Rechtsfolgenseite war das Modell des qualifiziert, faktischen Konzern letztlich Mitte der Neunzigerjahre überholt. Allerdings wurde auch nach "TBB" zumindest in den Unterinstanzen die Judikatur durch den Grundsatz des "qualifiziert, faktischen Konzerns" zumindest mitbestimmt, in der höchstgerichtlichen Judikatur dann aber mangels Vorliegens der spezifischen Voraussetzungen der "TBB- Haftung" nicht berücksichtigt. Zu nennen sind dabei etwa die Judikate "EDV-Peripherie"¹⁸⁹ sowie der "Architektenfall"¹⁹⁰

In der Lehre waren die Reaktionen auf die "TBB"- Entscheidung hingegen durchaus gemischt. Vor allem von jenen Autoren, die sich bereits zuvor als glühende Verfechter der in Gefahr befindlichen Rechtskonstruktion erwiesen hatten, wurde versucht, die Wirkung der Entscheidung insoferne abzuschwächen, als diese nur als "Klarstellung" zu der bisherigen Judikaturlinie interpretiert und versucht wurde,

¹⁸⁶ BGH, 23. 9. 1991, II ZR 135/90.

¹⁸⁷ BGH, 29.3.1993, II ZR 265/91.

¹⁸⁸ *Wilhelm*, NJW 2003, 176.

¹⁸⁹ BGH, 13.12.1993, II ZR 89/93.

¹⁹⁰ BGH, 19.09.1994, II ZR 237/93; *Schmidt*, NJW, 2001, 3579.

diese mit den bisherigen Judikaten in Einklang zu bringen.¹⁹¹

Kritisch wird dies von *Ulmer* dargestellt.¹⁹²

Unruhe brachte letztendlich erst die Festschrift *Röhrichts* zum fünfzigjährigen Bestehens des BGH¹⁹³ in der mit der Forderung einer vom Konzerntatbestand unabhängigen und auf den Bestandschutz der GmbH gerichteten Haftung der Weg zur Existenzvernichtungshaftung vorgezeichnet wurde.

Bis zu "Bremer Vulkan" lässt sich also zusammengefasst folgende Entwicklung ausmachen: Das Modell des qualifiziert faktischen Konzerns wurde quasi dadurch, dass es immer extensiver interpretiert und immer häufiger angewandt wurde, aus der Judikatur verdrängt, da durch die extensiven Auswüchse dieser Judikatur auch deren Schwächen im Sinne der Unsachlichkeit und praktischen Unanwendbarkeit immer sichtbarer wurden. Als Höhepunkt dieser Entwicklung gilt die "Video"- Entscheidung, an die sich ein vor allem in der unternehmerischen Praxis intensiv geführter Diskurs anschloss, an den letztlich die "TBB"- Entscheidung anschloss, die eine Verlagerung in Richtung des tatsächlichen Verhaltens des Gesellschafters weg von der reinen Konzernfrage brachte. Eingeläutet von der Festschrift *Röhrichts* aus dem Jahre 2000 fasste der BGH-eigentlich ohne entsprechenden Anlass- in seiner "Bremer Vulkan" - Entscheidung einen Spruch, mit dem der konzernorientierten Haftung endgültig eine Absage erteilt und ein neues System der Durchgriffshaftung in Hinblick auf den Bestandschutz der GmbH eingeführt wurde.

In der Literatur wurde die Entscheidung "Bremer Vulkan" gemischt aufgenommen. Während dem Großteil der Stimmen zumindest klar war, dass die Entscheidung das Ende der Rechtsprechung zum qualifiziert, faktischen GmbH- Konzern bedeutete, wurde dies durch *Schmidt* bestritten, der dabei vor allem darauf verwies, dass es sich dabei nur um eine isolierte Ansicht des Vorsitzenden eines Fachsenats handeln möge und der gegenständliche Fall gar keinen Anlass für eine entsprechende Judikatur gebracht hätte.¹⁹⁴ Diese Auffassung wurde durch *Altmeyen* heftig kritisiert, der erkannte, dass sich der BGH mit "Bremer Vulkan" vom Konzept des qualifiziert, faktischen Konzerns endgültig verabschiedet hatte.¹⁹⁵ Für *Ulmer* bedeutete "Bremer Vulkan" hingegen nur eine Klarstellung zum TBB-Haftungskonzept.¹⁹⁶ Für *Bitter* wurde die Entscheidung als Ansatz zu einer allgemeinen Missbrauchshaftung gesehen.¹⁹⁷ Dagegen konnte *Wilhelm* an das in seinem literarischen Klassiker "Rechtsform und Haftung" entwickelte

¹⁹² *Ulmer*, ZIP 2001, 2021.

¹⁹² *Bitter*, WM 2001, 2133.

¹⁹³ *Röhricht* in FS 50 Jahre BGH 83.

¹⁹⁴ *Schmidt*, NJW, 2001, 3579.

¹⁹⁵ *Altmeyen*, NJW 2002, 321.

¹⁹⁶ *Ulmer*, ZIP 2001, 2021.

¹⁹⁷ *Bitter*, WM 2001, 2133.

Haftungskonzept anschließen.¹⁹⁸

Selbstverständlich bildete die "Bremer Vulkan" -Entscheidung nicht das einzige Element der Judikaturreihe zur Existenzvernichtungshaftung als Konzept der verhaltensabhängigen Gesellschafterhaftung. Seit der "Bremer Vulkan" -Entscheidung fielen zahlreiche BGH-Entscheidungen, welche die Existenzvernichtungshaftung weiterführten und vertieften. Zu verweisen ist dabei etwa auf das Urteil vom 25.2.2002¹⁹⁹, das nach teilen der Lehre eine Verengung der Haftungsvoraussetzungen gebracht haben soll.

Bekannter ist hingegen die Entscheidung KBV²⁰⁰. In dieser Entscheidung ging es inhaltlich um die direkte Haftung zweier Gesellschafter einer GmbH – Schwiegervater und Schwiegersohn, wobei einer davon Gesellschafter-Geschäftsführer war. Das gesamte Kapital einer Gesellschaft – sowohl Finanzmittel als auch deren Infrastruktur sowie Personal – war an eine Auffanggesellschaft übertragen, der Geschäftsbetrieb der ersten Gesellschaft eingestellt worden. Allerdings warnte nicht sämtliche Verbindlichkeiten mit dieser Übertragung durch die Auffanggesellschaft mitübernommen worden. Im Rahmen der Übertragung war von der Auffanggesellschaft jedenfalls ein Vermögen übernommen worden, dass letztendlich die Verbindlichkeiten der ersten GmbH wesentlich überstieg. Letztendlich waren sowohl die erste GmbH als auch die Auffanggesellschaft insolvent, wobei ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht durchgeführt werden konnte. Der Grund lag letztendlich auch darin, dass durch einen der Gesellschafter Vermögen der Auffanggesellschaft in Gegenverrechnung für angebliche Leistungen von seiner Seite abgezogen worden war.

Hier wurde durch den BGH angenommen, dass die Gesellschafter die Zweckbindung des vorhandenen Vermögens negiert und es an der angemessenen Rücksichtnahme hatten fehlen lassen. Zudem wurde mit dieser Entscheidung auch die Subsidiarität des Kapitalerhaltsrechts zum Haftungsdurchgriff im Insolvenzfall insofern festgestellt, als zur Vermeidung eines Durchgriffs verlangt wurde, dass ein Rückersatzanspruch nach § 31 GmbHG nicht nur bestehen sondern auch erfüllt werden müsse, was im Insolvenzfall allerdings nicht vorgesehen ist.²⁰¹ Dies führte zumindest nach dieser Entscheidung zu einer Zurückdrängung des Grundsatzes der Kapitalzurückerstattung.

Neu in der Entwicklung sind die Entscheidungen vom 20.9.2004 sowie vom 13.12.2004 zu nennen.²⁰²

In II ZR 302/02 ging es vom Sachverhaltsinhalt um einen Klinikbetreiber, der sämtliche Ressourcen, die in einer Erstgesellschaft zur Verfügung gestanden hatten, auf eine neu gegründete Gesellschaft übertrug, um den Zugriff der vorhandenen

¹⁹⁸ Wilhelm, NJW 2003, 178.

¹⁹⁹ BGH, 25.2.2002, II ZR 196/00; Lutter/ Banerjee, ZGR 3/2003, 403.

²⁰⁰ BGH, 24.6.2002, II ZR 300/00

²⁰¹ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 403.

²⁰² BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.09.2004, II ZR 302/02.

Gläubiger auf die erste Gesellschaft zu verhindern. Der Geschäftsbetrieb der ersten Gesellschaft war zuvor eingestellt worden. Vom BGH wurde in seinem Urteil darauf abgestellt, dass es zwar das Recht jeden einflussnehmenden Gesellschafters sei, die Tätigkeit der Gesellschaft zu beenden, dies jedoch grundsätzlich nur im dafür vorgesehenen Verfahren geschehen dürfe. Weiters wurde durch die Entscheidung festgestellt, dass die Durchgriffshaftung prinzipiell auch dann anwendbar sei, wenn die Gesellschaft zum fraglichen Zeitpunkt bereits überschuldet gewesen sei, durch die Dispositionen des Gesellschafters der Überschuldungszustand allerdings vertieft worden sei.

Eine Klarstellung der Existenzvernichtungshaftung in Hinblick auf ihre Tatbestandsvoraussetzungen brachte die Entscheidung II ZR 256/02. Hier war eine Gesellschaft dadurch in den Insolvenzstatbestand geraten, dass an eine zweite Gesellschaft, (an der der Gesellschafter der ersten GmbH ebenfalls beteiligt gewesen war), Veräußerungen durchgeführt worden waren, die letztendlich durch die zweite Gesellschaft nicht beglichen werden konnten und die Zahlungsunfähigkeit der ersten Gesellschaft zur Folge hatten. Der BGH entschied hier insofern gegen eine Durchgriffshaftung als diese Form der Haftung grundsätzlich nicht für bloße "Managementfehler" gelten sollte sondern ausschließlich dann schlagend werden sollte, wenn es zu einer gezielten- demnach vorsätzlichen- Vermögensverlagerung kommen sollte. Diese Entscheidung des BGH enthält somit eine Absage an eine Anwendung des Modells der Existenzvernichtungshaftung bei bloß fahrlässig verursachten Schäden

In II ZR 302/02 war die Sachverhaltskonstellation ähnlich den vorangegangenen Fällen. Wieder waren die Aktiva einer Gesellschaft an eine zweite Auffanggesellschaft übertragen worden, ohne dass dieser Übertragung auch eine kongruente Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten gegenüberstand. Als ergänzendes Entscheidungselement kam hier hinzu, dass nicht nur der unmittelbare Gesellschafter zu einer Haftung herangezogen werden können sondern prinzipiell auch jener, der zwar nicht direkt an der Gesellschaft beteiligt sei allerdings über zwischengeschaltene holding Einfluss auf die Gesellschaftstätigkeit nehmen könne.

Im allgemeinen ist somit feststellbar, dass es seit der "Bremer Vulkan"- Entscheidung durchaus eine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung gegeben hat, es sich dabei somit nicht um eine juristische Eintagsfliege gehandelt hat sondern tatsächlich eine neue Judikaturlinie begründet wurde. Die nach "Bremer Vulkan" erfolgten Entscheidungen haben dabei durchaus zu einer Vertiefung und Präzisierung der Judikaturlinie beigetragen und vieles klarer gemacht, wobei aber dennoch – vor allem im dogmatischen Bereich – etliche Fragen offen bleiben.

Letztendlich kann dieser Abschnitt somit mit der Feststellung geschlossen werden, dass es in den vergangenen 10-15 Jahren eine stürmische Entwicklung in der deutschen, höchstgerichtlichen Judikatur gegeben hat, die von einer rein konzernbestimmten Haftungsrechtsprechung zu einer Durchgriffshaftung, die sich am tatsächlichen Umgang des Gesellschafters mit dem Gesellschaftsvermögen orientiert, geführt hat. Die Präzisierung des entsprechenden Tatbestandes durch die Judikatur ist genauso noch im Gange wie die in der Lehre geführte Diskussion zu dieser Thematik. Eine Betrachtung des Tatbestands mitsamt seinen Voraussetzungen und den damit verbundenen Einzelproblemen soll innerhalb des

nächsten Abschnitts unternommen werden.

5.2. Der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs und seine Elemente

5.2.1. Die Charakteristika des Eingriffs

Die Formulierung des Tatbestands des existenzvernichtenden Eingriffes und der verschiedenen tatbestandlichen Elemente stützt sich wie jede Rechtsfigur, die nicht auf einer expliziten Regelung im gesetzten Recht basiert, auf den durch die Judikatur weiterentwickelten Leitlinien der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sowie der darauf aufbauenden theoretischen Betrachtung in der Literatur. Dabei ist klar, dass sich gerade bei einer relativ neuen Rechtsfigur wie der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe Fragestellungen ergeben, die alleine durch die in der Rechtsprechung entwickelten Konzepte nicht abschließend gelöst werden können und über die sich auch in der Literatur oft noch keine einhellige Linie finden lässt. Dies gilt in Bezug auf den existenzvernichtenden Eingriff sowohl für die Formulierung des Tatbestandes selbst als auch für die dogmatischen Grundlagen und die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung.

Der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs, an den eine Durchgriffshaftung anschließen soll, wird üblicherweise an zwei Tatbestandselemente geknüpft: Einerseits soll in einer Form, die "die gebotene Rücksicht des Gesellschafters auf die Belange der Gesellschaft vermissen lässt" ²⁰³ in das Gesellschaftsvermögen eingegriffen werden. Als Folge aus diesem Verhalten soll die Unfähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen, sprich deren Insolvenz, stehen. ²⁰⁴ Durch ein dem Gesellschafter zurechenbares Verhalten, das die Vermögensbelange der Gesellschaft in rücksichtsloser Weise nicht beachtet, soll demnach eine Situation geschaffen werden, die es der Gesellschaft unmöglich macht, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen und damit zu einer Schädigung der Gläubiger der Gesellschaft führt. Besonders mit dem ersten Tatbestandselement, dem eigentlichen Eingriff, sind etliche Unklarheiten verbunden.

Das betrifft vor allem den Charakter des Eingriffs an sich. Zunächst ist danach zu fragen, auf welche Verhaltensweisen der Begriff des Eingriffs überhaupt angewendet werden kann. Die Wendung "Eingriff" würde an sich nahelegen, dass dieser Begriff nur einen Einzelakt bezeichnet, der die oben genannten Kriterien erfüllt und nicht etwa eine andauernde Verhaltensweise.

Dabei ist aber auch danach zu fragen, ob eine solche Interpretation nicht eine sachungerechte Folge nach sich zieht. Letztlich geht es darum, dass eine Gesellschaft zu Lasten deren Gläubiger in den Ruin getrieben wird. Ob dies durch einen Einzelakt, der eine besondere Außerachtlassung der Rücksichtnahme auf das

²⁰³ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 413.

²⁰⁴ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 413.

Gesellschaftsvermögen darstellt oder durch mehrere Akte, die jeder für sich nicht diese Tragweite haben mögen, geschieht, ist letztlich für die geschädigten Gläubiger nicht relevant.

Eine Lösung zu dieser Frage wird von *Bruns* angeboten, der meint, dass ein entsprechender Eingriff zwar grundsätzlich eine einschneidende Wirkung auf die Vermögenslage der Gesellschaft haben sollte. Andererseits soll aber auch eine Kette von verschiedenen "Eingriffen", von denen nicht jeder einzelne für sich eine entsprechend einschneidende Wirkung haben mag, den Tatbestandsanforderungen des Modells des existenzvernichtenden Eingriffs genügen, wenn diese in ihrer Gesamtheit eine entsprechende Intensität aufweisen und ihnen ein verbindendes Gesamtkonzept zugrundeliegt.²⁰⁵ Allerdings ist auch hier danach zu fragen, ob wirklich ein verbindendes Konzept gefordert werden muss. Die Antwort darauf muss letztendlich an der Charakteristika des Eingriffs bestimmt werden.

Weitere Fragen, die sich an das Charakteristikum des Eingriffs selbst anknüpfen, betreffen die Intensität und die Frage, wie sich ein Eingriff inhaltlich darstellen muss. Die einfachste Form des Eingriffs besteht sicherlich im simplen Vermögensabzug: Ein Gesellschafter zieht Vermögen – sei es Geld- oder Sachvermögen – aus der Gesellschaft ab und wendet es sich selbst oder einem Dritten zu. Bei dieser Form des Eingriffs handelt es sich zwar sicherlich um jene, welche die Eingriffsdefinition am treffendsten erfüllt, andererseits ist aber ein solcher Vorgang – zumindest im österreichischen Recht – meist ohnehin anhand anderer Rechtsvorschriften lösbar (etwa mittels den Kapitalerhaltungsvorschriften), somit für die Durchgriffshaftung im österreichischen Recht von geringerer Relevanz.

Die deutsche Rechtsprechung sieht die Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe grundsätzlich streng subsidiär zu den Bestimmungen des Kapitalschutzes. Eine Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe wird in der deutschen Judikatur bei Entzug von unmittelbar bilanzwirksamen Vermögenswerten nur dann für möglich erachtet, wenn über den Entzug des bilanzwirksamen Vermögens hinaus noch weitergehende Schäden entstehen, die unter Anwendung der Kapitalerhaltungsbestimmungen nicht ohne weiteres rückforderbar sind.²⁰⁶

Dabei ist in Bezug auf eine Übertragung des Konzepts in das österreichische Recht auch besonders zu beachten, dass die österreichischen Kapitalerhaltungsvorschriften weiter greifen als die deutschen Bestimmungen. Somit ist festzustellen, dass diese einfachste Art des existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen – der reine Abzug von Gesellschaftsvermögen – nur einen sehr geringen Anwendungsbereich des Konzepts der Existenzvernichtungshaftung bilden kann. Bei eingehender Betrachtung des Schutzzwecks des Konzepts – es soll verhindert werden, dass die Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger durch den Gesellschafter in den Ruin getrieben wird – fällt letztlich auf, dass dieser nicht nur in Hinsicht auf einen simplen Vermögensabzug wirken kann. Für den geschädigten Gläubiger ist es letztlich egal, welche Form des Eingriffs zum Ruin der Gesellschaft geführt hat. Anknüpfungspunkt kann somit nur die Unternehmensführung im gesamten sein.

²⁰⁵ *Bruns*, WM 2003, 815.

²⁰⁶ *Lutter/Banerjee*, ZGR 3/2003, 413.

In der Literatur werden letztlich etliche Beispiele genannt, welcher Gestalt der entsprechende Eingriff sein kann. Dabei wird einerseits auf die besonders konzernrelevante Konstruktion sogenannter GmbH- Stafetten verwiesen, den konzerninternen Abzug von Vermögen einer Tochtergesellschaft mittels drakonischem Cash-Management.²⁰⁷ Dieser Problematik soll im Rahmen der konzernspezifischen Betrachtung entsprechender Raum gewidmet werden.

Zudem wird der Eingriff in Vermögenswerte und Ressourcen der Gesellschaft, die nicht dem bilanziellen Kapitalbegriff entsprechen, genannt. Dazu gehören der Abzug nötiger Personalreserven, die Einstellung von Betriebs- oder Produktionsstätten, die Entnahme von Produktionsmitteln, die Kreditgewährung innerhalb des Konzerns ohne angemessene Gegenleistungen, die Streichung wichtiger Unternehmensbereiche (etwa Forschung), die Einstellung sinnvoller Produktlinien, der Abschluss besonders nachteiliger Vertragsbeziehungen oder die Übertragung von Verlustgeschäften auf eine GmbH innerhalb eines Konzerns²⁰⁸. Hinzugezählt werden weiters der Eingriff in die Geschäftschancen der Gesellschaft oder die Übernahme von Geschäften mit übergroßen Risiken.²⁰⁹ All diese Form der Geschäftsführung werden durch Lutter als "Strategien zum Tod der Gesellschaft" bezeichnet.²¹⁰

Als häufig auftretende grundsätzliche Fallkonstellation wird auch der Problemkreis der sogenannten Kostenexternalisierung gesehen, das Prinzip, dass risikoträchtige Teile der Betriebstätigkeit durch einen Unternehmer in eine separate Gesellschaft ausgelagert werden und dort letztendlich das Risiko auf die Gesellschafter abgewälzt wird.²¹¹

Aus persönlicher Sichtweise wäre noch hinzuzufügen, dass eine Existenzvernichtung einer Gesellschaft auch dadurch möglich wäre, dass nicht der Gesellschaft selbst zugehöriges Vermögen entzogen wird sondern der Gesellschaft durch den Gesellschafter oder über dritte "Strohmannen" als Fremdkapital zur Verfügung gestelltes Kapital abgezogen wird. Würde man dies nicht als existenzvernichtenden Eingriff einstufen, könnte ein Gesellschafter die Existenzvernichtungsproblematik ja jederzeit leicht dadurch umgehen, dass er sich einfach dazu entscheidet, die Gesellschaft nicht mit Eigenkapital sondern überwiegend fremdkapitalfinanziert auszustatten und die Gesellschaft durch Entzug solchen Fremdkapitals in die Existenzvernichtung zu führen. Diese Problematik steht im Zusammenhang mit dem Gebiet des Eigenkapitalersatzrechts, der Einordnung von Darlehen als Eigenkapital.

Ob somit Platz für eine Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtendem Eingriffs sinnvoll sein kann, liegt hier letztendlich daran, ob entsprechende Konstellationen mit Hilfe des Eigenkapitalersatzrechts gelöst werden können. Dies wäre nach den neuen Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich zumindest für manche

²⁰⁷ Bruns, WM 2003, 815.

²⁰⁸ Bruns, WM 2003, 815.

²⁰⁹ Lutter/Banerjea, ZGR 3/2003, 413.

²¹⁰ Lutter/Banerjea, ZGR 3/2003, 413.

²¹¹ Bitter, WM 2003, 815.

Fälle des Eigenkapitalersatzrechts sinnvoll, da ja nach der derzeitigen Gesetzeslage vor Eintreten einer Krise gewährte Darlehen nicht als Eigenkapital betrachtet werden. Folgt die Herbeiführung einer Krise somit durch Abzug des Fremdkapitals selbst, wäre eine Lösung mit Hilfe des Eigenkapitalersatzrechts somit nicht möglich.

Es ist somit festzuhalten, dass nicht der offensichtliche Abzug von Kapital im bilanztechnischen Sinne alleine einen Eingriff in das Gesellschaftsvermögen im Sinne der Existenzvernichtungshaftung darstellt.

Betrachtet man nun all jene Fälle, welche zumindest nach der Literatur als Eingriffe unter die Existenzvernichtungshaftung subsumiert werden sollen, so fällt auf, dass es sich dabei letztlich auch um Auswüchse einer schlechten Geschäftsführung handelt. Insoweit ist danach zu fragen, wie diese "Auswüchse" von gewöhnlichen Managementfehlern abgegrenzt werden können. Einerseits kann es nicht angehen, dass die Rechtsform der GmbH zweckwidrig verwendet wird, um sich mittels einer der oben angeführten Praktiken zu Lasten der Gläubiger von Verbindlichkeiten zu befreien. Andererseits kann aber wohl nicht jeder Managementfehler damit geahndet werden, dass eine persönliche Haftung der Gesellschafter begründet wird, da damit eine absolute Aushöhlung der juristischen Person verbunden wäre.

In der Literatur werden mehrere Abgrenzungslösungen angeboten, um zwischen lediglich "schlechtem" Management einerseits und Eingriffen im Sinne einer Existenzvernichtungshaftung zu entscheiden. Einerseits wird verlangt sogenannte Bagatelleingriffe nicht unter den Eingriffsbegriff der Existenzvernichtungshaftung zu subsumieren.²¹² "Geringfügige Belastungen" sollen somit nicht den Eingriffstatbestand erfüllen. Dazu ist aber anzumerken, dass solche "geringfügigen Eingriffe" ohnehin für sich wohl nicht das zweite Tatbestandsmerkmal – den Existenzverlust – nach sich ziehen können. Insofern scheint es fraglich, ob die Thematik von "Bagatelleingriffen" überhaupt zu thematisieren ist.

Eine zweite Abgrenzungsregel hält sich an die Unterscheidung, ob der entsprechende Eingriff im Rahmen des operativen Tagesgeschäfts erfolgt oder nicht.²¹³ Als Beispiele für über das Tagesgeschäft hinausgehende Entscheidungen sind etwa grundlegende Strategieentscheidungen gemeint, die die Liquidität der Gesellschaft schlechterdings überfordern.

Ein anderer Ansatz möchte a priori die Gefährlichkeit einer bestimmten Maßnahme beurteilen, um zu entscheiden, ob sie dem Eingriffsbegriff der Existenzvernichtungshaftung entspricht oder nicht. Die Insolvenzwahrscheinlichkeit als Folge einer bestimmten Maßnahme soll Anknüpfungspunkt dienen, ob eine Maßnahme als existenzgefährdend eingestuft wird oder nicht. Die Gesellschaft soll so geführt werden, dass sie – das Ausbleiben unvorhergesehener Ereignisse vorausgesetzt – ihren Verbindlichkeiten nachkommen kann.²¹⁴

Die Abgrenzungskriterien nach einer a- priori -Gefahrenprognose bzw. danach ob es

²¹² Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 413.

²¹³ K. Schmidt, NJW 2001, 3580.

²¹⁴ Bitter, WM 2001, 2141.

um reguläre Geschäftsführungstätigkeiten oder außerordentlichen Maßnahmen gehen soll, sind sicherlich von Relevanz, erstaunlich scheint allerdings, dass in der Abgrenzung keinerlei Bezug auf die subjektive Schuldfrage genommen wird.²¹⁵

Eine Orientierung der Existenzvernichtungshaftung an der subjektiven Tatseite auf Seite des Gesellschafters könnte zu einer klaren Abgrenzung gegenüber reinem "bad management" führen und somit die Rechtssicherheit erhöhen. Andererseits ist aber mit massiven Problemen im Rahmen der Beweisführung zu rechnen und zu befürchten, dass so aus der Durchgriffshaftung ein letztlich zahnloses Instrument werden würde.

Zum Charakter des ersten Tatbestandsmerkmals, dem Eingriff selbst, kann somit festgehalten werden, dass diesem jedenfalls ein sehr weites Anwendungsfeld – über den reinen Vermögensabzug hinaus – zugebilligt wird. Unklarheiten gibt es allerdings dort, wo die Eingriffsdefinition von rein fahrlässigem Management abgegrenzt werden soll.

5.2.1. Die Folgen des Eingriffs als ergänzendes Tatbestandsmerkmal

Als zweites Tatbestandselement der Existenzvernichtungshaftung steht die Folge des Eingriffs, die Existenzvernichtung der Gesellschaft.

Dabei ist zu betonen, dass es sich dabei um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt, welches mit dem Element des Eingriffs nur über die Kausalitätskette verbunden ist. Ein Schluss ex-post über die Insolvenz des Unternehmens auf einen zuvorgegangenen Eingriff als existenzvernichtend, sei somit unzulässig.²¹⁶ Insofern muss die Beurteilung des Eingriffs unabhängig davon erfolgen, ob diesem tatsächlich die Insolvenz des Unternehmens anschließt.

Gefordert ist im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals, dass als kausale Folge des Eingriffs die sogenannte Existenzvernichtung, die mangelnde Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Schulden zu begleichen²¹⁷ eintritt. Unter der Definition der Existenzvernichtung wird primär die Insolvenz des Unternehmens subsumiert, daran aber weiters geknüpft, dass der Existenzgefährdung nicht mehr begegnet werden kann. Am Ende des Existenzvernichtungsprozess soll somit die Zerschlagung des Unternehmens stehen.²¹⁸

In der Literatur wird zur Insolvenzvoraussetzung einerseits darauf verwiesen, dass diese schon alleine deshalb Bedingung für den Eintritt der Durchgriffshaftung sein

²¹⁵ Lutter/Banerjea, ZGR 3/2003, 413; K. Schmidt, NJW 2001, 3580; Bitter, WM 2001, 2141.

²¹⁶ Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 418.

²¹⁷ Bruns, WM 2003, 820; Lehner, GesRZ 2005, 128

²¹⁸ Bruns, WM 2003, 820.

muss, da bei einer vermögensgeschädigten aber nach wie vor solventen Gesellschaft noch immer die Befriedigung der Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen möglich und damit ein Zugriff auf die Gesellschafter nicht nötig wäre. Der Insolvenzherbeiführung wird die Insolvenzvertiefung gleichgestellt, was insoferne denklogisch erscheint, als auch diese eine Vergrößerung der durch das Gesellschaftsvermögen nicht mehr deckbaren Gläubigervermögen, die sich ursächlich auf den vorhergehenden Eingriff stützt, darstellt.²¹⁹

Wie eingangs beschrieben, handelt es sich bei existenzvernichtendem Eingriff und darauffolgender Existenzvernichtung an sich um zwei voneinander unabhängige Tatbestandsmerkmale, die keinen wechselseitigen Schluss aufeinander erlauben. Um den Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriff müssen somit beide Tatbestandsmerkmale unabhängig voneinander vorliegen und diese weiters kausal miteinander verbunden sein

Strittig sind dabei allerdings die Einzelheiten des Kausalitätszusammenhangs. In der Literatur wird dazu auf die Frage der unmittelbaren Kausalität insoferne Bezug genommen, als der Fall betrachtet wird, dass auf einen Eingriff, der dem ersten Tatbestandsmerkmal entspricht, zwar nicht unmittelbar zur Existenzvernichtung, allerdings zur Notwendigkeit der Einschränkung des Geschäftsbetriebs führt. Werden die nötigen Maßnahmen dann nicht getroffen und die Gesellschaft in die Existenzvernichtung geführt, stellt sich die Frage, ob das unzulässige Verhalten im Ersteingriff oder in der nachfolgenden Untätigkeit der Gesellschafter in Hinblick auf die nötigen Restrukturierungsmaßnahmen zu suchen ist.²²⁰

Legt man das strenge Kausalitätsprinzip zugrunde, so ist die existenzvernichtende Ursache im Ausbleiben der Restrukturierungsmaßnahmen zu suchen. Entsprechend der Überprüfung der Kausalität ist so vorzugehen, dass überprüft wird, ob das zu untersuchende Ereignis unter Zugrundelegung des Ausbleibens einer präsumtiven Ursache eingetreten oder ausgeblieben wäre.

In der Literatur wird der Eingriff, der nicht zur unmittelbaren Existenzvernichtung führt sondern diese nur mittelbar aus der Tatsache, dass die Gesellschaftstätigkeit nicht der neuen Situation nach dem Eingriff angepasst wird, als für die Existenzvernichtungshaftung unbeachtlich gesehen.²²¹ Begründet wird dies damit, dass der unmittelbare Kausalitätsgedanke nicht erfüllt sei und weiters nicht vorab festgelegt sei, welchen Umfang eine Betriebstätigkeit haben müsse. Auch im Rahmen der Beweismöglichkeit möchten *Lutter/Banerjea* einen solchen Vorgang nicht unter die Existenzvernichtungshaftung subsumieren. Die darauffolgende Insolvenz wird als Fallanwendung der Haftung aufgrund materieller Unterkapitalisierung interpretiert.

Dabei ist allerdings fraglich, ob es sich bei einer solchen Betrachtung nicht um eine übertrieben formalistische Sichtweise der Problematik handelt. Auch wenn die Insolvenz nicht unmittelbar auf den Eingriff folgt, war letztendlich der Eingriff kausal dafür, dass die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit nicht mehr im bisherigen Ausmaß

²¹⁹ *Lutter /Banerjea*, ZGR 3/2003, 418.

²²⁰ *Lutter /Banerjea*, ZGR 3/2003, 418.

²²¹ *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 418.

fortsetzen konnte. Abgesehen davon ist auch fraglich wie letztendlich das angeblich einem solchen Konzept zugrundezulegende Prinzip, "dass die Gesellschaft vorerst noch fortgeführt werden konnte", abgegrenzt werden sollte. Letztendlich wird wohl kaum ein Eingriff unmittelbar so drastische Folgen haben, dass er den Gesellschaftszusammenbruch am nächsten Tag nach sich zieht. Auch der Grundgedanke, "dass die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit hätte reduzieren und damit die Insolvenz abwenden können", wirkt fraglich. Letztendlich wird man bei jedem Fall, in dem überhaupt nach einem Eingriff unmittelbar noch irgendwelche Betriebsmittel da sind, behaupten können, die Gesellschaft hätte ihre Tätigkeit einschränken und damit die Insolvenz abwenden können. Insoferne ist schon die Abgrenzung schwer zu schaffen, wann der Eingriff als für eine Insolvenz kausal eingestuft werden soll und wann die Insolvenz im Gegensatz auf das Ausbleiben des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Sinne einer Geschäftseinschränkung zurückgeführt wird.

Weiters ist die Situation aus meiner Sicht auch unter Zugrundelegung der getroffenen Feststellungen zur Durchgriffshaftung bei materieller Unterkapitalisierung zu lösen. Wenn schon der Ersteingriff, der dazu geführt hat, dass die Gesellschaft eigentlich zur Einschränkung ihrer Geschäftstätigkeit gezwungen gewesen wäre, nicht als existenzvernichtender Eingriff im eigentlichen Sinne gesehen werden soll, da er nicht in der unmittelbaren Kausalkette zur späteren Insolvenz steht, so sind es doch wiederum Fehler in der Geschäftstätigkeit, welche den endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft zur Folge haben. Der Grund für den Zusammenbruch ist demnach mA nach nicht im Betreiben der Gesellschaft mit zu geringem Kapital sondern in den konkreten Geschäftsführungsfehlern, welche dann letztendlich den Zusammenbruch zur Folge haben, zu suchen. Den Ausführungen von *Lutter /Banjeera* ²²², die in der Forderung enden, die materielle Unterkapitalisierung als Spezialanwendungsfall der Existenzvernichtungshaftung zu betrachten, ist somit ebenfalls zu entgegnen, dass die letztendlich kausale Ursache für die Existenzvernichtung nicht im Betreiben einer Gesellschaft mit zu geringen Mitteln zu sehen ist, sondern an den konkreten Geschäftsführungshandlungen, die in Beziehung zur jeweiligen Mittelausstattung der Gesellschaft zu setzen sind, festzumachen sind.

Die Lösung des Problems, ob eine Existenzvernichtung noch auf den jeweiligen Eingriff oder auf ausgebliebene Restrukturierungen zurückgeführt werden soll, hängt nun primär davon ab, ob die konkreten Fehler in der Geschäftsführung unter den Eingriffsbegriff subsumiert werden können bzw. dieser Eingriff eine Intensität aufweist, die der für die Erfüllung des ersten Tatbestandsmerkmals geforderten entspricht. Ist eine Betrachtung als "Eingriff" mit der nötigen Intensität möglich, so ist die Lösung des Problems insoferne einfach, als dass in diesem Fall zwar nicht der erste Eingriff, der die Gesellschaft in das Stadium der nötigen Geschäftseinschränkung versetzt hat, für die Existenzvernichtung unmittelbar kausal war. Der weitergehende Eingriff, der schon im Stadium, in dem eigentlich die Geschäftstätigkeit hätte eingeschränkt werden müssen, ist es aber jedenfalls. Dabei ist in Bezug auf die geforderte Intensität auch zu erkennen, dass diese selbstverständlich in Verhältnis zur neuen Vermögenssituation gesehen werden muss.

²²² *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 418; *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger, WBI 1993, 201

Problematischer ist die Situation aber dann, wenn die letztendliche Existenzvernichtung nicht durch eine Handlung passiert, welche als Eingriff qualifiziert werden kann, sondern etwa lediglich daraus resultiert, dass die entsprechende Geschäftstätigkeit in einem Ausmaß weitergeführt wird, welche in Anbetracht der neuen Vermögenslage die Insolvenz der Gesellschaft nach sich zieht, z.B. eine Weiterführung im vorherigen Ausmaß bzw. eine zu gering ausfallende Restrukturierung.²²³ Mir scheint es allerdings auch in diesen Fällen nicht ausgeschlossen, die Existenzvernichtung auf den Ersteingriff, der die Restrukturierungsbedürftigkeit der Gesellschaft zur Folge gehabt hat, zurückzuführen. Bereits oben wurde festgestellt, dass eine Abgrenzung ohnehin nicht ohne weiters erfolgen kann, da kaum jemals eine Insolvenz unmittelbar zeitlich auf einen Eingriff abfolgen wird und weiters die Insolvenz auch kaum jemals zu hundert Prozent auf eine Einzelhandlung, die als Eingriff zu qualifizieren, ist, zurückgeführt werden wird können. In vielen realen Fällen wird an einen Eingriff eine – kurze oder längere – Phase anschließen, in der die Gesellschaft ihrer Existenzvernichtung entgegensteuert. In vielen Fällen wird zumindest behauptet werden können, die Existenzvernichtung hätte mit Restrukturierungsmaßnahmen abgewandt werden können.

Eine Aussage, ob eine Existenzvernichtung auf einen Eingriff zurückgeführt werden kann, lässt sich somit im Falle einer dazwischenliegenden "Restrukturierungsphase" nicht mit Eindeutigkeit bestimmen. Ob der Eingriff als kausal betrachtet wird, wird im Einzelfall an Faktoren wie der Intensität und den Auswirkungen des ursprünglichen Eingriffs, der zeitlichen Nähe zur Existenzvernichtung, der Länge der Phase der Restrukturierungsbedürftigkeit der Gesellschaft sowie der Beurteilung der realen Überlebenschance der Gesellschaft für den Fall der erfolgten Restrukturierung zu beurteilen sein. Ein gewisser, zeitlicher Abstand zwischen Eingriff und Existenzvernichtung sowie ein Weiterbetrieb der Geschäftstätigkeit innerhalb dieser Phase kann für sich alleine m.A. nach jedenfalls noch nicht einen völligen Ausschluss der Existenzvernichtungshaftung bewirken.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass in der Lehre und Judikatur Einvernehmen darüber herrscht, dass als zweites Tatbestandsmerkmal des existenzvernichtenden Eingriffs die Rechtsfolge der Existenzvernichtung in Form der Insolvenz der jeweiligen Gesellschaft gefordert ist, da außerhalb der Insolvenz ja noch eine Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen der Gesellschaft möglich und somit ein Durchgriff auf das Gesellschaftervermögen nicht möglich wäre. Uneinigkeit herrscht allenfalls in Hinblick darauf, wie die zwei Tatbestandsmerkmale des Eingriffs und der Existenzvernichtung miteinander zu verbinden sind.

²²³ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 418

5.3. Die Rechtsfolgen des existenzvernichtenden Eingriffs

Im vergangenen Abschnitt erfolgte eine Analyse des Tatbestands des existenzvernichtenden Eingriffs und seiner Elemente. Nachdem nun zumindest grundsätzlich klargestellt ist, in welchen Anwendungsfällen ein existenzvernichtender Eingriff angenommen werden soll, ist nun zu überprüfen, welche Rechtsfolgen an den Eingriff anschließen sollen. Als Folge wird dabei gemeinhin die "Durchgriffshaftung", der Zugriff des Gläubigers auf das Vermögen eines Gesellschafters, wie sie bereits in Abschnitt beschrieben wurde, genannt. Dabei sind aber im Detail folgende Probleme zu betrachten: Um auf das Vermögen eines Gesellschafters zugreifen zu können, sind zwei gegenüberstehende Parteien – Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft – vonnöten, die über ein bestimmtes Haftungsverhältnis miteinander verbunden sind.

Daran hat sich auch die Analyse der Rechtsfolgen des existenzvernichtenden Eingriffs, die Darstellung des daran anschließenden Haftungsdurchgriffs auf den Gesellschafter, zu orientieren. Daher soll hier analysiert werden, wer die Gläubiger sind, die eine Berechtigung zum Zugriff auf das Vermögen eines Gesellschafters aus Resultat eines existenzvernichtenden Eingriffs auf das Vermögen der Gesellschaft erhalten. Weiters soll abgegrenzt werden, welche Gesellschafter herangezogen werden können, um als Resultat eines existenzvernichtenden Eingriffs mit ihrem Eigenvermögen zu haften. Abschließend ist das Haftungsverhältnis inhaltlich zu analysieren, um die Charakteristika der Durchgriffshaftung in diesem Rahmen herauszuarbeiten und somit die Rechtsfolgen des existenzvernichtenden Eingriffs inhaltlich komplett darstellen zu können.

5.3.1. Anspruchsinhaber einer Forderung bei einer Durchgriffshaftung infolge eines ev. Eingriffs

Wer grundsätzlich gegenüber einem Gesellschafter eine persönliche Haftung nach der Existenzvernichtung einer Gesellschaft geltendmachen kann, ergibt sich letztendlich schon aus der Definition des Tatbestands des existenzvernichtendem Eingriffs. Dort ist gefordert, dass die Gesellschaft aufgrund eines entsprechenden Eingriffs nicht mehr in der Lage sein darf, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen. Somit ist grundsätzlich klar: Einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Gesellschafters kann prinzipiell jeder haben, der gegenüber der Gesellschaft eine Forderung erworben hat, die infolge der Insolvenz, die wiederum Ergebnis des existenzvernichtendem Eingriffs ist, nicht mehr befriedigt werden kann.

Die Frage, in welchem Ausmaß die entsprechende Forderungen bestehen bzw. wie im Rahmen des Insolvenzverfahrens damit zu verfahren ist, soll im Rahmen der Charakterisierung der Art der Haftung betrachtet werden, hier geht es um die Charakterisierung des Gläubigers selbst. Allerdings führt gerade die

Charakterisierung der Haftung selbst – Stichwort Innen- oder Außenhaftung – zu unterschiedlichen Ansätzen in Hinblick auf die Bestimmung des Gläubigers selbst. Würde man nämlich einer Innenhaftung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter das Wort reden, wäre eben gerade nicht der Gesellschaftsgläubiger selbst gegenüber dem Gesellschafter anspruchsberechtigt sondern nur die Gesellschaft. Aus verschiedenen Gründen, vor allem des Wortlauts der bisherigen Judikatur zur Existenzvernichtungshaftung, scheint allerdings weitestgehend Einigkeit zu herrschen, dass sich die derzeitige Spruchpraxis an eine Außenhaftung hält. Insofern wird hier vorausgeschickt, dass ein direkter Anspruch zwischen Gesellschaftsgläubiger und Gesellschafter die Folge eines existenzvernichtendem Eingriffs ist.

Um einen Wettlauf der Gläubiger gegenüber dem Vermögen des Gesellschafters zu verhindern, soll eine unmittelbare Inanspruchnahme durch den Gläubiger allerdings nur außerhalb des Insolvenzverfahrens möglich sein.²²⁴ Das bedeutet somit, dass, sobald das eigentliche Insolvenzverfahren eröffnet ist, der Anspruch gegenüber dem Gesellschafter nur mehr durch den Masseverwalter geltendgemacht werden kann.

Betrachtet man nun die Gläubiger selbst, muss zunächst festgehalten werden, dass selbstverständlich prinzipiell außer Acht bleiben muss, aus welchem Rechtsgrund der jeweilige Gläubiger eine Forderung gegenüber der Gesellschaft innehat. Somit ist ein Durchgriff sowohl für Gläubiger aufgrund obligatorischer als auch für solche, die gegenüber der Gesellschaft eine deliktsrechtlich begründete Forderung innehaben, möglich. Auch die Art der Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Gläubiger ist für sich nicht erheblich. Eine Forderung kann somit etwa sowohl durch Arbeitnehmer, Lieferanten, Kreditgeber, sonstige Geschäftspartner oder durch die Gesellschaft geschädigte geltendgemacht werden. Sonderfälle können allerdings Forderungen zwischen Gesellschaft und ihr nahe stehenden Personen, sprich Gesellschaftern, sein.

Als Fallbeispiel dient, dass ein Gesellschafter gegenüber einer Gesellschaft Leistungen erbracht hat, die grundsätzlich, da einem Drittvergleich standhaltend, Forderungen gegenüber der Gesellschaft nach sich ziehen.²²⁵ Kann ein Gesellschafter unter Berufung auf die Durchgriffshaftung Befriedigung für diese Forderung finden? Die Antwort ist sicher hier davon abhängig, wie die Sachlage im einzelnen ausgestaltet ist.

Vor allem dann, wenn mehrere Gesellschafter vorhanden sind. Hier ist allenfalls zu prüfen, ob einem Gesellschafter gegenüber den anderen Gesellschaftern ein Recht zusteht, zur Befriedigung jener Ansprüche, die er gegenüber der Gesellschaft rechtmäßig erworben hat, auf das Privatvermögen der anderen Gesellschafter zuzugreifen. Als ersten Ansatz zu dieser Problematik sollte man zunächst unterscheiden, ob der betreffende Gesellschafter, der eine Forderung gegenüber der Gesellschaft innehat, auch als Anspruchsgegner der Gläubiger im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung fungiert, sprich ihm die Existenzvernichtung zurechenbar ist. In der Literatur wird ausgeführt, dass ein Durchgriff aufgrund der Existenzvernichtung einem Gläubiger dann nicht gestattet werden kann, wenn dieser selbst an der Existenzschädigung beteiligt war. Begründet wird dies mit dem Verbot

²²⁴ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 418.

²²⁵ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152; Hoenig/Stingl, *GesRZ* 2007, 23; Wenger, *RWZ* 2005/97.

des venire contra factum proprium, der Rechtsausübung in Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten.²²⁶ Somit ist klar, dass ein Anspruch aus dem Grund der Existenzvernichtungshaftung seitens eines Gesellschafters, der selbst Anspruchsgegner der Gläubiger im Rahmen einer solchen Haftung ist, weder gegenüber dem eigenen Vermögen noch gegenüber den anderen Gesellschaftern, auf deren Vermögen im Rahmen der Durchgriffshaftung zugegriffen wird, gebildet werden kann. Ein Anspruch dieses Gesellschafters wäre auch nicht einsichtig. Anders sieht die Situation allerdings aus, falls dem Gesellschafter die Existenzvernichtung der Gesellschaft nicht zurechenbar ist, er somit nicht an der Existenzschädigung beteiligt war. In diesem Falle ist nicht einsichtig, warum zwischen Forderungen, die dem Gesellschafter zustehen und solchen, die von Drittgläubigern geltendgemacht werden, unterschieden werden sollte. Hier sollte also, sofern die Forderungen rechtmäßig begründet wurden, ein entsprechender Zugriff auf das Vermögen der anderen Gesellschafter möglich sein.

Überhaupt wird bei der Beurteilung der Existenzvernichtungshaftung der jeweilige zugrundeliegende, zivilrechtliche Anspruch streng zu untersuchen sein. Damit sollte vor allem verhindert werden, dass Strohmänner gegenüber dem Gesellschafter Forderungen geltendmachen und damit den Haftungsfonds für die restlichen Gläubiger schmälern.

Eine weitere Gruppe, die von der Durchgriffshaftung in diesem Fall ausgeschlossen sein soll, sind jene Gläubiger, die das Ausfallrisiko freiwillig in Kauf nehmen.²²⁷ Dafür soll es erforderlich sein, dass der Gläubiger über das entsprechende Ausfallrisiko aufgrund der Insolvenzwahrscheinlichkeit entsprechend informiert wird und er das Risiko freiwillig übernimmt. Kritisch ist in diesem Zusammenhang zu hinterfragen, ob ein entsprechender Ausschluss auch dann in Frage kommt, wenn der betreffende Gläubiger in einem gewissen Zwangsverhältnis zur Gesellschaft verbunden ist, somit die Abschlussfreiheit mit der Gesellschaft materiell eingeschränkt ist.

In diesem Zusammenhang wird in der Literatur etwa auf Arbeitnehmer hingewiesen, weiters wird man überlegen müssen, ob – je nach Abwägung der Situation und der wirtschaftlichen Ausprägung der jeweiligen Akteure – nicht auch bestimmten Geschäftspartnern, etwa Kleinlieferanten, trotz des Wissenstandes über die Ausfallwahrscheinlichkeit der Zugriff auf das Gesellschaftervermögen zu gestatten ist. Ein entsprechendes Verbot soll sowohl für Gläubiger, die eine Forderung außerhalb des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Gesellschafter geltendmachen, als auch innerhalb des Insolvenzverfahrens bei Abwicklung über den Masseverwalter gelten.

Zum Teil wird in der Literatur eine noch weitergehende Differenzierung nach Gläubigergruppen vorgeschlagen. Etwa wird debattiert, Gläubiger auch dann von der Durchgriffshaftung auf das Gesellschaftervermögen auszuschließen, wenn diese trotz der vorhandenen Möglichkeit, auf die eigenständige Absicherung ihrer

²²⁶ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 418; Teichmann, venire contra factum proprium - ein Teilaspekt rechtsmißbräuchlichen Handelns, JA 1985, 497; Wieling, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 1976, 334

²²⁷ Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 418.

Forderungen gegenüber der Gesellschaft verzichtet haben.²²⁸

Begründet wird dies im wesentlichen mit dem ökonomischen Argument, dass ansonsten jeglicher Anreiz zu einer effizienten Eigenvorsorge verlorengehe. Tatsächlich hat der Ansatz oberflächlich betrachtet einiges für sich. Zu denken ist etwa, dass sonst beispielsweise Großbanken, die der Gesellschaft Kredite in erheblicher Höhe überlassen haben, bei einem Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters neben deliktisch Geschädigten und Arbeitnehmern stünden und so deren Haftungsfonds mindern und eine vollständige Forderungsabdeckung wohl unmöglich machen würden. Deliktisch geschädigte sind von der Möglichkeit der Eigenvorsorge gegen das Insolvenzrisiko gegenüber der Gesellschaft so gut wie gänzlich ausgeschlossen, von Arbeitnehmern kann eine solche Vorsorge oft nicht verlangt werden. Dagegen wird allerdings vorgebracht, dass grundsätzlich den Gläubigern ohne Kenntnis der Insolvenzwahrscheinlichkeit eine solche Vorsorge nicht zugemutet werden sollte.²²⁹

Allerdings ist wiederum umgekehrt zu fragen, ob nicht die wirtschaftliche Erfahrung dahingehend ist, dass es eben eine bestimmte Anzahl an Insolvenzen gibt und daher für jede Forderung – schon ohne Berücksichtigung der jeweiligen Einzelumstände – eine Ausfallswahrscheinlichkeit in gewisser Höhe besteht. Für wirtschaftlich entsprechend potente Gläubiger wäre es eventuell somit sehr wohl möglich, die bestehenden Forderungen auf Eigenbasis auch in wirtschaftlich vertretbarer Weise gegen ihren Ausfall abzusichern. Im Gegensatz ist aber darauf zu verweisen, dass im Einzelfall wohl nicht praktikabel ist, zu überprüfen, ob einem einzelnen Gläubiger die wirtschaftliche Eigenabsicherung möglich und zumutbar gewesen wäre oder nicht. Weiters ist zu überlegen, dass es sich bei einer privatautonomen Absicherung eben um eine privates Rechtsgeschäft handelt, zu dem ein Gläubiger schwerlich unter Androhung des Verlustes von Durchgriffsmöglichkeiten gezwungen werden kann. Letztlich ist davon auszugehen, dass insbesondere aufgrund der Tatsache, dass wohl nur in Einzelfällen eine vollständige Befriedigung der Forderungen aus dem Gesellschaftervermögen möglich sein wird, jene Gläubiger, für die dies wirtschaftlich sinnvoll ist, ohnedies auf privatautonome Schutzinstrumente setzen werden.

Somit sollte die Gläubigerstellung wohl unabhängig von der Möglichkeit einer privatautonomen Absicherung beurteilt werden. Letztlich kann somit damit beschlossen werden, dass von jenen Gläubigern, die Forderungen gegenüber dem Gesellschaftsvermögen aufweisen, nur jene auszuschließen sind, die selbst an der Herbeiführung der Existenzvernichtung beteiligt waren. Darüber hinaus ist die Beurteilung der Gläubigerstellung unproblematisch.

5.3.2. Anfechtungsgegner der Existenzvernichtungshaftung

Etwas komplizierter als die Frage der Gläubigerstellung ist jene zu beantworten, gegen wessen Vermögen im Rahmen einer Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe eigentlich zugegriffen werden soll. Letztlich richtet

²²⁸ Bitter, WM 2001, 2140.

²²⁹ Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 418.

sich die Haftung gegen jene Gesellschafter, die für die Herbeiführung der Existenzvernichtung die Verantwortung tragen, im Einzelfall ist dieses Prinzip aber interpretationsbedürftig.

Prinzipiell ist es Grundprinzip, dass nicht alleine die Gesellschafterstellung und die Tatsache, dass an der betreffenden Gesellschaft ein existenzvernichtender Eingriff gesetzt wurde, schon zur Durchgriffshaftung berechtigen. Würde man eine Haftung des Gesellschafters unabhängig von seinem individuellen Verhalten annehmen, würd dies letztendlich eine identitätsnahe Annäherung der GmbH an eine Personengesellschaft ergeben. Darüberhinaus ist zu bedenken, dass gerade das Abgehen der Rechtsprechnug von der Figur des qualifiziert, faktischen Konzerns auch darin begründet war, an die Stelle einer organisationsbedingten und verhaltensunabhängigen Haftung, die sich an der Konzernorientierung festmacht, eine Haftung zu stellen, die vom individuellen Verhalten des Gesellschafters abhängig ist. Auch aus diesem Grund schiene es unzweckmäßig, auch jene Gesellschafter, die an der existenzvernichtenden Handlung nicht beteiligt waren, in die Haftung miteinzubeziehen.

Jedenfalls haftbar ist der Gesellschafter, der den existenzvernichtenden Eingriff unmittelbar gesetzt und davon profitiert hat. Darüberhinaus wird aber auch eine Haftung bejaht, wenn Gesellschafter den existenzvernichtenden Eingriff zwar nicht selbst unmittelbar gesetzt haben, mit diesem aber einverstanden waren. Der BGH hat ausgesprochen, dass Gesellschafter auch dann haften, wenn ihnen der Vorteil aus dem existenzvernichtenden Eingriff nicht selbst zugeflossen ist, sie aber den existenzvernichtenden Eingriff durch ihr Einverständnis geduldet haben.²³⁰ Selbiges soll dann gelten, wenn der existenzvernichtende Eingriff nicht durch einen Vermögensabzug sondern durch eine andere Form des Eingriffs stattfindet. Auch hier wird die Haftung eines Gesellschafters von seinem Einverständnis in eine bestimmte Maßnahme abhängig gemacht.

Wie das Einverständnis der Gesellschafter in die existenzvernichtenden Maßnahmen zu definieren ist, hängt letztendlich davon ab, wie die Entscheidungsfindung in der jeweiligen Gesellschaft ausgeübt wird.

Jedenfalls klar ist, dass ein Gesellschafter haftet, sofern er sein Einverständnis mit dem existenzvernichtenden Eingriff ausdrücklich erklärt hat.²³¹

Für die Wirksamkeit und Auslegung einer konkludenten Einverständniserklärung werden die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln, insbesondere in Hinblick auf die allgemeinen Begleitumstände, anzuwenden sein.

In der Literatur ebenfalls angesprochen wird die Frage, ob eine reine Duldung einer existenzvernichtenden Maßnahme schon dafür ausreichen kann, dass ein Gesellschafter zur persönlichen Haftung herangezogen werden kann. Eine Haftung wird in der Lehre hier dann bejaht, wenn dem Gesellschafter ein Widerspruch gegen die betreffende Maßnahme zumutbar gewesen sei und dieser im Interesse der Gläubiger gewesen wäre.

²³⁰ BGH 25.2.2002, II ZR 196/00; Vetter, ZIP 2003, Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 436.

²³¹ Lutter /Banerjea, ZGR 3/2003, 436.

Dieser Auffassung ist aus zwei Gründen zu widersprechen: In einem ersten Schritt ist auf die allgemeinen, zivilrechtlichen Regeln zu verweisen, die eine Zustimmung zu einem rechtlichen Vorgehen durch bloßes Dulden bzw. (speziell in Hinblick auf Vertragsabschlüsse) durch Stillschweigen nur in besonderen Fällen annehmen, speziell dann wenn eine ausdrückliche Regelung in dieser Richtung existiert oder die allgemeinen, gesetzlichen Umstände zumindest eindeutig in diese Richtung weisen. Untersucht man nun in einem zweiten Gang die konkrete Regelungssituation im gesellschaftlichen Bereich, so ergibt sich, dass nirgends ein Hinweis darauf gefunden werden kann, dass seitens eines GmbH-Gesellschafters eine Verpflichtung existiert, auf die Geschäftsführung der GmbH in einer Art und Weise einzuwirken, dass Eingriffe dieser Art vermieden werden.

In Bezug auf den Gesellschafter bestehen somit zwar weitreichende Befugnisse, auf die Geschäftsführung einer GmbH einzuwirken, damit korrespondierende Verpflichtungen sind aber im Gesetz – wie bereits ausführlich dargestellt – zumindest nicht ausdrücklich enthalten. Die jahrzehntelange Diskussion in Deutschland und Österreich drehte sich letztendlich darum, ob überhaupt Gesellschafter, die tatsächlich die Geschäftsführung einer GmbH maßgeblich beeinflusst haben, für ihr Verhalten haftbar gemacht werden können. Einen Gesellschafter schon fürs "Nichtstun" – und letztendlich besteht eine Duldung darin – haftbar zu machen, wäre aus meiner Sicht ein bedenklicher Schritt in die Richtung der Aufhebung des Trennungsprinzips bei Kapitalgesellschaften.

Zumindest m.A. nach sollte somit eine Mithaftung für die Folgen eines existenzvernichtenden Eingriffs an das aktiv ausgeübte Einverständnis zu einer existenzvernichtenden Maßnahme gebunden sein.

Beschäftigt man sich speziell mit dem Einverständnisbegriff so wird in der Literatur nicht nur verlangt, dass der entsprechende Gesellschafter sein Einverständnis zu einer bestimmten Maßnahme ausdrücklich oder konkludent bekundet haben muss, sondern wird auch die Kausalität der jeweiligen Einverständniserklärung für die Durchführung der existenzvernichtenden Maßnahme verlangt. Es ist somit für die Durchgriffshaftung eines Gesellschafters nicht nur Voraussetzung, dass dieser sein Einverständnis zur existenzvernichtenden Maßnahme begründet hat, letztlich muss dieses Einverständnis zumindest auch mitursächlich dafür gewesen sein, dass die entsprechende Maßnahme dann durchgeführt wurde. Das soll etwa dann nicht der Fall sein, wenn der entsprechende Mitgesellschafter auf die Gebarung der Gesellschaft letztlich gar keinen Einfluss hatte und es zum Eingriff durch den unmittelbaren Schädiger auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Mitgesellschafters gekommen wäre.²³²

Grundsätzlich ist zu dieser Überlegung auszuführen, dass das Kausalitätsprinzip ein Ausfluss allgemeiner, schadenersatzrechtlicher Prinzipien ist und daher nur denklogisch ist, dass dieses auch hier angewandt werden muss. Allerdings ist bei der Betrachtung im Einzelfall zu überlegen, wann tatsächlich der Einfluss des Mitgesellschafters so gering sein wird, dass seinem Verhalten kein kausaler Einfluss

²³² Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 437.

auf die tatsächliche Durchführung der existenzvernichtenden Maßnahme bemessen wird. In der Literatur wird angeboten, einen solchen, mangelnden Einfluss dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter nicht mindestens über eine Beteiligung von zehn Prozent am Stammkapital der Gesellschaft verfügt und nicht zur Geschäftsführung berechtigt ist. Dies wird im deutschen Recht aus einer Analogie zu § 32 a Abs 3 Satz 2 dGmbHG, der Regelungen zum Eigenkapitalersatz enthält, hergeleitet. Weiters wird dies mit der entsprechenden Vermutung begründet, dass ein Gesellschafter unter diesen Bedingungen über kein entsprechende Insiderstellung und Einflussmöglichkeiten verfügt.²³³

Dazu ist einerseits anzuführen, dass die entsprechende, korrespondierende Regelung im österreichischen Recht, nämlich § 5 EkEG, Gesellschafterin die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechtes dann einbezieht, wenn sie an einer Gesellschaft kontrollierend, mit einem Anteil von zumindest 25% beteiligt sind bzw. einen sonstigen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben.

Letztlich wird darauf abzustellen sein, dass ein stärkeres Gewicht auf die Einzelsituation zu nehmen ist und wohl nicht alleine die Kapitalbeteiligung und die formelle Geschäftsführungsbefugnis ausschlaggebend sein kann, um das Einflussgewicht der Entscheidung eines Gesellschafters auf die Gesellschaftsgebarung zu bestimmen. In letzter Konsequenz würde eine solche formalistische Betrachtungsweise dazu tendieren, bestimmte Sachverhalte, die an sich sehr wohl Raum für eine Durchgriffshaftung bieten würden, aus dieser auszuscheiden. Aus meiner Sicht heraus sollte somit auf die Formulierung einer generellen Regelung, wann das Verhalten eines Gesellschafters für das Schicksal einer Gesellschaft kausal sein soll, verzichtet werden.

Auch jene Autoren, welche eine Haftung der Mitgesellschafter auch bei nur duldendem Verhalten positiv gegenüberstehen, betonen weiters, dass seitens der Gesellschafter keine Eingriffsverhinderungs- oder Erfolgsabwendungspflicht verlangt werden kann. Für den einzelnen Gesellschafter soll es also, um eine Haftung abzuwenden, ausreichend sein, sofern er über die existenzvernichtende Maßnahme informiert ist, sein Nichteinverständnis dazu auszudrücken. Geraten wird auch, dieses mangelnde Einverständnis, um dann eine Haftung auch tatsächlich abwenden zu können, entsprechend zu dokumentieren.²³⁴

Neben den Gesellschaftern, denen ein entsprechender Eingriff zuzurechnen ist, kommen überdies noch weitere Anfechtungsgegner aus Sicht des Gläubigers in Betracht. Dies betrifft einerseits den Geschäftsführer der Gesellschaft im Rahmen der allgemeinen Geschäftsführerhaftung. Da dieser Bereich nun allerdings nicht mehr unter das Gebiet der Durchgriffshaftung zu subsumieren ist, steht eine nähere Beschäftigung damit hier außer Betracht. Eine gerade in dieser Arbeit sehr wohl relevante Frage, ist der Problemkreis der Durchgriffshaftung in Konzernverhältnissen. Zwar sind dazu natürlich in erster Linie die allgemeinen Ausführungen zur Durchgriffshaftung maßgeblich, da diese sowohl für natürlich als auch für juristische Personen als Gesellschafter anwendbar sind, allerdings ergeben sich bei einer detaillierten Betrachtung verschiedene Abweichungen in einzelnen Aspekten. Da

²³³ Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 437.

²³⁴ Lutter/Banerjea, ZGR 3/2003, 437.

diese Betrachtung aber speziell Konzernverhältnisse trifft, soll eine Beschäftigung damit im dafür eigens vorgesehenen Teil der Arbeit erfolgen.

Zusammenfassen kann man somit, dass sich ein Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtungshaftung primär gegen jene Gesellschafter richtet, denen die Existenzvernichtung ursächlich zuzurechnen ist, eine Haftung weiters jene Gesellschafter erfasst, welche nur mittelbar an der Verursachung der Existenzvernichtung beteiligt waren.

5.3.3. Art des Haftungsanspruchs

Nach der Klärung von Anspruchsberechtigtem und Anspruchsgegner in der Existenzvernichtungshaftung ist noch Augenmerk auf Natur und Art des Haftungsanspruch selbst zu werfen.

Dabei sind verschiedene Fragen zu beachten. Einerseits ist danach zu fragen, wann der entsprechende Anspruch anwendbar ist, da dieser subsidiär zu anderen Ansprüchen stehen kann und somit nicht in jedem Fall, in denen die allgemeinen Voraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung erfüllt sind, zur Anwendung kommen kann. Dies wurde im Teil zum existenzvernichtenden Eingriff selbst schon angedeutet und soll hier detailliert ausgeführt werden.

Weiters ist die Frage der Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung von Relevanz. Da in dieser Arbeit oben nur der Gläubiger selbst bzw. der Masseverwalter als Anspruchsberechtigte benannt wurden, ist klar, dass in dieser Arbeit von einer Außenhaftung ausgegangen wurde. Allerdings ist auch dies noch in den Einzelheiten auszuführen.

5.3.3.1. Subsidiarität zu anderen Ansprüchen

Prinzipiell ist abermals darauf zu verweisen, dass es sich bei der Durchgriffshaftung im allgemeinen und bei der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe nicht um explizit gesetzlich geregelte Rechtsfiguren sondern um Ergebnisse richterrechtlicher Fortbildung handelt, die letztendlich dazu dient, bestimmte Lücken, welche bestehende Rechtsvorschriften aufweisen, auszufüllen. Dies bedeutet bei einer Betrachtung im Ergebnis aber nichts anderes, dass jedenfalls dort, wo ohnehin bereits gesetzlich ausdrücklich aufgeführte Regelungen bestehen, die Anwendung der Regelungen der Existenzvernichtungshaftung nicht in Betracht gezogen werden kann. Bei den Bestimmungen zur Existenzvernichtungshaftung handelt es sich letztlich somit um Rechtsfolgen, welche subsidiär zu den gesetzlich ausdrücklich ausgeführten Regelungen des Gläubigerschutzes stehen.

Bei dieser Betrachtung kommen als Vorschriften welche hier der Existenzvernichtungshaftung vorgehen, vor allem die Vorschriften der Kapitalerhaltung in Betracht.

Dabei ist prinzipiell anzumerken, dass sich die Kapitalerhaltungsvorschriften in der deutschen und österreichischen Rechtsordnung voneinander unterscheiden. Im Gegensatz zur österreichischen Regelung umfasst der Schutz des Vermögens nach deutschem GmbH - Recht nur das zur Deckung der formellen Stammkapitalziffer notwendige Vermögen. Eine Rückgewähr aus dem darüberliegenden "freien Vermögen" wird im deutschen Recht als zulässig angesehen.²³⁵

In den §§ 30 und 31 des dt. GmbHG sind die allgemeinen Regelungen enthalten, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter dazu berechtigt ist, Kapital aus einer Gesellschaft abzuführen bzw. wann umgekehrt nach einem Abzug von Kapital, dieses wieder an die Gesellschaft zurückzuerstatten ist.

Dass eine Anwendung der Regelungen der Existenzvernichtungshaftung dann in Frage kommt, wenn eine Rückerstattung des Kapitals auf Basis der §§ 30 dGmbHG nicht möglich ist, ist unstrittig. Welche Arten von Eingriffen darunter fallen, wurde bereits oben in Beispielen ausgeführt:

Der Abzug nötiger Personalreserven, die Einstellung von Betriebs- oder Produktionsstätten, die Entnahme von Produktionsmitteln, die Kreditgewährung innerhalb des Konzerns ohne angemessene Gegenleistungen, die Streichung wichtiger Unternehmensbereiche (etwa Forschung), die Einstellung sinnvoller Produktlinien, der Abschluss besonders nachteiliger Vertragsbeziehungen oder die Übertragung von Verlustgeschäften auf eine GmbH innerhalb eines Konzerns, der Eingriff in die Geschäftschancen der Gesellschaft oder die Übernahme von Geschäften mit übergroßen Risiken sind Beispiele für Sachverhalte, welche die Gesellschaft in ihrer Existenz gefährden, die allerdings nicht durch die Bestimmungen der Kapitalerhaltung erfasst werden können. Eine abschließende Aufzählung ist naturgemäß nicht möglich.

Nimmt man nun einen Vorgang an, der sehr wohl mit den Bestimmungen der §§ 30 dGmbHG gelöst werden kann, so ist fraglich, ob dieser jedenfalls nur diesen Vorschriften unterzogen werden oder eine Durchgriffshaftung ebenfalls in Betracht gezogen werden kann.

Dazu werden in der Literatur sowohl Argumente geführt, die einen Anspruch nur aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften sehen möchten, andere Auffassungen ziehen unter bestimmten Umständen auch eine Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in Betracht.

In der Literatur wird dazu etwa ausgeführt, dass zwischen den Bestimmungen der §§ 30 dGmbHG und den Regelungen zur Existenzvernichtung insofern ein gravierender Unterschied besteht, als ein Anspruch aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften im Rahmen einer Kapitalrückforderung nur der Gesellschaft selbst und nicht ihrem Gläubiger zusteht. Dabei handelt es sich demnach um eine ausschließliche Innenhaftung zugunsten der Gesellschaft.²³⁶

Vor allem in der Geltendmachung ergeben sich demnach Probleme für den

²³⁵ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 153.

²³⁶ Vetter, *ZIP* 2003, 603.

Gläubiger, da nur ein allenfalls seitens der Gesellschaft gegenüber ihrem Gesellschafter bestehender Anspruch gepfändet werden, aber nicht unmittelbar seitens des Gläubigers gegen den Gesellschafter vorgegangen werden kann. Zweifellos ist ein direkter Zugriff auf einen schädigenden Gesellschafter seitens des Gläubigers einfacher durchzuführen als der Umweg über die Gesellschaft. Das alleine kann jedoch mA nach nicht rechtfertigen, den Vorrang der Kapitalerhaltungsbestimmungen zur Durchgriffshaftung außer Acht zu lassen. Dazu ist auch noch in den Betrachtungen zur dogmatischen Rechtfertigung der Durchgriffshaftung Bezug zu nehmen.

Die Auffassung Vettters²³⁷ den Vorrang der Bestimmungen zur Durchgriffshaftung daraus abzuleiten, dass der verwirklichte Sachverhalt des existenzvernichtenden Eingriffs eben weiterwirken würde als ein reiner Kapitalentzug, der schädlichere Tatbestand sei und daher auch ein eigenständiger Durchgriffsanspruch, falls sich der Sachverhalt ohnedies schon aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften lösen ließe, zu bejahen sei, ist mA nach nicht überzeugend. Die Bestimmungen der Kapitalerhaltung, die immerhin gesetzlich ausdrücklich normiert sind, ohne dass ein Ausnahmetatbestand für eine nachfolgende Insolvenz der Gesellschaft geschaffen wurde, wären damit weitestgehend ausgehebelt. Darüberhinaus ist auch in Betracht zu ziehen, dass die Befriedigung des Gläubigers durch die Anwendung der §§ 30d GmbHG ja nicht unmöglich gemacht, sondern durch den Gesetzgeber ausdrücklich – wenn auch über den Umweg der Pfändung der Ansprüche der Gesellschaft – vorgesehen ist.

Somit ist zumindest mA davon auszugehen, dass die Durchgriffshaftung grundsätzlich subsidiär zu den Bestimmungen der Kapitalerhaltung angewandt wird. Allerdings ergeben sich auch Fallkonstellationen, in denen – trotz anwendbaren Kapitalerhaltungsbestimmungen – die Durchgriffshaftung überlegt werden kann. Zu bedenken ist nämlich, dass die Rechtsfolgen der §§ 30 d GmbHG sich darauf beschränken, dass das der Gesellschaft entzogene Kapital dieser zurückzuerstatten ist. Es ist aber darauf zu verweisen, dass regelmäßig die Tatsache, dass einer Gesellschaft Kapital entzogen wird, auch Folgeschäden mit sich bringt. Als Beispiele für verschiedenartige Folgeerscheinungen wären nur etwa die Kosten der Kapitalaufbringung auf Kredit bzw. die Möglichkeit, dass bestimmte, nötige oder sinnvolle Investitionen mangels Kapitals nicht getätigt werden können, zu nennen. Bei Sachentzügen ist auch auf einen eventuellen Nutzungsausfall zu verweisen.²³⁸ In solchen Fällen kann daher zwar seitens der Gesellschaft die Rückerstattung des entzogenen Kapitals verlangt werden bzw. kann sich im Insolvenzfall der Gläubiger durch die Pfändung dieser Ansprüche am Gesellschafter schadlos halten. Ein darüberhinausgehender Schaden, der der Gesellschaft in Folge des Kapitalentzuges entstanden ist, kann allerdings nicht auf Basis dieser Bestimmungen rückgefordert werden.

Sollte die Insolvenz der Gesellschaft die Folge des Kapitalabzugs sein und die Refundierung des entzogenen Kapitals für sich alleine nicht ausreichen, die Gläubigerforderungen ausreichend zu befriedigen und die Gesellschaftstätigkeit fortzusetzen, so ist die Folge der Gesellschaft die Insolvenz und der Forderungsausfall für die Gläubiger betreffend die Befriedigung aus dem

²³⁷Vetter, ZIP 2003, 603

²³⁸Lutter/Banerjee, ZGR 3/2003, 437.

Gesellschaftsvermögen.

Es würde dem Grundkonzept des existenzvernichtenden Eingriffs sicherlich widersprechen, wenn in solchen Fällen kein Durchgriff gegen den Gesellschafter zugelassen werden würde. Weiters ist, sofern durch die Rückfuhr des entzogenen Kapitals die Insolvenz der Gesellschaft nicht verhindert werden kann, auch kein Grund ersichtlich, warum der Gesellschafter, der mit seinem Kapitalentzug die Existenzvernichtung der Gesellschaft verursacht hat, nicht dem Gläubiger mit seinem Privatvermögen haften sollte.

Es ist somit festzuhalten, dass ein Vorrang der Regelungen der Kapitalerhaltung dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn die gesetzlichen Rechtsfolgen nicht mehr ausreichend sind, den Schaden, der durch den Kapitalentzug letztendlich verursacht wurde, abzuwenden.

5.3.3.2. Innen- oder Außenhaftung

Eine entscheidende Frage, welche die Rechtsfolgenseite des existenzvernichtenden Eingriffs betrifft, lautet, ob der Eingriff eine Haftung des Gesellschafters im Innenverhältnis, demnach zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, oder im Außenverhältnis, also unmittelbar zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger nach sich zieht.

Im Kapitel zum Anspruchsberechtigten wurde von einer Außenhaftung ausgegangen, insoferne der Gläubiger und nicht die Gesellschaft als Anspruchsberechtigter gegenüber dem Gesellschafter genannt.

Die Frage der Innen- oder Außenhaftung hängt nicht spezifisch mit dem Komplex des existenzvernichtenden Eingriffs zusammen sondern zieht sich durch die gesamte Diskussion zum Haftungsdurchgriff bzw. zur Haftungsproblematik in der GmbH generell.

Jedenfalls ist festzumachen, dass sämtlich Haftungsbestimmungen mit Bezug zur GmbH, sowohl in Deutschland als auch in Österreich, auf eine Innenhaftung, also auf ein Haftungsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abstellen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Geschäftsführerhaftung, die Kapitalerhaltungsgrundsätze oder auch das Eigenkapitalersatzrecht.

Allerdings ist auch einzuräumen, dass diese Bestimmungen – zumindest nicht unmittelbar – dem Gläubigerschutz dienen, vielmehr dem Interesse der Gesellschaft – auch wenn sich dafür in der Literatur durchaus unterschiedliche dogmatische Begründungen finden.

Daher lässt sich somit nicht alleine aus der Innenausrichtung dieser Bestimmungen folgern, dass diese auch für eine Bestimmung gelten soll, die alleine den Gläubiger gegenüber missbräuchlichem Verhalten des Gesellschafters schützen soll. Bei der Überprüfung der Frage, ob es sich um eine Innenhaftung oder Außenhaftung handeln sollte, ist auf andere Kriterien abzustellen. Zuerst ist bei der dogmatischen Herleitung der Durchgriffshaftung anzusetzen und zu überprüfen, ob im Zusammenhang mit dieser eher von einem Haftungsverhältnis zwischen Gesellschaft

und Gesellschafter oder Gesellschafter und Gläubiger auszugehen ist. In diesem Zusammenhang ist besonders auf den Sinn einer solchen Regelung Bedacht zu nehmen, zu klären ist die Frage somit letztlich anhand einer teleologischen Interpretation. Dabei ist letztlich auch zu überprüfen, welche Betrachtungsweise das Ziel des effizienten Gläubigerschutzes eher verwirklichen kann.

In der Judikatur ist vorerst darauf zu verweisen, dass in der Entscheidung "Bremer Vulkan" noch keinerlei Entscheidung zugunsten oder wider eine der beiden Ansatzlösungen getroffen worden war. Auch die Festschrift *Röhrichs* ließ noch keinerlei eindeutige Präferenz in eine der beiden Richtungen erkennen.²³⁹

Eine Präferenz in Richtung der Außenhaftung wurde in der Literatur aus der Tatsache, dass die Nachfolgeentscheidung TBB von einem "objektiven Missbrauch der Gesellschafterstellung" sprach abgeleitet.²⁴⁰

Letztlich muss in der Frage des existenzvernichtenden Eingriffs auch an die früheren Ansichten zur Durchgriffshaftung angeknüpft werden, zu der es nun schon seit Jahrzehnten verschiedene Ansichten in Hinblick auf Innen- oder Außenhaftung gibt. Die Ansätze, welche sich auf eine Innenhaftung beziehen, leiten diese meist aus einer Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der GmbH, die auch in der Einpersonengesellschaft Geltung haben soll, ab.²⁴¹

Eine Sonderstellung bietet die Ansicht *Wilhelms*, der eine Organhaftung des GmbH - Gesellschafters postuliert, dennoch diese aber – aus pragmatischen Gründen heraus – in einer Außenhaftung münden lassen möchte.²⁴²

Von der Judikatur und auch der Mehrzahl der Literatur wird eine solche Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft aber heute nicht anerkannt.²⁴³

Insbesondere wird dabei auf die Zulässigkeit der Einmannengesellschaft verwiesen und festgehalten, dass die Anerkennung einer Treuepflicht überhaupt nur zwischen den Gesellschaftern, sofern es hier durch nicht einverständliches Handeln zu Schadenszufügungen kommt, verwiesen.

Die Ablehnung einer Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft an sich geht einher mit dem Ansatz, dass es der Gesellschaft als juristischer Konstruktion an einem Eigeninteresse mangelt, das mit jenem der natürlichen Person vergleichbar wäre. Die Gesellschaft wird aus heutiger Sicht von den meisten Autoren eben nicht als völlig unabhängiger und verselbständigter Interessenträger gegenüber den Gesellschaftern betrachtet, die Interessen der Gesellschafter und der juristischen Person im Gegenteil als deckungsgleich betrachtet und damit ein selbständiges

²³⁹ *Röhrich*, FS 50 Jahre BGH, 83.

²⁴⁰ *Bitter*, WM 2001, 2133.

²⁴¹ *Winter*, Treuebindungen

²⁴² *Wilhelm*, Rechtsform 308.

²⁴³ *Bitter*, WM 2001, 2133.

Eigeninteresse der Gesellschaft abgelehnt.²⁴⁴

Aus heutiger Sicht wird die Durchgriffshaftung generell weitgehend nicht mehr durch ein angebliches Eigeninteresse der Gesellschaft begründet sondern anhand einer teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung und eines analogen Lückenschlusses hergeleitet.²⁴⁵

Im Gegensatz dazu baut *Wilhelm* – analog zu seinen allgemeinen Ausführungen zur Durchgriffshaftung als eigentliche Sorgfaltshaftung eines Organs²⁴⁶ und gründet auch die Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe auf ein zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehendes Sonderrechtsverhältnis.²⁴⁷

Baut man nun das Konzept der Durchgriffshaftung prinzipiell auf einem solchen, normzweckorientierten Ansatz auf, so wird klar, dass eine Lösung nur in einer Außenhaftung des Gesellschafters gegenüber den Gläubigern bestehen kann. Dadurch, dass die zwischen Gläubiger und Gesellschafter stehende Haftungsbeschränkung "beiseitegeschoben" wird, entsteht ein unmittelbar zwischen Gläubiger und Gesellschafter wirkender Schadenersatzanspruch.

Die Frage, die sich weitergehend stellt, ist aber auch, ob die Tatsache, dass Eigeninteressen der Gesellschaft aus heutiger Sicht abgelehnt werden, schon automatisch eine Außenhaftung zur Folge hat. *Koppensteiner* vertritt dazu etwa die Auffassung, dass eine Innenhaftung auch noch denkbar wäre, wenn nicht von einem eigenen Interesse der Gesellschaft ausgegangen werden kann.²⁴⁸

Dieser Autor bringt die Problematik Innen- oder Außenhaftung aus der rein dogmatischen Erörterung weg und stellt alleine darauf ab, welche Lösung besser dem Gläubigerschutz dient.

Als Vorteil wird dabei vor allem genannt, dass alleine die Außenhaftung es gestattet, eine Differenzierung zwischen den einzelnen Gläubigern – wie oben dargestellt – vorzunehmen. Weiters wird auf die komplizierte Rechtsverfolgung bei Annahme einer Innenhaftung und die drohende Gefahr sogenannter Parallelprozesse verwiesen.²⁴⁹

Für das Prinzip der Außenhaftung sprechen an sich somit sowohl dogmatische

Gründe als auch pragmatische Erwägungen im Sinne des Gläubigerschutzes. Aus diesen Gründen ist somit davon auszugehen, dass an den Tatbestand des

²⁴⁴ *Bitter*, WM 2001, 2133.

²⁴⁵ *Bitter*, WM 2001

²⁴⁶ *Wilhelm*, Rechtsform 308.

²⁴⁶ *Koppensteiner*, Existenzvernichtung der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter in Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag (2002) 607.

²⁴⁷ *Wilhelm*, NJW 2003, 178.

²⁴⁸ *Koppensteiner* in FS Honsell 609.

²⁴⁹ *Koppensteiner* in FS Honsell 610.

existenzvernichtenden Eingriffs ein unmittelbar gegen den Gesellschafter wirkender Anspruch des Gesellschaftsgläubigers anschließt und der Umweg einer Befriedigung über einen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bestehenden Anspruchs nicht gewählt werden muss.

5.3.3.3. Umfang des Anspruchs

Stellt man die Frage, welche Höhe der Anspruch des Gläubigers gegen den Gesellschafter im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung haben soll, so bestehen in diesem Zusammenhang zwei Problemkreise:

Einerseits ist die Anspruchshöhe davon abhängig, ob, bevor gegen den Gesellschafter vorgegangen wird, eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu erfolgen hat, die den Anspruch gegen den Gesellschafter entsprechend schmälern würde. Zudem ist danach zu fragen, ob sich der Gläubiger prinzipiell seinen gesamten Forderungsausfall aus dem Vermögen des Gesellschafters abgelten lassen kann oder ob auch hier Haftungsbeschränkungen zu beachten sind.

Zum ersten Problemkreis ist darauf zu verweisen, dass die Judikatur den Anspruch eindeutig auf den Ausfall der Gesellschafter beschränken möchte, was somit heißt, dass dieser in jener Höhe des ursprünglichen Anspruchs besteht, der durch die Inanspruchnahme der Gesellschafter nicht abgedeckt werden konnte.

Gegen diese Auffassung opponiert *Lutter*, der es für nicht zumutbar erachtet, dass die Gesellschafter sich vorerst im Rahmen einer Teilbefriedigung an der Gesellschaft schadlos halten müssten, bevor sie auf das Gesellschaftervermögen zugreifen könnten.²⁵⁰

Von Interesse ist die auch zweite wichtige Problematik. Hier stellt sich die Frage danach, ob der Gläubiger jedenfalls seinen gesamten Anspruch, den er gegen die Gesellschaft hatte, aus dem Vermögen des Gesellschafters befriedigen oder ob es hier zu Einschränkungen kommen kann.

Ein Teil der Lehre, etwa *Lutters*, schließt sich dem Prinzip der unbeschränkten Haftung an und verweist dabei insbesondere darauf, dass es ein grundlegender Pfeiler der Durchgriffshaftung an sich sei, dass hier das Resultat das Entstehen des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen ist.²⁵¹

Überzeugender erscheinen mir hier allerdings die inhaltlich gut begründeten Ausführungen, die den Anspruch des Gläubigers auf jenen Schaden reduzieren möchten, der ihm durch das Verhalten des Gesellschafters tatsächlich zugefügt wurde. Bei diesem Ansatz ist anfangs zu erwägen, dass oft auch schon zu jenem Zeitpunkt, in dem eine entsprechende Forderung gegen eine Gesellschaft begründet wird, diese möglicherweise schon gar nicht in der Lage gewesen sein wird, eine vollständige Befriedigung dieser Forderungen zu gewährleisten. Wenn dann daraufhin durch einen existenzvernichtenden Eingriff eines Gesellschafters die

²⁵⁰ *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 431.

²⁵¹ *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 431.

Gesellschaft völlig unfähig wird, die Forderungen abzudecken, so ist diesem Eingriff denklogisch nur jener zusätzliche Forderungsausfall zurechenbar, der durch das Verhalten des Gesellschafters begründet wurde. Diese Ausführungen finden sich in der Literatur oft auch in Verbindung mit dem Hinweis, dass existenzvernichtende Eingriffe meist ohnedies zu einem Zeitpunkt gesetzt werden, wo die Gesellschaft sich bereits in wirtschaftlichen Turbulenzen bewegt.²⁵²

Als weiteres Argument, das gegen eine schrankenlose Inanspruchnahme des Gesellschafters ins Treffen geführt wird, ist zu nennen, dass diese auch im Zusammenhang mit den Kapitalerhaltungsvorschriften, die der Durchgriffshaftung vorgehen sollen, nicht systemkonform wäre. Wenn der Gesellschaft ein bestimmter Kapitalbetrag entzogen wird, so ist die Rechtsfolge nach den Kapitalerhaltungsvorschriften eine Rückführung des entzogenen Kapitals an die Gesellschaft.²⁵³ Ein Durchgriffsanspruch kann dabei darüberhinausgehend dann ausgemacht werden, wenn der Kapitalentzug noch weitere Schäden und die Existenzvernichtung der Gesellschaft nach sich zieht. Ist ein solcher weitergehender Schaden nicht auszumachen, so ist die Kapitalrückführung ausreichend. Dasselbe System sollte auch angewandt werden, wenn der Eingriff sich auf Ressourcen bezieht, die nicht dem bilanziellen Kapitalbegriff entsprechen, da hier kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung auszumachen ist. Es wäre wohl nicht sachlich zu rechtfertigen, hier eine Unterscheidung im Sinne einer vollständigen Haftung aus dem Gesellschaftervermögen vorzunehmen.

Zudem wird darauf verwiesen, dass im Rahmen der Judikatur auch immer die Existenzvernichtung parallel zu einer gesetzmäßigen Liquidation der Gesellschaft betrachtet wird.²⁵⁴ Würde man diesen Ansatz mitbeachten, so ist ebenfalls ersichtlich, dass auch im Rahmen einer legalen Liquidation des Gesellschaftsvermögens die Gläubiger einen Ausfall beklagen müssten, ohne dass die Gesellschafter hier in die Nähe einer Durchgriffshaftung kommen würden.

Somit lässt sich folgern, dass ein Haftungskonzept, das sich am tatsächlich dem Gläubiger durch den Gesellschafter verursachten Schaden orientiert, dem gesamten Haftungssystem wesentlich besser entspricht als eine schrankenlose Inanspruchnahme des Gesellschaftervermögens. Zu bedenken ist allerdings, dass im Einzelfall vermutlich schwer nachvollziehbar sein wird, wie hoch der tatsächlich auf den Eingriff kausal rückführbare Schaden ist, was aber kein Argument gegen einen solchen Ansatz sein kann.

Zusammenfassend kann somit der Anspruch, der als Folge eines existenzvernichtenden Eingriffs entsteht, derart beschrieben werden: Man geht allgemein von einer Außenhaftung, somit einem Anspruch direkt zwischen Gläubiger und Gesellschafter aus. Dieser kann durch den Gläubiger außerhalb des Insolvenzverfahrens selbst gegen den Gesellschafter geltendgemacht werden,

²⁵² Vetter, ZIP 2003, 603.

²⁵³ Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152; Wenger, RWZ 2005/97; Krejci, Wbl 1993, 269.

²⁵⁴ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99, Lutter/Banerjea, ZGR 3/2003, 402; Bruns, WM 2003, 815; Wilhelm, NJW 2003, 178; BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.9. 2004, II ZR 302/02.

während des Insolvenzverfahrens obliegt die Geltendmachung dem Masseverwalter. Der Anspruch gegen den Gesellschafter greift aber erst dann ein, wenn der entstandene Schaden nicht über eine Kapitalrückführung auf Basis der Kapitalerhaltungsvorschriften wiedergutmacht werden kann und eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht möglich ist. Die Anspruchshöhe ist in einer Einzelfallbetrachtung daran zu bemessen, wieweit ein entstandener Schaden auf das tatbestandsmäßige Verhalten eines Gesellschafters zurückgeführt werden kann.

5.4. Dogmatische Herleitung der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff

Ähnlich zu den Ausführungen zur Frage Innen- oder Außenhaftung finden sich auch bei der Frage zur dogmatischen Herleitung der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe verschiedene Ansätze. Bei den allgemeinen Erwägungen zur Durchgriffshaftung wurde bereits ausgeführt, dass sich die heutige Lehrmeinung auf einen normzweckorientierten Ansatz stützt, der auf der teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung basiert und für die einzelnen Durchgriffsfälle jeweils nach einer gesonderten Rechtfertigung sucht.

Im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung lassen sich verschiedene Richtungen von Denkansätzen finden. Dabei besteht die Möglichkeit, diese Ansätze ganz grob in zwei Richtungen zu teilen. Einerseits gibt es jene Autoren, welche die Existenzvernichtungshaftung als eine Form der Innenhaftung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sehen und demgemäß ihren Denkansatz auch in dieser Richtung dogmatisch begründen. Dabei wird entweder auf eine Form von Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder auf ein auf Seiten der Gesellschaft bestehendes Eigeninteresse abgestellt.²⁵⁵

Die Gegenmeinung, die sich mit dem Ansatz der Außenhaftung der Gesellschafter deckt, geht nicht von einem besonderen Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sondern von einer gläubigerschutzorientierten Haftungsbestimmung aus, die sich auf ein Beiseiteschieben der Haftungsbeschränkung und einen Lückenschluss anhand einer Gesetzesanalogie fokussiert.

Daneben gibt es zu diesen beiden hauptsächlichen Denkrichtungen noch weitere, isolierte Ansätze, die die Problematik auf eine andere Weise lösen möchten.

Bei den Anhängern der Innenhaftung sind, bezieht man die verschiedenen Ansätze, letztendlich auch Unterschiede in den Denkrichtungen auszumachen. *Wilhelm* betont etwa, dass der BGH mit seiner Entscheidung "Bremer Vulkan" keine neuen Wege der Judikatur beschritten hat sondern vielmehr dem Konzept der Durchgriffshaftung treu bleibt. Kritisiert wird dabei von ihm, dass die Urteilsbegründung in der Judikatur floskelhaft ausfällt und mit Umschreibungen das Auslangen findet anstatt klare dogmatische Zuordnungen zu treffen. *Wilhelm* bleibt dabei seinen Ausführungen, die

²⁵⁵ *Ulmer*; ZIP 2001, 2021.

er schon lange früher formuliert hatte, treu und formuliert eine Sorgfaltshaftung des Gesellschafters, die alleine daraus resultieren soll, dass aufgrund der Machtstellung des Gesellschafters zwischen diesem und der Gesellschaft ein besonderes Rechtsverhältnis entsteht. Das Gesellschaftsvermögen wird dabei als Fremdvermögen interpretiert, dem Gesellschafter dazu eine Sorgfaltspflicht bei der Verwaltung von Fremdvermögen beigemessen.²⁵⁶

Dagegen wird in der Regel vorgebracht, dass es sich bei dem Vermögen der Gesellschaft eben nicht um ein dem Gesellschafter völlig fremdes Vermögen handle und der Gesellschaft kein vom Gesellschafter völlig unabhängiges Eigeninteresse zukomme. Daher könne der Gesellschafter nicht so behandelt werden, als würde er mit dem Gesellschaftsvermögen über ihm völlig fremdes Vermögen disponieren.

Mir erscheint in diesem Zusammenhang auch das Argument von Relevanz, dass die Existenz der Gesellschaft letztlich – unbestritten – ohnehin in der Dispositionsfreiheit des Gesellschafters steht und dieser dabei nur gewisse Regeln zu beachten hat, die letztlich dem Schutze der Mitgesellschafter und der Gläubiger dienen und nicht der Gesellschaft selbst.

Ebenfalls auf das Innenverhältnis gestützt sind die Ausführungen *Schmidts*, der ebenfalls ein Sonderrechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sehen möchte und dem Gesellschafter im Zusammenhang mit dem Umgang des Gesellschaftsvermögens einer Insolvenzverursachungshaftung unterstellt.²⁵⁷

Im Gegensatz zu den Ausführungen *Wilhelms*, der auf eine Sorgfaltshaftung des Gesellschafters beim Umgang mit ihm fremden Vermögen abstellt, sieht *Ulmer* eine Treuepflicht zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wirken, die bei einem Verstoß eine Haftung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter auslösen würde.²⁵⁸

Auch dagegen wird argumentiert, dass der Gesellschaft an sich als Konstrukt noch kein eigenes Bestandsinteresse beizumessen sei und rechtliche Verpflichtungen und Schutzinstrumente nur gegenüber Gläubigern und Mitgesellschaftern bestünden. Eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft würde dabei genauso einen Umweg zum eigentlich gewünschten Ziel des Schutzes der Gläubiger darstellen wie die Annahme eines Eigeninteresses der Gesellschaft.²⁵⁹

Den Autoren, die eine Innenhaftung befürworten, stehen die Vertreter der Außenhaftung gegenüber. Dazu gehört etwa *Bitter*, der die teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung als Grundlage der Existenzvernichtungshaftung sieht. Alternativ dazu bietet er auch an, dass die Außenhaftung auf einen objektiven Missbrauch der Rechtsform der GmbH gestützt werden kann und erklärt, dass es im Ergebnis letztendlich egal ist, wie der Entfall der Haftungsbeschränkung aus diesem Anlass heraus begründet wird. Als Grundlage dafür wird die objektiv zweckwidrige Verwendung des Gesellschaftsvermögens gesehen. Die durch die teleologische

²⁵⁶ *Wilhelm*, NJW 2003, 179.

²⁵⁷ *Schmidt*, NJW 2001, 3577.

²⁵⁸ *Ulmer*, ZIP 2001, 2021.

²⁵⁹ *Lutter/Banerjee*, ZGR 2003, 436.

Reduktion entstandene Lücke soll mit einem Analogieschluss auf die Bestimmungen zur OHG nach den §§ 105, 128 HGB geschlossen werden.²⁶⁰

Eine Beurteilung der jeweiligen Situation soll nach dem Kriterium erfolgen, ob diese mit dem Grundprinzip der Haftungsbeschränkung tatsächlich nicht mehr vereinbar ist. Das Prinzip der Haftungsbeschränkung findet dabei auch darin Ausdruck, dass es eine angemessene Risikoverteilung zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger anstrebt und somit dem Gesellschafter die Spekulation mit Gesellschaftsvermögen auf Kosten der Gläubiger verbietet, dem Gesellschaftsgläubiger soll nicht das gesamte Insolvenzrisiko aufgebürdet werden.

Weiters wird dabei auch die Zweckgebundenheit des Vermögens betont, welche die gesamte Lebensdauer der GmbH aufrecht sein soll und als unabdingbare Voraussetzung für die Geltung des Haftungsprivilegs feststeht.²⁶¹

Ein davon abweichender Begründungsversuch wird von *Altmeyden* unternommen, der auf das Vorliegen von Vermögensvermischungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abstellt und darauf einen unmittelbaren Anspruch des Gläubigers gegen den Gesellschafter stützen möchte. Für Fälle, in denen eine solche Vermögensvermischung nicht mehr angenommen werden kann, da sich der Eingriff auf Vermögen, das nicht dem bilanziellen Kapitalbegriff entspricht, bezogen hat, solle eine Sorgfaltshaftung des Gesellschafters im Innenverhältnis greifen. *Altmeyden* verbindet diesen Ansatz mit einer Beweislastumkehr zugunsten des Gesellschaftsgläubigers.²⁶²

Dagegen wird argumentiert, dass beide Ansprüche, die *Altmeyden* hier in die Diskussion bringt, letztlich Innenhaftungsansprüche sind und nicht ersichtlich sei, warum aus diesen Außenhaftungsansprüche werden sollten. Weiters wird ähnlich wie bei *Wilhelms* Ansatz auch darauf verwiesen, dass es nicht sinnvoll sein kann, auf die Geschäftsführerhaftung abzustellen, wenn es letztlich um die Rechtsausübung des Gesellschafters geht.²⁶³

Ein anderer Ansatz baut auf der Frage, wie der Gesellschafter die Gesellschaft grundsätzlich beenden darf, auf. Schon in der Judikatur wurde darauf verwiesen, dass der Gesellschaft kein absoluter Bestandschutz zukomme, allerdings die Liquidation der Gesellschaft nur im Rahmen der Regeln des Insolvenzverfahrens ablaufen dürfe. Manche Autoren setzen bei dieser Feststellung an und weisen auf die vorrangige Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens auch im Liquidationsstadium der Gesellschaft hin.²⁶⁴

Die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter soll somit zwar die grundsätzliche

²⁶⁰ *Bitter*, WM 2001, 2133.

²⁶¹ *Bruns*, WM 2003, 820.

²⁶² *Altmeyden*, ZIP 2002, 1553.

²⁶³ *Lutter/Banerjee*, ZGR 2003, 436.

²⁶⁴ *Keßler*, Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter, GmbHR 2002, 950 ; *Goette*, ZHR 2002, Beiheft 70.

Existenz der Gesellschaft betreffen, die Art der Gesellschaftsbeendigung ist dabei allerdings gesetzlichen Vorgaben unterworfen und kann somit die Gesellschaft nicht auf eine Art normwidrig beendet werden, die die Gläubiger schlechterstellt als dies bei einer gesetzmäßigen Gesellschaftsabwicklung der Fall wäre. Der Rechtsmissbrauch der normwidrigen Abwicklung der Gesellschaft soll den Entfall des Trennungsprinzips zur Folge haben. Dem wird entgegengesetzt, dass die Folge der Umgehung der Vorschriften zur Liquidation der Gesellschaft letztlich die Anwendung der umgangenen Liquidationsvorschriften wäre, dies aber dann keinen Raum für die Haftung aus der Vernichtung der Existenz der Gesellschaft lassen würde.²⁶⁵

Zusammenfassend betrachtet scheint aus den angebotenen Ansätzen jener am zielführendsten, welcher sich auf die Durchbrechung des Trennungsprinzips mittels eines normzweckorientierten Ansatzes anstrebt. Durch die Aufhebung der Trennung von Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen entsteht eine Situation, welche jener einer Personengesellschaft vergleichbar ist und auch somit eine idente Haftungssituation zur Folge hat. Eine solche Herleitung orientiert sich letztendlich streng teleologisch am Willen des Gesetzgebers und macht somit eine Herleitung mit weiteren Analogieschlüssen überflüssig.

5.5. Resumee

Nunmehr sind mit Tatbestandsvoraussetzungen, Anspruchsgegnern und Art des Anspruchs die wichtigsten Elemente der Existenzvernichtungshaftung abgeklärt. In Deutschland hat sich somit seit nunmehr etwa fünf Jahren eine durchgängige Judikaturreihe zu diesem Phänomen herausgebildet sowie haben umfangreiche Beschäftigungen mit dieser Thematik in der Literatur stattgefunden. Auch wenn noch längst nicht alle Detailfragen zum Themenkreis der Existenzvernichtungshaftung geklärt sein mögen, so sind in Bezug auf die deutsche Rechtslage – wie dieser Überblick gezeigt hat – zumindest die wichtigsten Problemkreise herausgearbeitet und findet damit eine entsprechende Beschäftigung in der Jurisprudenz statt. Weiters ist das Prinzip der Existenzvernichtungshaftung als Lösungsmodell für gesellschaftsrechtliche Problemstellungen in der Judikatur etabliert und sind gegenwärtig auch keinerlei Anzeichen erkennbar, dass der deutsche Bundesgerichtshof von seiner Judikatur hinkünftig abweichen könnte.

Somit ist die Frage, ob und wie eine Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter auch im österreichischen Gesellschaftsrecht sinnvoll sein kann, wohl nur naheliegend. Der nächste Abschnitt soll dieser Untersuchung dienen.

²⁶⁵ Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 436.

6. Existenzvernichtungshaftung in Österreich?

6.1. Einleitung

Im vergangenen Kapitel wurde ein Überblick zur Rechtsprechung zur Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in Deutschland geboten. Bereits in den vorangegangenen Kapiteln wurde darauf eingegangen, dass die eigentliche, rechtliche Problemstellung aufgrund der Normähnlichkeit im deutschen und österreichischen Gesellschaftsrecht in den beiden Rechtsordnungen nahezu ident ist.

Das in der deutschen Literatur entwickelte Modell der Durchgriffshaftung wurde von der österreichischen Judikatur übernommen, da die rechtliche Problemstellung des Eingriffs des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen in Österreich nahezu ident ist. Fallgruppen, wann ein Haftungsdurchgriff möglich sein soll, wurden entwickelt.²⁶⁶ Insofern kann es natürlich nur sinnvoll sein, zu untersuchen, ob eine in Deutschland neu entwickelte Judikaturlinie zu diesem Rechtsbereich in Österreich auch zur Anwendung kommen sollte oder nicht.

Dazu ist eingangs nochmals festzuhalten, dass seit der Entscheidung "Bremer Vulkan", welche die Judikatur zur Existenzvernichtungshaftung in Deutschland begründete, nunmehr schon fünf Jahre vergangen sind. In der österreichischen Literatur blieb die Resonanz auf diese Entwicklung erstaunlicherweise gering. Neben der Arbeit *Koppensteiners*, die sich allerdings ohnedies weitgehend auf das deutsche Rechtssystem bezieht²⁶⁷, sind vor allem die Arbeiten *Schoppers* und *Artmanns*²⁶⁸ von Relevanz. Interessant ist allerdings, dass *Harrer* bereits vor fünfzehn Jahren, lange bevor es in Deutschland eine entsprechende Judikatur gab, die Problematik existenzvernichtender Eingriffe in Bezug auf das österreichische GmbH -Recht umriss.²⁶⁹ Die österreichische Literatur zu diesem Bereich ist dennoch spärlich.

In der Judikatur wurde zwischenzeitlich die Entscheidung "Salzburger Tourismusverband" getroffen²⁷⁰, dies in Bezug auf eine Fallkonstellation, die jenen, die in Deutschland Judikate zum Durchgriff aufgrund eines durch einen Gesellschafter gesetzten existenzvernichtenden Eingriffs zur Folge hatten, nicht unähnlich war. In dieser Entscheidung wurde die deutsche Judikatur nicht herangezogen, die Entscheidung anhand der in Österreich als Fallgruppe bereits anerkannten "faktischen Geschäftsführung" der Gesellschafter getroffen. Dennoch wurde die Türe in Richtung der Erweiterung der bisher in Österreich anerkannten Fallgruppen zur Durchgriffshaftung durch den OGH insofern offengelassen, indem

²⁶⁶ *Harrer*, Haftungsprobleme 126; *Jabornegg*, WBI 1989, 1; *Trefil*, Durchgriffshaftung 8; *Honsell*, JBI 1987, 146; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 30; OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

²⁶⁷ *Koppensteiner* in FS Honsell 609.

²⁶⁸ *Schopper*, GesRZ 2005, 176.

²⁶⁹ *Harrer*, Haftungsprobleme 126.

²⁷⁰ OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b.

der OGH anmerkte, diese seien noch nicht ausgelotet worden.

Der Frage, ob eine Existenzvernichtungshaftung in Österreich Berechtigung hat, kann man sich meines Erachtens indes vor allem auf zwei Ebenen nähern. Einerseits ist zu überprüfen, ob die gesetzliche Ausgangslage bzw. die rechtliche Problemstellung in Österreich zur deutschen tatsächlich in ausreichendem Maße ähnlich ist, um die Etablierung eines identen Haftungsregimes zu rechtfertigen. Andererseits ist auch danach zu fragen, ob entsprechende Fallkonstellationen nicht schon anhand der in Österreich bereits etablierten Fallgruppen gelöst werden könne, was die Formulierung einer neuen Fallgruppe der Durchgriffshaftung demnach unnötig machen würde.

Im Rahmen dieses Kapitels soll vorerst der österreichische Normenbestand überprüft werden, ob sich relevante Unterschiede in Bezug auf die gesetzliche Ausgangsposition in Deutschland ergeben. Das Augenmerk ist dabei auf sämtliche relevanten Normenbestände zu werfen, besonders aber auf die Bestimmungen zur Kapitalerhaltung in Österreich, da diese in engem Zusammenhang zur gegenständlichen Problematik stehen und sich dabei tatsächlich Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen ergeben. Weiters soll überprüft werden, ob tatsächlich Sachverhaltskonstellationen existieren, die anhand der bisher in Österreich bekannten Fallmodelle der Durchgriffshaftung nicht gelöst werden können bzw. auch nicht durch die Bestimmungen der Kapitalerhaltung bzw. das Eigenkapitalersatzrecht erfassbar sind. Daraus folgt auch die Betrachtung, wie die Durchgriffshaftung aufgrund erfolgter existenzvernichtender Eingriffe in Österreich dogmatisch gerechtfertigt werden könnte bzw. in welchem Umfang eine solche anzunehmen ist.

6.2. Vergleich des österreichischen mit dem deutschen Normenbestand

Bevor überprüft werden kann, in welchem Ausmaß sich entsprechende Regelungen in den beiden Rechtsordnungen decken, ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, welche gesetzlichen Regelungen in Deutschland das Modell der Existenzvernichtungshaftung rechtfertigen.

Zu den entsprechenden Normen gehört zweifellos das der GmbH immanente Trennungsprinzip, das in Deutschland in § 13 dGmbHG festgelegt ist, in Österreich mit § 61 öGmbHG geregelt. Die Tatsache, dass dem Gläubiger als Haftungsfonds lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht, macht Diskussion über einen Durchgriff auf den Gesellschafter erst notwendig.

Je nachdem, wie die Durchgriffshaftung auf eine dogmatische Grundlage gestellt werden soll, ist weiters zu prüfen, ob diese auch in Österreich in derartiger Weise vorhanden ist. Zu denken ist dabei an die Haftungsbestimmungen bei Personengesellschaften sowie an die Regelungen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft im Innenverhältnis sowie an die Bestimmungen zur Vermögensabwicklung der Gesellschaft.

Zu den Kapitalerhaltungsbestimmungen lassen sich die folgenden Betrachtungen anstellen: In Österreich ist als wesentlicher Grundsatz des GmbH-Rechts in § 82 Abs 1 GmbHG ein generelles Verbot der Einlagenrückgewähr normiert.²⁷¹

An die Gesellschafter ausgeschüttet werden darf in Österreich grundsätzlich nur der entsprechende Bilanzgewinn. Nachschüsse, die entsprechend den §§ 72 öGmbHG einer Gesellschaft als Investitionsdarlehen gewährt wurden, können an die Gesellschafter unter Beachtung strenger Formalvorschriften zurückgeführt werden, sofern sie nicht zur Verlustabdeckung der Gesellschaft erforderlich sind. Im Rahmen einer Kapitalherabsetzung können Kapitalanteile an die Gesellschafter rückgeführt werden. Sonstige Leistungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft haben sich am Drittvergleich zu orientieren, sind somit nur dann zulässig, wenn diese in gleicher Weise auch zwischen der Gesellschaft und einem Dritten im Gegenzug für eine entsprechende Leistungserbringung erfolgt wären.

Weiters ist es zulässig, dass in die Gesellschaft eingebrachte Einlagen nach Abwicklung der Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter rückgeführt werden. Dazu gibt es Ausnahmen vom Verbot der Einlagenrückgewähr im Verschmelzungs-, Umgründungs- und Spaltungsrecht der Gesellschaften, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.²⁷²

Das österreichische Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst somit das gesamte Vermögen einer Kapitalgesellschaft, einschließlich bilanzieller Rücklagen, Gewinnvortrag und stiller Reserven. Bilanzgewinn darf an die Gesellschafter einer GmbH nur ausgeschüttet werden, wenn dieser ordnungsgemäß festgestellt und zur Verteilung freigegeben wurde.²⁷³

Bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wird zwischen offenen und verdeckten Verstößen unterschieden. Von offenen Verstößen gegen das Prinzip der Einlagenrückgewähr wird gesprochen, wenn es zu einem offenen Vermögensabfluss von der Gesellschaft in Richtung eines Gesellschafters ohne irgendeine Gegenleistung kommt. Dagegen werden als verdeckte Formen der Einlagenrückgewähr jene Vorgänge eingestuft, bei denen eine entsprechende Transaktion in das "Kleid eines Umsatzgeschäftes" im normalen Geschäftsverkehr gekleidet wird. Als verbotene Einlagenrückgewähr wird in diesem Fall jeder Vorgang beurteilt, bei dem es zu einer Vermögensverschiebung zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens kommt.²⁷⁴

Als Beispiel für verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kommen typischerweise Vorgänge in Frage, in denen seitens eines Gesellschafters zwar eine Gegenleistung gegenüber der Gesellschaft erbracht wird, diese allerdings zu einer Gegenleistung der Gesellschaft führt, welche einen höheren Wert als marktüblich für eine solche Leistung erbracht wird, aufweist. Als Beispiele dafür sind etwa zu nennen: Ankauf von Gegenständen aus dem Privatvermögen des

²⁷¹ Mader, Kapitalgesellschaften (2002) 38; Böhler, ÖBA 2004, 433; Schopper, ecolex 2006, 215; Hoenig/Stingl; GesRZ 2007, 23; Wenger, RWZ 2005/97; Krejci, WBI 1993, 269.

²⁷² Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152.

²⁷³ Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152.

²⁷⁴ Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152.

Gesellschafter durch die Gesellschaft zu einem überhöhten Preis; Leistungen der Gesellschaft oder Überlassung von Gegenständen aus dem Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter zu einem überhöhten Preis, Besicherung eines durch den Gesellschafter aufgenommenen Kredit durch die Gesellschaft ohne Rechtsgrund; Bezahlung überhöhter Gehälter für Arbeitsleistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft; Bezahlung überhöhter Darlehenszinsen an den Gesellschafter für einen der Gesellschaft gewährten Kredit. Auch die unentgeltliche Überlassung immaterieller Güter der Gesellschaft an den Gesellschafter ohne angemessene Gegenleistung kann schon ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen. Ein Beispiel dafür ist etwa die unentgeltliche Überlassung des Kundenstocks der Gesellschaft an den Gesellschafter für dessen Zwecke.²⁷⁵

Letztlich sind somit alle objektiv unbegründeten Besserstellungen des Gesellschafters gegenüber anderen Kontrahenten auf Kosten der GmbH untersagt.²⁷⁶

Einig ist man sich in der Literatur auch darüber, dass dazu, um eine dem Verbot der Einlagenrückgewähr entsprechende Handlung zu setzen, es nicht notwendig ist, dass auf Seiten der Handelnden ein subjektiv vorwerfbares Verhalten vorhanden ist. Da es im gegebenen Zusammenhang nicht darum geht, bestimmte Handlungsweisen auf Seiten der Gesellschaftsverantwortlichen zu disziplinieren sondern letztendlich darum, den Gesellschaftsgläubigern einen entsprechenden Haftungsfonds-unabhängig vom Schuldgedanken – zu sichern, kann das entscheidende Element nicht darin bestehen, die subjektive Verantwortung der Gesellschafter zu überprüfen.²⁷⁷

Allerdings tun sich bei diesem Ansatz gewisse Abgrenzungsprobleme auf. Letztendlich würde eine solcher Ansatz – bis in die letzte Konsequenz verfolgt – ja auch bedeuten, dass es niemals für einen Gesellschafter einer GmbH möglich wäre mit einer Gesellschaft ein für ihn vorteilhaftes bzw. günstiges Geschäft abzuschließen. *Krejci* möchte hier auf die ordentliche Sorgfaltspflicht des Organwalters der GmbH abstellen und je für den entsprechenden Einzelfall überprüfen, ob die entsprechenden Sorgfaltsprinzipien beim Eingehen des jeweiligen Geschäfts durch den Organwalter beachtet wurden. Es ist weiters zu überprüfen, ob die Leistung zum entsprechenden Zeitpunkt aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt gewesen ist oder nicht..²⁷⁸

Festzuhalten bleibt sicherlich, dass die Abgrenzung, wann es sich um eine Form der verdeckten Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter und wann bloß um ein für diesen vorteilhaftes Geschäft handelt mit Sicherheit nicht einfach ist. Tatsächlich wird man wohl wirklich nach den Umständen des Einzelfalles urteilen und jeweils unter Betrachtung der Ausgangslage zu urteilen haben, ob eine entsprechender Geschäftsabschluss zwischen Gesellschaft und Gesellschafter seitens der Verantwortlichen der Gesellschaft sorgfaltswidrig erfolgt ist.

²⁷⁵ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2003, 152; *Hoenig/Stingl*, *GesRZ* 2007, 23.

²⁷⁶ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2003, 152; *Wenger*, *RWZ* 2005/97.

²⁷⁷ *Krejci*, *Wbl* 1993, 269.

²⁷⁸ *Krejci*, *Wbl* 1993, 269.

Die österreichische Situation in Hinblick auf die der Kapitalerhaltung dienenden Grundsätze des Verbots der Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter lassen sich demnach folgendermaßen zusammenfassen:

Vom Verbot ist prinzipiell nicht nur das Gesellschaftsvermögen, welches zur Erhaltung des nominellen Stammkapitals der Gesellschaft notwendig ist, erfasst sondern erstreckt sich dieses auf das gesamte Vermögen der Gesellschaft und bezieht auch Rücklagen und Reserven ein.²⁷⁹ Von der Verteilung des Bilanzgewinns im dafür vorgesehenen Verfahren abgesehen ist eine Vermögensrückführung an die Gesellschafter nur möglich, wenn eine solche einem Drittvergleich entspricht.

Vergleicht man dazu die deutschen Bestimmungen zur Kapitalerhaltung, die denselben Schutzzweck verfolgen, so lassen sich doch erhebliche Unterschiede festmachen. Nach deutschem Recht umfasst der Grundsatz der verbotenen Rückgewähr etwa nur jenes Vermögen, das zur Deckung der nominellen Stammkapitalziffer notwendig ist. Darüberhinausgehendes Vermögen kann grundsätzlich an den Gesellschafter rückgeführt werden, die Bewertung erfolgt dabei mit Hilfe einer Zwischenbilanz, stille Reserven dürfen allerdings nicht ausgeschüttet werden.²⁸⁰

§ 30 dGmbHG beschränkt den Kapitalschutz damit im Gegensatz zum österreichischen Recht in zweierlei Hinsicht: Während das österreichische Recht nur darauf verzichtet, dass Kapital in seiner Zusammensetzung zu schützen, verzichtet die deutsche Rechtslage auch auf einen Schutz jenes Vermögens, das die Nominalkapitalziffer überschreitet, dem Werte nach.

Auch in der höchstgerichtlichen, deutschen Judikatur wird immer wieder betont, dass jenes Gesellschaftsvermögen, welches über den gesetzlichen Stammkapitalbetrag hinaus erwirtschaftet wurde, keinem Schutz unterliegt und der freien Verfügung der Gesellschafter untersteht

Von dieser Unterscheidung abgesehen, sieht wie die österreichische Rechtslage auch die deutsche Situation vor, dass Leistungen, die einem Drittvergleich standhalten, nicht der Rückgewährspflicht unterliegen. In der deutschen Rechtslage werden solche Leistungen als "bilanzneutrale Leistungen" bezeichnet.²⁸¹

Tatsächlich bleibt als wesentliche Abweichung zwischen österreichischer und deutscher Rechtslage, dass nach österreichischem Recht auch jener Teil des Gesellschaftsvermögens nur dann an die Gesellschafter ausgeschüttet werden darf, wenn sich dieser als Bilanzgewinn darstellt und die entsprechenden verfahrensrechtlichen Schritte zur Gewinnverteilung eingehalten wurden.²⁸²

²⁷⁹ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152; Böhler, *ÖBA* 2004, 433.

²⁸⁰ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152.

²⁸¹ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152; Hoenig/Stingl, *GesRZ* 2007, 23; Wenger, *RWZ* 2005/97; Schummer, *Entwicklung und Stand im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen*, *ÖJZ* 1996, 241; Harrer, *Das neue Eigenkapitalersatzrecht*, *WBI* 2004, 201.

²⁸² Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152.

Vergleicht man somit österreichische und deutsche Rechtslage zur Kapitalerhaltung so lässt sich zusammenfassend feststellen: So groß sind die Unterschiede an sich nicht. Wenn somit in Deutschland offenbar ein Bedarf nach einem Instrument wie der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe besteht, so müssten in der österreichischen Rechtsordnung schon gravierende Umstände gegen ein solches Modell sprechen, damit es grundsätzlich abzulehnen ist. Die Lösung dieser Frage kann letztendlich nur in der Untersuchung des Schutzzwecks der Existenzvernichtungshaftung liegen, der dahingehend gerichtet ist, eventuelle Lücken, welche die Kapitalerhaltungsvorschriften aufweisen, mit Hilfe eines Durchgriffs gegenüber den Gesellschaftern zu schließen.

Alleine aufgrund des Vergleichs der Bestimmungen zur Kapitalerhaltung kann somit nicht abschließend festgehalten werden, ob der Judikatur zur Existenzvernichtungshaftung in Österreich ein Raum einzuräumen ist oder nicht.

6.3. Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung in Österreich?

6.3.1. Reaktionen auf die Haftung aus existenzvernichtenden Eingriffen in der österreichischen Literatur

Grundsätzlich steht aufgrund der oben angeführten Erwägungen nun fest, dass sich die österreichische von der bundesdeutschen Rechtslage in Bezug auf jene juristischen Umstände, die das Modell der Existenzvernichtungshaftung notwendig machen, kaum unterscheidet. Auch in Österreich bestehen grundsätzlich die selben Probleme in Hinblick auf die Haftungsbeschränkung bei der GmbH, die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter auf die Gebarung der GmbH und die mangelnden Schutzmechanismen, die die Kapitalerhaltungsgrundsätze sowie das Eigenkapitalersatzrecht in dieser Hinsicht bieten.

Dennoch ist die Resonanz in der Literatur auf das Modell der Existenzvernichtungshaftung bislang dürftig geblieben. In Österreich sind seit der Entscheidung Bremer Vulkan nur wenige Artikel erschienen, die sich ausdrücklich mit dem Gebiet der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe befassen. In seinem Beitrag "Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich"²⁸³ zeigt Schopper einen vorsichtig positiven Ausblick auf die Möglichkeit der Annahme einer Durchgriffshaftung bei existenzvernichtenden Eingriffen in Österreich. Dabei wird aber auch betont, dass der Anwendungsspielraum der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in Österreich geringer als in Deutschland sein dürfte.

Begründet wird dies sowohl damit, dass in Deutschland einerseits nur das Stammkapital im Sinne der Kapitalerhaltung umfassend geschützt ist während sich dieser Schutz in Österreich auf das gesamte Kapital einer Gesellschaft erstreckt, andererseits in Österreich auch Vorgänge als Verstoß gegen das Verbot der

²⁸³ Schopper, GesRZ 2005,176.

Einlagenrückgewähr an die Gesellschaft gewertet werden, die in Deutschland nach den Kapitalerhaltungsprinzipien noch zulässig sind. Als Beispiel dafür werden etwa der Entzug von Geschäftschancen oder die Bestellung von Sicherheiten gewertet.²⁸⁴

Demnach soll nach *Schopper* die Existenzvernichtungshaftung zwar einen gewissen Anwendungsbereich in Österreich haben, dieser soll sich aber auf Fälle beschränken, in denen entzogenes "Kapital" nicht im Rahmen des Verbots der Einlagenrückgewähr durch die Gesellschaft vom Gesellschafter zurückgefordert werden kann. Als Anwendungsmöglichkeiten bieten sich nach *Schopper* demnach vor allem die Einschränkung des betrieblichen Operationsgebiets, der Abzug personeller Ressourcen oder die Änderung bzw. Auflösung von Produktionslinien.²⁸⁵

Letztlich lassen sich diese Anwendungsmöglichkeiten der Durchgriffshaftung als durch den Gesellschafter verursachte betriebswirtschaftliche Dispositionsentscheidungen, die keinen bilanzwirksamen Kapitalentzug zur Folge haben, dennoch aber die Leistungs- und Existenzfähigkeit der GmbH entscheidend einschränken, beschreiben.

Sehr skeptisch wird hingegen die Anwendungsmöglichkeit des Modells der Existenzvernichtungshaftung durch *Artmann* beurteilt.²⁸⁶ In *Artmanns* Ausführungen wird einerseits dargelegt, dass sich schon jene Fälle, die in Deutschland mit der Judikatur zur Existenzvernichtungshaftung gelöst wurden, mit den Regelungen zu § 30 dGmbHG, dem Verbot der Einlagenrückgewähr, hätten lösen lassen. Dabei scheint allerdings übersehen zu werden, dass die deutsche Rechtslage im Gegensatz zu den österreichischen Regelungen eben nur das Stammkapital schützt. Insofern wären die Fälle "Bremer Vulkan" oder "TBB" entgegen diesen Ausführungen wohl keineswegs mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu lösen gewesen.

Weiterfolgend führt *Artmann* aus, dass die österreichische Regelung, die Bestimmung des § 82 öGmbHG, eben einen noch umfassenderen Anwendungsraum habe als die deutsche Schwesterregelung und daher ohnehin so gut wie alle in Frage kommenden Fallkonstellationen mittels Anwendung der Kapitalerhaltungsbestimmungen in Österreich zugunsten der Gesellschaften und letztendlich des Gläubigerschutzes lösbar wären. Selbst die Konstellation der sogenannten "Aschenputtelgesellschaft", dass innerhalb einer Konzernstruktur Risiko- bzw. Verlustsegmentierung betrieben werde, würde sich recht problemlos dadurch lösen lassen, dass man auch hier eine verbotene Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter angenommen werden könne, da dieser ein Risiko abgebe ohne dass er dafür eine Gegenleistung erbringen müsse.²⁸⁷

Auch hierzu ist allerdings anzumerken, dass es wohl im Falle von vorgenommenen Risikosegmentierungen wohl schwierig nachzuvollziehen sein wird, dass tatsächlich

²⁸⁴ *Schopper*, GesRZ 2005, 176.

²⁸⁵ *Schopper*, GesRZ 2005, 176.

²⁸⁶ *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87.

²⁸⁷ *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87.

einer Gesellschaft ohne Gegenleistung des Gesellschafters ausschließlich ein Risiko aufgebürdet wurde, da es einem Risiko prinzipiell wesenseigen ist, dass einer Verlustmöglichkeit eben auch Chancen gegenüberstehen, insoferne eine solche Risikoverlagerung wohl nicht mit einem gegenleistungslosen Vermögenszufluss an den Gesellschafter gleichgesetzt werden kann.

Sachverhalte, welche sich nicht über die Kapitalerhaltungsbestimmungen lösen lassen, möchte *Artmann* – nach Vorgabe der Entscheidung Eumig²⁸⁸ – über § 159 StGB als Schutzgesetz lösen.

Da dieses Modell der "faktischen Geschäftsführung" ohnehin ein in Österreich bereits anerkanntes Anwendungsmodell der Durchgriffshaftung ist, wird demnach zu überprüfen sein, wo sich zwischen einer eventuellen Existenzvernichtungshaftung und dem Modell der faktischen Geschäftsführung Überlappungen finden können.

Eine Fachkontroverse um die Anwendbarkeit des Modells der Durchgriffshaftung hat sich im Laufe des Jahres 2006 entwickelt. Ausgehend von einem Artikel *Torggler*²⁸⁹ folgte eine juristische Auseinandersetzung mit *Koppensteiner* zur Berechtigung des Haftungsdurchgriffs in der österreichischen Rechtsordnung im allgemeinen sowie zu jenem aufgrund existenzvernichtender Eingriffe im besonderen. *Torggler* bestreitet die Berechtigung des Haftungsdurchgriffs grundsätzlich deshalb, weil sich die entsprechenden Haftungsprobleme in der österreichischen Rechtsordnung ohnedies aufgrund sonstiger Bestimmungen lösen ließen. Fälle qualifizierter Unterkapitalisierung wären etwa anhand der Bestimmung des § 1295 Abs 2 ABGB zur Sittenwidrigkeit lösbar.²⁹⁰ Hinsichtlich von Missbräuchen der Gesellschafter hinsichtlich der Leitungsmacht sei § 159 StGB in Verbindung mit 1311 anwendbar, aufgrund des Tatbestands des „Rechtsformenmissbrauchs“ sei ohnehin kein eigenständiger Anwendungsbereich für einen Haftungsdurchgriff erkennbar. Weiters kritisch betrachtet wird vor allem die Entstehung der „Existenzvernichtungshaftung“, die aus Defiziten des Kapitalerhaltungssystems herrühre, wobei hinsichtlich einer besseren Kapitalerhaltung der „Wunsch Vater des Gedankens“, das Modell der Existenzvernichtungshaftung in Wahrheit nämlich kein rechtsdogmatisch sondern ein rechtspolitisch indiziertes sei.²⁹¹ Vor allem aufgrund der umfassenderen Kapitalerhaltungsbestimmungen bestehe im österreichischen Recht keine Notwendigkeit, das Modell der Existenzvernichtungshaftung anzuwenden.²⁹²

Eine strikte Gegenposition zur Auffassung *Torggler* nimmt hingegen *Koppensteiner* ein, der sich als Befürworter des Haftungsdurchgriffs präsentiert.²⁹³ Die Herleitung der Durchgriffshaftung aufgrund des Tatbestands des existenzvernichtenden begründet *Koppensteiner* anhand einer teleologischen Reduktion des § 61 Abs 2

²⁸⁸ *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87.

²⁸⁹ *Torggler*, JBI 2006, 85.

²⁹⁰ *Torggler*, JBI 2006, 85.

²⁹¹ *Torggler*, JBI 2006, 96.

²⁹² *Torggler*, JBI 2006, 96.

²⁹³ *Koppensteiner*, JBI 2006, 681.

GmbHG. Gegen die Anwendbarkeit des § 159 StGB als Schutzgesetz wird vor allem ins Treffen geführt, dass diese Bestimmung einen – auch aus der erfolgten Novellierung herrührenden – engen Anwendungsbereich habe und sich hinsichtlich von Analogieschlüssen die Problematik des Analogieverbotes im Strafrecht ergeben würde. Hinsichtlich der Bestimmungen über die verbotene Einlagenrückgewähr verweist *Koppensteiner* darauf, dass die auftretenden Haftungsprobleme durch diese nicht lösbar seien, schon alleine deshalb, da ein entsprechend entstandener Schaden oft nicht alleine durch Rückzahlung des entzogenen Kapitals kompensiert werden könnte.²⁹⁴ Hinsichtlich des Arguments der Lösung derartiger gesellschaftsrechtlicher Sachverhalte über die zivilrechtlichen Bestimmungen zur Sittenwidrigkeit wird ins Treffen geführt, dass eine entsprechende Anwendung nur unter Hinzuziehung gesellschaftsrechtlicher Wertungen möglich sei.²⁹⁵

Der entsprechende Artikel *Koppensteiners* wurde nun umgekehrt wieder von *Torggler* zum Anlass einer Replik genommen.²⁹⁶ In dieser Replik wiederholt und vertieft der Autor nochmals seine Argumente hinsichtlich der Lösung entsprechender Sachverhalte mit den Ansätzen einer Lösung über die Tatbestände der §§ 159 StGB iVm § 1311 ABGB. Die analoge Anwendung des § 159 StGB im Sinne einer Schutzvorschrift im Zivilrecht sei problemlos, auch nicht durch das Analogieverbot im Strafrecht erfasst.²⁹⁷ Insbesondere wendet sich *Torggler* auch dagegen, dass zwischen Haftungsbeschränkung und Gesellschafterhaftung ein Verhältnis bestehe, dass Platz für die Annahme einer Haftung aufgrund eines existenzvernichtenden Eingriffs lasse.²⁹⁸

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sich so doch noch eine interessante Fachkontroverse auch in der österreichischen Literatur zum Thema der Existenzvernichtungshaftung ergeben hat, an der sich in durchaus anschaulicher Form die Für und Wider der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe auch für die österreichische Rechtsordnung darstellen lassen.

Prinzipiell ist aber dennoch festzustellen, dass die österreichische Literatur bislang sehr vorsichtig auf die Haftung aus existenzvernichtenden Eingriffen reagiert hat. Nachdem nun oben festgehalten wurde, dass die tatsächlichen Unterschiede in österreichischer und deutscher Rechtslage offenkundig nur Einzelbereiche betreffen – vor allem den Umfang der Kapitalerhaltungsregeln – stellt sich die Frage, ob dies tatsächlich schon dazu führt, dass dieses Modell in Österreich keinerlei Anwendung finden kann.

²⁹⁴ *Koppensteiner*, JBI 2006, 693.

²⁹⁵ *Koppensteiner*, JBI 2006, 694.

²⁹⁶ *Torggler*, Replik zu *Koppensteiner*, JBI 2006, 681.

²⁹⁷ *Torggler*, JBI 2006, 684.

²⁹⁸ *Torggler*, JBI 2006, 684.

6.3.2. Subsidiarität zu den Kapitalerhaltungsregeln im österreichischen Recht

Grundsätzlich festzuhalten ist, dass der in der deutschen Judikatur entwickelte Grundsatz, dass eine Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe nur subsidiär zu den Kapitalerhaltungsbestimmungen Anwendung finden kann, auch für das österreichische Recht Geltung besitzen muss. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist in § 82 Abs 1 GmbHG ausdrücklich geregelt. Eine Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter aufgrund existenzvernichtender Eingriffe ließe sich nur anhand einer teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung bei der GmbH sowie einer analogen Heranziehung der Haftungsregeln der Personengesellschaften lösen.

Falls allerdings ein bestimmter Sachverhalt ohnedies aufgrund gesetzlich ausdrücklich festgelegter Normen gelöst werden kann, besteht kein Anlass, über einen Analogieschluss gleichartige Rechtsfolgen herzuleiten. Daneben ist weiters zu bedenken, dass der Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsregeln im österreichischen Recht tatsächlich etwas weitergehend als im deutschen Normenbestand ist. Ein Anwendungsspielraum für eine Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe käme somit in Österreich zunächst dort in Betracht, wo existenzvernichtende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen nicht über eine Heranziehung der Kapitalerhaltungsregeln gelöst werden können. Um den Anwendungsspielraum abzustecken, ist es somit wohl am sinnvollsten, die in Deutschland entwickelte Definition des existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen mit der Anwendungsbreite der österreichischen Kapitalerhaltungsregeln zu vergleichen und somit eventuelle Überlappungen und Lücken festzustellen.

Der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs, an den eine Durchgriffshaftung anschließen soll, wird ausgehend von der deutschen Judikatur an zwei Tatbestandselemente geknüpft: Einerseits soll in einer Form, die "die gebotene Rücksicht des Gesellschafters auf die Belange der Gesellschaft vermissen lässt" in das Gesellschaftsvermögen eingegriffen werden. Als Folge aus diesem Verhalten soll die Unfähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen, sprich deren Insolvenz, stehen.²⁹⁹ In der Beziehung zu den österreichischen Kapitalerhaltungsregeln ist für uns vor allem das erste Tatbestandselement von Interesse.

In der deutschen Literatur werden etliche Beispiele genannt, welcher Gestalt ein solcher Eingriff sein kann. Dabei wird einerseits auf die besonders konzernrelevante Konstruktion sogenannter GmbH- Stafetten verwiesen, den konzerninternen Abzug von Vermögen einer Tochtergesellschaft mittels drakonischem Cash-Management.³⁰⁰ Dieser Problematik soll im Rahmen der konzernspezifischen Betrachtung entsprechender Raum gewidmet werden.

²⁹⁹ Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 413.

³⁰⁰ Bruns, WM 2003, 820.

Zudem wird der Eingriff in Vermögenswerte und Ressourcen der Gesellschaft, die nicht dem bilanziellen Kapitalbegriff entsprechen, genannt. Dazu gehören der Abzug nötiger Personalreserven, die Einstellung von Betriebs- oder Produktionsstätten, die Entnahme von Produktionsmitteln, die Kreditgewährung ohne angemessene Gegenleistungen, die Streichung wichtiger Unternehmensbereiche (etwa Forschung), die Einstellung sinnvoller Produktlinien, der Abschluss besonders nachteiliger Vertragsbeziehungen oder die Übertragung von Verlustgeschäften auf eine GmbH innerhalb eines Konzerns.³⁰¹ Hinzugezählt werden weiters der Eingriff in die Geschäftschancen der Gesellschaft oder die Übernahme von Geschäften mit übergroßen Risiken.³⁰² All diese Form der Geschäftsführung werden durch *Lutter* als "Strategien zum Tod der Gesellschaft" bezeichnet³⁰³.

Als häufig auftretende grundsätzliche Fallkonstellation wird auch der Problemkreis der sogenannten Kostenexternalisierung gesehen, das Prinzip, dass risikoträchtige Teile der Betriebstätigkeit durch einen Unternehmer in eine separate Gesellschaft ausgelagert werden und dort letztendlich das Risiko auf die Gesellschafter abgewälzt wird.³⁰⁴

Grundsätzlich lässt sich somit zusammenfassend festlegen, dass der Begriff des existenzvernichtenden Eingriffs aus der deutschen Judikatur nicht nur jene Fälle erfasst, in denen bilanzrelevantes Vermögen aus einer Gesellschaft abgezogen wird sondern auch jene, in denen die Existenzvernichtung durch einen Gesellschafter durch Einflussnahme auf die operative Tätigkeit der Gesellschaft erfolgt.

Betrachtet man nun das Verbot der Einlagenrückgewähr als Ausfluss der österreichischen Kapitalerhaltungsregeln so ist von der grundsätzlichen Ausrichtung her zu sagen, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr sämtliche Vermögenstransfers zwischen Gesellschaft und Gesellschafter umfasst, auch dann wenn dieser Vermögenstransfer in den "Mantel eines Umsatzgeschäftes gekleidet wird".³⁰⁵

Die Definition des Verbots der Einlagenrückgewähr umfasst somit – wie oben bereits beschrieben – offene und verdeckte Vermögenstransfers an den Gesellschafter. Beispiele für verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wurden oben bereits genannt. Festzuhalten bleibt dazu nun aber, dass eben gerade diese Definition auch eine nicht unwesentliche Einschränkung des Schutzbereichs des Verbots der Einlagenrückgewähr mit sich bringt. Es sollen nämlich eben nur Vermögenstransfers, die zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wirken, durch das Verbot der Einlagenrückgewähr umfasst werden. Das bedeutet somit, dass Sachverhalte, in denen die Existenz der Gesellschaft durch andere Vorgänge als unmittelbar zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wirkende Vermögensflüsse gefährdet bzw. letztendlich vernichtet wird, nicht unter die Regelungen zur verbotenen Einlagenrückgewähr fallen. Zu denken ist dabei etwa an jegliche

³⁰¹ *Bruns*, WM 2003, 820.

³⁰² *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 413.

³⁰³ *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 413.

³⁰⁴ *Bitter*, WM 2001, 2137.

³⁰⁵ *Reich-Rohrwig*, ecolex 2003, 152.

Vermögensflüsse an Dritte, welche der Gesellschafter durch seine Einflussnahme verursacht. Nicht in den Schutzbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr fallen somit Sachverhalte, in denen zwar kein Vermögen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter fließt, der Gesellschafter durch seine Einflussnahme auf die Geschäftsgebarung der Gesellschaft, die Existenz der Gesellschaft zerstört und diese "abdreht".

Dies entspricht eben dem Prinzip, dass auch Vermögensflüsse zwischen Gesellschaft und Drittpersonen – außer es handelt sich hierbei um einen verdeckten Fluss von Vermögen an den Gesellschafter – nicht durch die Kapitalerhaltungsregeln betroffen sind. Die Ausschüttungssperre regelt somit nur den Verkehr zwischen Gesellschaft und Gesellschafter und lässt den Geschäftsverkehr mit Dritten unberührt.³⁰⁶

Gerade aus diesem Prinzip lässt sich nun prinzipiell ableiten, in welchen Bereichen in Österreich eine Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen trotz der Subsidiarität zu den Kapitalerhaltungsbestimmungen sinnvoll sein könnte. Einflussnahmen des Gesellschafters auf das operative Tagesgeschäft unterliegen in Österreich nicht den Kapitalerhaltungsregeln, können aber dennoch den Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen, so wie er in der deutschen Judikatur definiert wird, erfüllen.

Dieses Prinzip wurde auch durch die Autoren, welche sich in Österreich bislang mit der Existenzvernichtungshaftung auseinandersetzen, entsprechend berücksichtigt. Als Beispiele für solche Eingriffe, die dem Verbot der Einlagenrückgewähr nicht unterliegen und dennoch ein Tatbestand im Sinne der Existenzvernichtungshaftung sein können, sind etwa folgende Vorgänge zu nennen: Die Einschränkung des Betriebsgebiets einer Unternehmung, die Verlagerung eines Teils der Produktion in andere Gesellschaften, der Abzug personeller Ressourcen oder ein allgemeiner Entzug des Betätigungsfeldes.³⁰⁷

Dies sind letztlich allerdings nur Beispiele für solche Vorgänge, die sich unter den Begriff des existenzvernichtenden Eingriffs subsumieren lassen. Die Reihe an Beispielen ließe sich mit betriebswirtschaftlichen Maßnahmen aller Art fortsetzen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass gerade bei diesen Maßnahmen streng zu prüfen sein wird, ob die allgemeinen Voraussetzungen, um einen existenzvernichtenden Eingriff anzunehmen, auch erfüllt sind. Hinzuweisen ist auf die wichtige Abgrenzung zu bloßen Fehlern im Managementbereich, die für sich keine Haftung nach sich ziehen sollen.

Wichtig ist jedenfalls, dass auch die oben genannten betriebswirtschaftlichen Maßnahmen schon mit dem Ziel gesetzt werden müssen, der Gesellschaft ihre existentielle Grundlage zu rauben und diese in die Zahlungsunfähigkeit zu führen.

Zusammenfassend ist somit in einem ersten Schritt festzuhalten: Ein Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung ist jedenfalls dort vorhanden,

³⁰⁶ *Trefil*, Durchgriffshaftung 8.

³⁰⁷ *Schopper*, GesRZ 2005, 176; *Artmann in Kalls-Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 90.

wo in strenger Subsidiarität zu den Kapitalerhaltungsbestimmungen ein Sachverhalt, welcher der Definition des existenzvernichtenden Eingriffs entspricht, nicht durch die Regelung zur verbotenen Einlagenrückgewähr im Sinne des Gläubigerschutzes gelöst werden kann. Dies trifft vor allem auf betriebswirtschaftliche Dispositionsmaßnahmen zu, die nicht in einem Vermögenstransfer zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehen und dennoch der Gesellschaft existentielle Substanz entziehen. Bei Betrachtung dieser Vorgänge ist aber jedenfalls insofern Vorsicht geboten, als vor allem auch auf der subjektiven Seite des eingreifenden Gesellschafters entsprechende Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen und nicht jeder Fehler im betriebswirtschaftlichen Management eine Durchgriffshaftung nach sich ziehen darf.

6.3.3. Finanzierung der Gesellschaft mit Fremdkapital und existenzvernichtende Eingriffe

Eine interessante Verbindung lässt sich zwischen Prinzipien des Eigenkapitalersatzrechts und der Existenzvernichtungshaftung herstellen. Grundgedanke ist dabei, dass es – über das Stammkapital hinaus – keinerlei Verpflichtung der GmbH - Gesellschafter gibt, eine Gesellschaft im angemessenen Ausmaß mit Eigenkapitalmitteln auszustatten.³⁰⁸

Letztlich ist es somit denkbar, dass die Gesellschafter einer GmbH diese ausschließlich mit dem Stammkapital ausstatten, dieses für sich aber keineswegs ausreichend ist, die operative Tätigkeit der Gesellschaft auch nur annähernd zu finanzieren. Die Folge ist, dass ein Großteil der Tätigkeit der Gesellschaft durch Kredite finanziert wird bzw. notwendiges Anlagevermögen mittels Nutzungsüberlassungen in die Gesellschaft eingebracht wird.

Sofern diese Kredite bzw. Nutzungsüberlassungen aus der Sphäre der GmbH-Gesellschafter kommen, sind jedenfalls die Regelungen des Eigenkapitalersatzrechts beachtlich und ist zu überprüfen, ob solche Vorgänge unter das Eigenkapitalersatzrecht subsumierbar sind. Kompliziert wird das ganze dadurch, dass es in Österreich ein Eigenkapitalersatzgesetz gibt, welches die durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung in Rechtsfortbildung entwickelten Prinzipien zum Teil abgelöst hat.³⁰⁹

Das gewisse Paradoxon in Bezug auf das EKEG liegt darin, dass die bis dahin durch Rechtsfortbildung im Rahmen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung geschaffenen Regelungen durch die neue gesetzliche Regelung von ihrer Reichweite her eingeschränkt wurden. Die Einschränkungen, welche das EKEG mit sich gebracht hat, betreffen sowohl den Adressatenkreis der Gesellschafter als auch die Vorgänge,

308 OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; Schopper, GesRZ 2005, 176; Birkner/Pramberger, DZIK 1999, 89; Wenger, RWZ 2005, 97; K.Schmidt, JZ 1984, 771.

309 Schmidt, GesRZ 2004, 75; Schummer, GesRZ 2000, 246, Dellinger, ecolex 2002, 329; Bauer, GeS 2003, 109; Reich-Rohrwig, ecolex 2004, 106, Harrer, Wbl 2004, 201; Zehetner/Zehetner, GBU 2004/02/08.

welche durch die Regelungen des Eigenkapitalersatzrechts erfasst werden sollen.

Zur Einschränkung des Adressatenkreises ist anzumerken, dass aufgrund der neuen gesetzlichen Regelungen von den Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts nach § 5 EkeG überhaupt nur mehr Gesellschafter betroffen sind, die entweder über eine Beteiligung von mindestens 25 Prozent am Kapital der Gesellschaft verfügen oder eine "kontrollierende Beteiligung" besitzen. Weiters sollen auch Gläubiger, die einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, auf die Gesellschaft ausüben, von den Rechtsfolgen des EkeG erfasst werden. In diesem Fall muss der entsprechende Gläubiger gar nicht Gesellschafter sein, ein entsprechender Einfluss auf die Gesellschaft ist ausreichend.³¹⁰

Um Umgehungsmöglichkeiten zu verhindern enthält das EkeG auch Regelungen betreffend die Behandlung von nahen Angehörigen. Zum Adressatenkreis des EkeG ist in Hinblick auf jenen Adressatenkreis, den die Regelungen zur Existenzvernichtungshaftung erfassen, festzuhalten, dass sich hier kaum große Probleme zeigen. Das EkeG schließt zwar grundsätzlich Kleingesellschafter und Kleinstgesellschafter von seinen Rechtsfolgen aus, umgekehrt enthält es aber Ausnahmen für Gesellschafter – oder schlichtweg Gläubiger– die einen faktisch beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft haben. Um überhaupt einen Tatbestand setzen zu können, der die Existenzvernichtung der Gesellschaft zur Folge hat, ist aber ohnehin ein entsprechender, beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft nötig. Insoferne decken sich hier wohl Adressatenkreis des Eigenkapitalersatzrechts und der Existenzvernichtungshaftung.

Probleme bereiten hingegen die Einschränkungen, welche das EkeG im Verhältnis zum vorherigen Richterrecht in Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen zu den Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts vornimmt. Grundsätzlich schränkt das EkeG seine Rechtsfolgen auf Vorgänge der Kreditgewährung durch einen Gesellschafter an die Gesellschaft in der Krise ein. Hingegen wir das Stehenlassen von Darlehen, welche der Gesellschafter der Gesellschaft in unbedenklicher Zeit gewährt hat, nicht als Tatbestand des EkeG definiert, dasselbe soll auch für sogenannte Finanzplankredite gelten.³¹¹

Ebenfalls Einschränkungen enthält das Gesetz in § 3 EkeG in Hinblick auf Nutzungsüberlassungen an die Gesellschaft, etwa von Anlagegütern. Auch diese sollen nicht mehr unter das Eigenkapitalersatzrecht fallen.

Betrachtet man nun die Folgen des EkeG in ihrer Gesamtheit ist folgendes feststellbar: Das Gesetz erachtet es durchaus für möglich, dass Gesellschaften durch den Gesellschafter mittels Fremdkapital über Kredit und Darlehen finanziert werden, auch besteht keineswegs eine Verpflichtung Anlagevermögen, mit dem die Gesellschaft arbeitet, auch in die Gesellschaft einzubringen. Sanktioniert wird nur, wenn während einer Krise die Gesellschaft anstatt über Eigenkapital mit Fremdkapital finanziert wird, darüberhinaus wird eine Finanzierung mit Fremdkapital akzeptiert. Dies ist insoferne interessant als ja auch keinerlei Regelungen in Hinblick auf eine Ausstattung der Gesellschaft mit einem deren operativer Tätigkeit angemessenen Eigenkapital vorschreibt, sondern lediglich die starren und

unflexiblen Regelungen in Hinblick auf das Mindestkapital enthält, die die tatsächliche Tätigkeit der Gesellschaft unberücksichtigt lassen.³¹² Eine weitgehende Finanzierung der Gesellschaft mit Fremdkapital aus der Sphäre des Gesellschafters ist somit aufgrund der in Österreich geltenden Rechtslage für GmbHs möglich.

Es ist festzuhalten, dass solche Darlehen, die der Gesellschaft durch den Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden bzw. die zur Nutzung überlassenen Vermögensgegenstände auch nicht durch das Verbot der Einlagenrückgewähr berührt werden.³¹³ Nachdem nun weder Eigenkapitalersatzrecht noch Kapitalerhaltungsgrundsätze in Hinblick auf dieses Kapital Schutzmaßnahmen vorsehen, kann es hier in Hinblick auf den Gläubigerschutz durchaus zu Schutzlücken kommen. Das der Gesellschaft als Fremdkapital zur Verfügung gestellte Vermögen steht im Insolvenzfall den Gesellschaftsgläubigern nicht als Haftungsfonds zur Verfügung. Umgekehrt kann der Gesellschafter – ohne dadurch das Verbot der Einlagenrückgewähr zu verletzen – das Vermögen, welches er der Gesellschaft zur Verfügung gestellt hat, sofern dies aufgrund der zivilrechtlichen Vereinbarungen möglich ist, auch abziehen.³¹⁴

Gerade hier bietet sich meiner Auffassung auch ein Anwendungsraum für eine Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe der Gesellschafter. Auch wenn es sich dabei nicht um Vermögen der Gesellschaft sondern um zur Verfügung gestelltes Fremdkapital handelt, ist evident, dass der Gesellschafter, der der Gesellschaft zur Verfügung gestelltes Fremdkapital entzieht, damit die Existenzvernichtung der Gesellschaft verursachen kann.

Es ist letztendlich nicht ersichtlich, wo im Sinne des Gläubigerschutzes der Unterschied besteht, ob ein Gesellschafter durch betriebliche Dispositionsmaßnahmen den Existenzverlust herbeiführt oder dies dadurch erreicht, dass er der Gesellschaft als Fremdkapital gegebenes Vermögen entzieht. Natürlich sind auch solche Vorgänge streng dahingehend zu untersuchen, ob tatsächlich der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs verwirklicht wird, auch auf die subjektive Tatseite ist Bedacht zu nehmen. Vom grundsätzlichen Prinzip her eröffnet sich allerdings in Bezug auf den Fall der Fremdfinanzierung einer Gesellschaft – dort wo das Eigenkapitalersatzrecht Lücken lässt – eine Möglichkeit zur Anwendung der Regeln der Existenzvernichtungshaftung im österreichischen Recht.

Grundsätzlich wird durch den Gesetzgeber zwar nicht verboten, dass die Finanzierung einer Gesellschaft durch den Gesellschafter vorwiegend auf Fremdkapitalbasis erfolgt. Regelungen, die vorschreiben, dass für eine Gesellschaft auch eine Eigenkapitalbasis geschaffen werden muss, welche in angemessenem Verhältnis zur Tätigkeit der Gesellschaft steht, existieren in der österreichischen Rechtsordnung nach wie vor nicht.³¹⁵ Allerdings ist zu bedenken, dass etwa speziell

³¹² *Trefil*, Durchgriffshaftung 20; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 9; *Harrer*, Haftungsprobleme 1.

³¹³ *Schummer*, GesRZ 2000, 246, *Dellinger*, ecolex 2002, 329; *Bauer*, GeS 2003, 109; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2004, 106, *Harrer*, Wbl 2004, 201.

³¹⁴ *Mohr*, Eigenkapital ersetzende Leistungen im Konkursverfahren- Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, GeS 2003, 448.

³¹⁵ *Trefil*, Durchgriffshaftung 20; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 9; *Harrer*, Haftungsprobleme 1.

dort, wo die Funktion des Gesellschafters und des Geschäftsführers der Gesellschaft zusammenfallen bzw. dann, wenn ein entsprechendes Naheverhältnis besteht, die Gestaltung der Bedingungen, unter denen der Gesellschaft entsprechendes Fremdkapital zur Verfügung gestellt wird, vor allem beim Gesellschafter liegt. Im Falle der Finanzierung der Gesellschaft auf Eigenkapitalbasis sollen die Regelungen über die verbotene Einlagenrückgewähr verhindern, dass der Gesellschaft durch den Gesellschafter willkürlich Kapital entzogen und die Gesellschaft in die Existenzvernichtung getrieben wird.³¹⁶ Sofern die Finanzierung der Gesellschaft auf Fremdkapitalbasis erfolgt, existieren allerdings keine entsprechenden Regelungen, welche dem Gesellschafter verbieten, Kapital – entsprechend der mit der Gesellschaft vereinbarten Bedingungen – abzuziehen bzw. gibt es umgekehrt auch keine gesetzliche Regelung, die dem Gesellschafter eine angemessene finanzielle Ausstattung vorschreibt.

Insoferne ist es – im Gegensatz zum Fall einer weitgehenden Finanzierung mit Eigenkapital – für den Fall, dass die Gesellschaft vor allem auf Fremdkapitalbasis arbeitet, relativ einfach möglich, eine Existenzvernichtung der Gesellschaft durch ein entsprechendes Handeln des Gesellschafters herbeizuführen. Daher ist jedenfalls nicht einsichtig, warum es nicht als existenzvernichtender Eingriff qualifiziert werden soll, wenn zum Beispiel ein Gesellschafter Sachvermögen, das er der Gesellschaft auf privatrechtlicher Basis zur Verfügung gestellt hat, aus der Gesellschaft abzieht und die Gesellschaft dadurch ihrer entsprechenden Funktionserfüllung nicht mehr nachkommen kann. Auch der Fall, dass ein Gesellschafter sich aus dem Vermögen der Gesellschaft ein ihr hingegebenes Darlehen abzahlen lässt und dabei keine Rücksicht auf die finanzielle Situation der Gesellschaft nimmt, ist jedenfalls auf die Tatbestandsmerkmale des existenzvernichtenden Eingriffs zu überprüfen.

Erstaunlich ist dazu aus meiner Sicht jedenfalls, dass eine entsprechende Behandlung der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe im Zusammenhang mit dem Eigenkapitalersatzrecht bislang überhaupt nicht stattgefunden hat, obgleich sich hier sicherlich ein breiter Anwendungs- und Diskussionsbereich bietet.

6.3.4. Lücken des Gläubigerschutzes im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen des Tatbestandes der verbotenen Einlagenrückgewähr

Bislang wurde festgehalten, dass ein großer Teil jener Tatbestände, die an sich einen Tatbestand für das Einsetzen der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe bieten würden, schon durch die gesetzlich ausdrücklich festgelegten Bestimmungen zum Verbot der Einlagenrückgewähr gelöst werden können. Dort, wo eine Finanzierung der Gesellschaft mit Eigenkapital erfolgt, ist der Anwendungsbereich der Regelungen zur Durchgriffshaftung aufgrund

³¹⁶ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2003, 152; Wenger, *RWZ* 2005/97.

existenzvernichtender Eingriffe jedenfalls eingeschränkt.³¹⁷

Allerdings kann, sofern man die Prinzipien des Gläubigerschutzes ernst nimmt, jedenfalls nicht nur isoliert die Tatbestandsseite betrachtet werden sondern ist auch auf die Rechtsfolgenseite, sofern gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird, Bedacht zu nehmen. Die eintretenden Rechtsfolgen, sofern ein Gesellschafter entgegen den Bestimmungen der Einlagenrückgewähr Vermögen aus einer Gesellschaft abzieht, bestimmen sich in Österreich nach § 83 GmbHG. Nach § 83 Abs 1 GmbHG besteht ein Rückersatzanspruch der Gesellschaft primär gegen den Gesellschafter, dem das Vermögen zugeflossen ist sowie den Geschäftsführer der Gesellschaft, ist ein Rückersatz so nicht möglich, besteht ein entsprechender Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter.³¹⁸

Unabhängig vom Normadressat ist allerdings zu konstatieren, dass sich ein entsprechender Rückersatzanspruch stets nur auf jenes Vermögen, das der Gesellschaft auch tatsächlich entzogen wurde, bezieht. Diese Rechtsfolge entspricht nun aber nicht jenen, die an den Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs gekoppelt sind.

Die Anspruchshöhe, die gegen einen Gesellschafter im Zuge eines existenzvernichtenden Eingriffs entsteht, bemisst sich an der Höhe des Schadens, der einem Gläubiger durch das Verhalten eines Gesellschafters zugefügt wurde.

Es ist dabei darauf zu verweisen, dass regelmäßig die Tatsache, dass einer Gesellschaft Kapital entzogen wird, auch Folgeschäden mit sich bringt. Als Beispiele für verschiedenartige Folgeerscheinungen wären nur etwa die Kosten der Kapitalaufbringung auf Kredit bzw. die Möglichkeit, dass bestimmte, nötige oder sinnvolle Investitionen mangels Kapitals nicht getätigt werden können, zu nennen. Bei Sachentzügen ist auch auf einen eventuellen Nutzungsausfall zu verweisen.³¹⁹

In solchen Fällen kann daher zwar seitens der Gesellschaft die Rückerstattung des entzogenen Kapitals verlangt werden bzw. kann sich im Insolvenzfall der Gläubiger durch die Pfändung dieser Ansprüche am Gesellschafter schadlos halten. Ein darüber hinausgehender Schaden, der der Gesellschaft in Folge des Kapitalentzuges entstanden ist, kann allerdings nicht auf Basis dieser Bestimmungen rückgefordert werden.

Sollte die Insolvenz der Gesellschaft die Folge des Kapitalabzugs sein und die Refundierung des entzogenen Kapitals für sich alleine nicht ausreichen, die Gläubigerforderungen ausreichend zu befriedigen und die Gesellschaftstätigkeit fortzusetzen, so ist die Folge der Gesellschaft die Insolvenz und der Forderungsausfall für die Gläubiger betreffend die Befriedigung aus dem

³¹⁷ Schmidt, GesRZ 2004, 75; Schummer, GesRZ 2000, 246, Dellinger, ecolex 2002, 329; Bauer, GeS 2003, 109; Reich-Rohrwig, ecolex 2004, 106, Harrer, Wbl 2004, 201; Zehetner/Zehetner, GBU 2004/02/08.

³¹⁸ Reich-Rohrwig, ecolex 2003, 152; Wenger, RWZ 2005/97; Krejci, Wbl 1993, 269.

³¹⁹ Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 437; Bruns, WM 2003, 820.

Gesellschaftsvermögen.³²⁰

Letztlich steht somit fest, dass die Folgen eines existenzvernichtenden Eingriffs von der Schadenshöhe her die Höhe des entzogenen Vermögens wesentlich überschreiten können. Alleine aus den Rechtsfolgen, die an eine verbotene Einlagenrückgewähr geknüpft sind, kann somit keine vollständige Schadenswiedergutmachung im Sinne des Gläubigerschutzes stattfinden. Man bedenke dabei nur jene Fälle, bei denen sich aufgrund eines unrechtmäßigen Vermögensentzuges die Insolvenz der Gesellschaft einstellt. Alleine durch eine Kapitalrückführung kann diese Problematik sicherlich nicht gelöst werden.

Sofern man das Konzept der Durchgriffshaftung bzw. des existenzvernichtenden Eingriffs überhaupt als sinnvoll erachtet, ist klar, dass die Rechtsfolgen für alle Arten von Eingriffen ident sein müssen. Es ist nicht einsichtig, warum bei Eingriffen, die den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr erfüllen, eine Haftung auf die Rückführung des entzogenen Kapitals beschränkt sein sollte, ansonsten aber eine Haftung für sämtliche Ausfälle, die durch den existenzvernichtenden Eingriff verursacht wurden, stehen sollte.

6.3.5. Resumee

Die kurze Untersuchung hat somit folgendes Ergebnis gebracht: Der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung kann auch in der österreichischen Rechtsordnung durchaus seinen Platz haben. Dies gilt unabhängig davon, dass sich der österreichische und deutsche Normenbestand in einigen Bereichen voneinander unterscheiden. Das wichtigste Kriterium sind die Kapitalerhaltungsregeln, welche in Österreich das gesamte Kapital einer Gesellschaft, in Deutschland hingegen nur das Stammkapital erfassen. Dadurch wird der Anwendungsbereich des Modells der Existenzvernichtungshaftung in Österreich erheblich eingeschränkt, nachdem sich an den simplen Kapitalabzug eines Gesellschafters in Österreich eben die Rückerstattungspflicht bezüglich des entzogenen Kapitals anknüpft, sofern mit dem Kapitalentzug gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird.

Trotz dieser wesentlichen Einschränkung bietet sich aber – wie gezeigt – bei genauerer Betrachtung dennoch – ein interessanter Anwendungsbereich für die Durchgriffshaftung bei existenzvernichtenden Eingriffen. Dies kommt vor allem daher, dass das österreichische Gesetz bei der Finanzierung einer Gesellschaft auf Fremdkapitalbasis einem Gesellschafter sehr weitgehendes Ermessen einräumt und diesbezüglich erfolgende Eingriffe nicht mit einer Rückerstattungspflicht ähnlich den Regelungen beim Verbot der Einlagenrückgewähr sanktioniert. Auch die Tatsache, dass ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen auch weitergehende Schäden nach sich ziehen kann als den reinen Verlust des entzogenen

Kapitals, verschafft den Regelungen der Existenzvernichtungshaftung in Österreich ein gewisse Anwendungsberechtigung. Nicht zuletzt kann das Verbot der Einlagenrückgewähr eben nicht alle Arten von betriebsspezifischen Entscheidungen,

³²⁰ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99. *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 402; *Bruns*, WM 2003, 815; *Wilhelm*, NJW 2003, 178; BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.9. 2004, II ZR 302/02.

welche in die existentielle Grundlage einer Gesellschaft eingreifen, entsprechend sanktionieren.

Es ist somit erstaunlich, dass dem Modell der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe bisher in Österreich so gut wie gar keine Beachtung geschenkt wurde. Um den Anwendungsbereich in weiterer Linie abzustecken, hat es daher auch Sinn, die bisherigen Modelle der Durchgriffshaftung zu überprüfen, ob etwa schon aufgrund dieser bei Fällen des existenzvernichtenden Eingriffs eine Durchgriffshaftung möglich wäre.

6.4. Abgrenzung des Tatbestands des existenzvernichtenden Eingriffs von anderen Tatbeständen, die eine Durchgriffshaftung auslösen können

Wie bereits geschildert wurde, gibt es in Österreich bereits zahlreiche Fälle der Durchgriffshaftung, die bereits anerkannt sind. Bei der Frage des Anwendungsbereichs der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe sind somit nicht nur die Kapitalerhaltungsregeln zu überprüfen, sondern ist in einem weitergehenden Schritt auch zu untersuchen, ob nicht auch bereits Überlappungen zwischen schon anerkannten Fällen der Durchgriffshaftung und dem Modell des existenzvernichtenden Eingriffs bestehen. Das Modell der Existenzvernichtungshaftung kann nur dann sinnvollerweise Anwendung finden, wenn entsprechende Sachverhalte nicht ohnedies durch bereits anerkannte Tatbestände der Durchgriffshaftung abgedeckt werden können. Außer Betracht kann dabei der Tatbestand der Sphärenvermischung bleiben, da sich hier keinerlei Überlappungsmöglichkeiten bieten.

Für den Tatbestand des Rechtsformenmissbrauchs gilt, dass dieser in der österreichischen Lehre kaum Konturen erhalten hat und in der Rechtsprechung auch so gut wie keine Fälle vorliegen, bei denen auf einen Rechtsformenmissbrauch abgestellt wurde. Damit bleiben als Fallgruppen, bei denen sich eine Untersuchung bezüglich Gemeinsamkeiten lohnt, die qualifizierte Unterkapitalisierung sowie die faktische Geschäftsführung.

6.4.1. Abgrenzung des Tatbestands des existenzvernichtenden Eingriffs von jenem der faktischen Geschäftsführung

Der Tatbestand der faktischen Geschäftsführung bildet mit jenem des existenzvernichtenden Eingriffs am meisten Gemeinsamkeiten, in beiden Fallkonstellationen geht es darum, dass ein Gesellschafter Geschäftsführungshandlungen vornimmt und damit den Existenzverlust der Gesellschaft verschuldet.

Bei Fällen, in denen aufgrund einer faktischen Geschäftsführungshandlung eines Gesellschafters einer GmbH ein Zugriff durch einen Gläubiger auf dessen Privatvermögen zulässig sein soll, handelt es sich generell formuliert um Sachverhaltskonstellationen, in denen ein GmbH-Gesellschafter, der nicht formell zum Geschäftsführer der GmbH bestellt ist, durch faktische Einflussnahme auf die

Geschäftsführung der GmbH den Gläubigern nach Insolvenz der Gesellschaft mit seinem Eigenvermögen haftet.³²¹

Unterschiedlich ist bei beiden Tatbestandsmodellen allerdings die inhaltliche Schwerpunktsetzung. Bei der faktischen Geschäftsführung liegt der Schwerpunkt darauf, dass jemand, der formell nicht als Geschäftsführer einer Gesellschaft tätig ist, faktisch als ein solcher agiert und dass in solchen Sachverhaltskonstellationen die Haftung des Geschäftsführers auf ihn erstreckt wird. Im Gegensatz dazu ist die Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe grundsätzlich nur auf die Gesellschafter anwendbar, da hier die Gesellschafter ja an sich nicht zu "faktischen Geschäftsführern" werden sondern nur im Rahmen jener Befugnisse agieren, die ihnen als Gesellschafter ohnehin schon durch das Gesetz zustehen, dies allerdings in einer Weise, welche den Haftungsfall auslösen kann.³²²

Hilfreich für die Abgrenzung zwischen "faktischer Geschäftsführung" und Existenzvernichtungshaftung kann auch die Begriffsdefinition für die Bezeichnung des "faktischen Geschäftsführers" sein. Faktischer Geschäftsführer soll sein, wer ein Unternehmen tatsächlich leitet, ohne jedoch wirksam zum Geschäftsführer des Unternehmens bestellt worden zu sein.³²³ Der "faktische Geschäftsführer" soll also jene Person sein, der die Geschäftsführung tatsächlich obliegt, obgleich sie nicht formal zum Geschäftsführer bestellt wurde, dabei muss es sich nicht um einen Gesellschafter der GmbH, sondern kann es sich auch um einen außerhalb der jeweiligen Gesellschaft stehenden Dritten handeln.

Das Modell der faktischen Geschäftsführung stützt sich auch auf eine Herleitung aus den strafrechtlichen Kridastrafrecht und ist somit – zieht man tatsächlich die strafrechtliche Herleitung heran – auch nur in den engen Grenzen des § 159 StGB anwendbar.

Von anderen Autoren wird eine Haftung bei "faktischer Geschäftsführung" durch Ausdehnung der Verpflichtungen nach § 25 Abs 3 GmbHG auf den Gesellschafter hergeleitet. Ein weiterer Ansatz zur Herleitung einer Haftung für diese Fälle orientiert sich an der gesellschafterbezogenen Treuepflicht.

Aus den wichtigsten Entscheidungen zur faktischen Geschäftsführung, "Eumig" sowie "Salzburger Tourismusverband" wurde jeweils auf eine Einmischung der Gesellschafter in die Geschäftsführung abgestellt und darauf, dass der jeweilige Gesellschafter dem Geschäftsführer konkrete Weisungen zur Geschäftsführung der Gesellschaft erteilte.³²⁴ In der Entscheidung "Salzburger Tourismusverband" wurde

³²¹ *Harrer*, Haftungsprobleme 190. *Karollus*, ÖBA 1990, 337, OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86 *Honsell*, JBl 1987, 146; *Jabornegg*, WBl 1989, 1.

³²² BGH 17.9.2001, II ZR 178/99, *Lutter/Banerjea*, ZGR 3/2003, 402; *Bruns*, WM 2003, 815; *Wilhelm*, NJW 2003, 178; BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.9. 2004, II ZR 302/02.

³²³ *Harrer*, Haftungsprobleme 190.

³²⁴ OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86; *Harrer*, Haftungsprobleme 190; *Brandstetter*, *ecolex* 1992, 244; *Artmann*, RdA 2002, 370.

unter den Tatbestand der "faktischen Geschäftsführung" der Sachverhalt subsumiert, dass die Gesellschafter gegenüber einem finanzierenden Kreditinstitut den Eindruck besonderer Bonität bezüglich der Gesellschaft erweckten und damit gegen ihre Aufklärungspflichten als Gesellschafter verstießen.

Betrachtet man somit die Idee der faktischen Geschäftsführung, so ergibt sich, dass sich mit dem Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs zwar Überlappungen ergeben, die Tatbestände der faktischen Geschäftsführung und des existenzvernichtenden Eingriffs aber nicht ident sind. Das Modell der faktischen Geschäftsführung erstreckt in verschiedenen Sachverhaltskonstellationen, in denen eine formell nicht als Geschäftsführer fungierende Person faktisch Geschäftsführerhandlungen in einer gewissen Intensität setzt, die für Geschäftsführer geltende Haftungsbestimmungen auf diese faktisch handelnden Personen. Dies bedeutet nun, dass die Gesellschafter, sofern sie als "faktische Geschäftsführer" einer Gesellschaft betrachtet werden, für sämtliche Sorgfaltsverletzungen, die eine Geschäftsführerhaftung nach § 25 GmbHG auslösen, haftet. Darunter können Tatbestände fallen, welche auch eine Haftung im Rahmen des Konzepts des existenzvernichtenden Eingriffs zur Folge haben, ebenso aber auch Sachverhalte, die nichts mit der Existenzvernichtungshaftung zu tun haben. Gerade bei der berühmten Eumig- Entscheidung ging es im Endeffekt ja darum, dass eine Gesellschaft – anstatt diese zu beenden – mit Hilfe eines Kreditinstituts künstlich am Leben gehalten wurde, ein Sachverhalt, der sich mit Sicherheit nicht unter das Prinzip der Existenzvernichtungshaftung subsumieren lässt.

Somit lässt sich kurz zusammenfassen, dass beide Denkansätze – faktische Geschäftsführung wie Existenzvernichtungshaftung – Überlappungen haben, allerdings auch Sachverhalte denkbar sind, welche jeweils nur durch einen der beiden Denkansätze abgedeckt werden könnten. Letztendlich ist es aber auch irrelevant, unter welchen Tatbestand eine Durchgriffshandlung subsumiert wird, wesentlich ist es, bestimmte Sachverhalte durch ein entsprechendes Rechtsinstitut abdecken zu können.

6.5. Zusammenfassung

Überblicksweise kann nun zusammengefasst werden, dass das Modell der Existenzvernichtungshaftung in Österreich sehr wohl seine Anwendungsberechtigung hat, wenn auch im – in Vergleich zu Deutschland – eingeschränktem Ausmaß. Viele Sachverhalte, welche in Deutschland die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Haftungsdurchgriff auf Basis der Regelungen des existenzvernichtenden Eingriffs bilden, können in Österreich schon mittels sonstiger Modelle abgedeckt werden, etwa auf Basis der Kapitalerhaltungsregeln oder mit der Durchgriffshaftung aufgrund faktischer Geschäftsführungstätigkeiten des Gesellschafters. Wesentlich ist es aber, einzuräumen, dass nicht grundsätzlich gesagt werden kann, das Modell der Existenzvernichtungshaftung hätte in Österreich keinen Platz bzw. wäre für die österreichische Rechtsordnung irrelevant.

7. Sonderprobleme des Konzept des existenzvernichtenden Eingriffs im Konzernverhältnis

7.1. Einleitung

Nunmehr sind die generellen Aspekte zur Existenzvernichtungshaftung abgeklärt, einschließlich der Überprüfung, ob dieser in der österreichischen Rechtsordnung ein Anwendungsbereich zukommt. Ausständig ist allerdings noch die Beschäftigung mit den spezifischen Problemstellungen der Existenzvernichtungshaftung im Konzernverhältnis.

Offensichtlich ist, dass die Frage der Gesellschafterhaftung bei Gesellschaften, die in Konzernverhältnissen organisiert sind, grundsätzlich stärker im Blickpunkt steht als bei anderen Gesellschaften. Dies liegt wohl etwa an der veränderten Ausgangslage in Hinblick auf das Verhalten des Gesellschafters: Sofern ein Gesellschafter neben einer Gesellschaft noch andere unternehmerische Aktivitäten betreibt, ist es leicht möglich, dass die Interessenlage gegenüber demjenigen, dessen Tätigkeit ausschließlich auf eine Gesellschaft gerichtet ist, unterschiedlich ist und dessen Verhalten – etwa in Hinblick auf eine mögliche existentielle Gefährdung der Gesellschaft – begünstigt wird.

Darüberhinaus ist die Ausgangsposition bei Gesellschaften im Konzernverhältnis auch insofern unterschiedlich als es im Konzernverhältnis – obwohl dieses in Österreich kaum gesetzlich geregelt ist – typische rechtliche Ausgestaltungen sowie faktische Vorgänge zwischen den verschiedenen Mutter- und Tochtergesellschaften gibt, welchen in Bezug auf die Haftungsproblematik in diesem Zusammenhang Bedeutung zukommen kann.

Aus diesen Gründen ist es sinnvoll, der Situation der Existenzvernichtungshaftung in Konzernverhältnissen einen eigenen Platz einzuräumen.

Die allgemeine Haftungsstruktur der GmbH und die damit verbundenen Probleme wurden bereits ausführlich dargestellt, zusätzlich zu der allgemeinen Haftungsproblematik im Zusammenhang mit der GmbH kommen bei im Konzernverhältnis stehenden GmbHs noch weitere Umstände hinzu, die es sinnvoll erscheinen lassen, sich mit der speziellen Haftungssituation solcher Gesellschaften auseinanderzusetzen. Gerade in Hinblick auf die Problematik des existenzvernichtenden Eingriffs stellen sich im Zusammenhang mit konzerngebundenen GmbHs etliche Probleme, die im Rahmen dieser Arbeit analysiert werden sollen.

7.2. Die Gesellschaft im Konzernverhältnis aus juristischer Sicht

Im allgemeinen wird ein Konzern als wirtschaftliche Verbindung mehrerer

Unternehmen oder Gesellschaften verschiedener oder gleicher Art, die unter einheitlicher, wirtschaftlicher Leitung stehen, bezeichnet.³²⁵

Eine gesetzliche Definition bietet dazu im österreichischen Recht § 15 AktG sowie §115 GmbHG. Ein Konzern wird auch dann angenommen, wenn ein rechtlich selbstständiges Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen steht.

Im deutschen Recht finden sich die relevanten Regelungen in den §§ 311-318 sowie 320 AktG.

Bei Betrachtung der Regelungen ist zu beachten, dass das entscheidende Moment in diesem Falle der Unternehmensbegriff ist – in welcher Rechtsform das entsprechende Unternehmen strukturiert ist, ist prinzipiell unerheblich. Probleme bereitet in diesem Falle allerdings schon der Unternehmensbegriff, der bekanntlich nicht legaldefiniert ist. In der deutschen Lehre war die Diskussion um den Unternehmensbegriff lange durch die gegensätzlichen Positionen der Anhänger eines "funktionalen" sowie jener eines "institutionellen" Unternehmensbegriffs geprägt.³²⁶

Den Bezeichnungen der beiden Denkrichtungen entsprechend wollte die eine Seite auf die Funktion des entsprechenden Beteiligungsinhabers abstellen, auf dessen Betätigung und Beteiligung an der unternehmerischen Planung.

Die gegnerische Schule hingegen sah das entscheidende Moment in der institutionellen Ausprägung des Beteiligten, etwa in der Einrichtung eines konzernentsprechenden Geschäftsbetriebs.

Im Rahmen der deutschen Judikatur zum "qualifiziert, faktischen Konzern" wurde von der sogenannten zweckbezogenen Interpretation ausgegangen, in der lediglich auf die wirtschaftliche Interesseneinbindung des entsprechenden Beteiligungsträgers abgestellt wird.³²⁷

Dieser Ansatz orientiert sich insofern am Schutzzweck des Konzernrechts, als dass die Gesellschafter und Gläubiger einer abhängigen Gesellschaft vor der Fremdbestimmung geschützt werden sollen, insbesondere in Hinblick auf Mitentscheidungsträger, deren eigene wirtschaftliche Interessenlage nicht mit jener der abhängigen Gesellschaft völlig deckungsgleich ist. Für die Einordnung als übergeordnetes Konzernunternehmen ausschlaggebend ist dabei, dass der entsprechende Gesellschafter außerhalb von der abhängigen Gesellschaft noch über weitere wirtschaftliche Einbindungen verfügt, die sein Handeln in Bezug auf die

³²⁵ *Mader*, Kapitalgesellschaften 35.

³²⁶ *Priester*, Unbeschränkte Konzernhaftung des GmbH-Gesellschafters, ZIP 1986, 137; *Kort*, Der „private“ Großaktionär als Unternehmer, DB 1986, 1909.

³²⁷ *Büscher*, Konzernierung - eine gelungene Fortbildung des Rechts der GmbH? (1999) 6; *Henze*, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern, *ecolex* 1994, 392; *Bauder*, Neue Entwicklungen beim qualifiziert faktischen Konzern?, BB 1992, 1797; *Assmann*, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 657; *Joost*, Ausfallhaftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern in Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (1992), 133.

Gesellschaft beeinflussen könnten.

Allerdings ist gerade in Hinblick auf die Frage, wann eine solche Interessenlage vorliegen könnte, einiges offen. Strittig ist etwa, wie weit auf die Quantität der entsprechenden Beteiligung, das tatsächliche Inanspruchnehmen der gegebenen Einflussmöglichkeiten sowie die inhaltliche Ausrichtung der verschiedenen Unternehmungen Bedacht zu nehmen ist. Grundsätzlich wird dabei davon ausgegangen, dass auch eine Minderheitenbeteiligung ausreichend ist, sofern eben auf das Ergebnis der Unternehmung entsprechender Einfluss ausgeübt werden kann. Das tatsächliche Ausüben der entsprechenden Machtposition ist somit gar nicht notwendig, vielmehr ist schon eine abstrakte "Gefahrenlage" ausreichend, einen Konzerntatbestand anzunehmen und die entsprechenden Rechtsfolgen daran zu knüpfen. Dies wird damit begründet, dass die Rechtsfolgen des Konzernaußenrechts eben dazu dienen, von den Mitgesellschaftern wie den Gläubigern entsprechende schädliche Folgen abzuwenden.³²⁸

Das völlige Außerachtlassen der Rechtsform des beherrschenden Unternehmens kann somit auch bedeuten, dass etwa eine natürliche Person, die über verschiedene wirtschaftliche Interesseneinbindungen verfügt, zum beherrschenden Unternehmen eines Konzerns wird. Dies führte nun gerade in Hinblick auf die Rechtsform der GmbH auf vermehrte Annahmen von Konzerntatbeständen, was in der Literatur auch auf Kritik stieß.³²⁹ Insbesondere wurde auf die Gefahr verwiesen, durch eine solche inflationäre Annahme von Konzerntatbeständen, das unternehmerische Engagement in verschiedenen Beteiligungen mit einem unkalkulierbaren Haftungsrisiko zu verknüpfen.

Ebenfalls umstritten ist der Begriff der "einheitlichen Leitung" der verbundenen Unternehmungen, dessen Vorhandensein die Rechtsfolgen des Konzernrechts auslösen soll. Hier ergibt sich die Kontroverse zwischen den Anhängern eines weiten und eines engen Konzernbegriffs. Je nach Anschauung soll entweder ausreichen, wenn die einheitlichen Leitungsaufgaben zumindest in einem Sektor wahrgenommen werden bzw. soll, nach den Anhängern eines eingegengten Konzernbegriffs die einheitliche Leitung durch die verbundene Koordination im Finanzbereich determiniert sein.³³⁰ Heute wird hierbei den Anhängern des engen Konzernbegriffs der Vorzug gegeben, insofern, als dass der Schutzzweck des Konzernrechts ja gerade vor den Folgen schützen sollen, die daraus resultieren, dass ein Gesellschafter seine finanzielle Kalkulation unter Berücksichtigung seiner außergesellschaftlichen, wirtschaftlichen Bindungen durchführt. Die zentrale Bedeutung des Finanzierungssektors wird also betont.

Der Konzern als Erscheinungsform des wirtschaftlichen Lebens hat in den

³²⁸ *Büscher*, Qualifiziert faktische Konzernierung 6 *Henze*, *ecolex* 1994, 392; *Bauder*, BB 1992, 1797; *Assmann*, Der qualifiziert faktische GmbH- Konzern, 657; *Joost*, Ausfallhaftung, 140; *Krieger* in *Hommelhoff*, GmbH-Konzern 41.

³²⁹ *Schmidt*, Konzernhaftung oder mitgliedschaftliche Haftung des privaten GmbH- Gesellschafters, ZIP 3, 1986; *Priester*, ZIP 1986, 137.

³³⁰ *Büscher*, Konzernierung 6; *Priester*, Konzernaufbau, Vermeidung des Unternehmensstatus als Privatgesellschafter in *Der qualifiziert faktische GmbH- Konzern* (1992) 223.

vergangenen Jahrzehnten zusehends an Bedeutung gewonnen³³¹, der Gesetzgeber hat auf diese Herausforderung dennoch nur zögerlich reagiert. Die entsprechenden, gesetzlichen Regelungen sind fragmentarisch und auf verschiedene Gesetzesstellen verstreut. Die im österreichischen Recht vorhandenen Bestimmungen betreffen vor allem den Aufsichtsrat der Konzerngesellschaften, die Kreditgewährung zwischen Vertretern von Mutter- und Tochterunternehmen sowie die konzernweite Bilanzierung. Darüber hinaus gibt es in Österreich keine speziellen Haftungsbestimmungen betreffend den Konzern, auch in der Judikatur war dazu bislang wenig zu finden.

Die deutsche Judikatur hat im Gegensatz dazu ausgehend von der BGH-Entscheidung "Autokran" zumindest eine jahrzehntelange Judikaturpraxis entwickelt, die den sogenannten "qualifiziert, faktischen Konzern" als Modell etablierte und damit für die GmbH relevante Haftungsbestimmungen schuf.³³² Zuletzt ist das Modell des "qualifiziert, faktischen Konzerns" in Deutschland durch die Judikaturwende zum existenzvernichtenden Eingriff im Rahmen der Entscheidung "Bremer Vulkan" ins Hintertreffen gekommen.³³³

Je nach Ausgestaltung des Konzernverhältnisses, ob eine Gesellschaft die andere dominiert oder nicht, wird auch in "Gleich-" und "Unterordnungskonzerne" unterschieden. Eine weitere Unterscheidung besteht zwischen "faktischen Konzernen" und "Vertragskonzernen", je nachdem, ob eine vertragliche Vereinbarung die Basis für das real bestehende Konzernverhältnis bildet oder nicht.³³⁴

Eine gesetzliche Regelung hat allerdings bislang nur der Unterordnungskonzern gefunden und auch dies nur im deutschen Recht. In Österreich beruht diese Unterscheidung lediglich auf Lehrmeinungen.³³⁵

Als GmbH -Konzerne werden üblicherweise jene Unternehmensverbindungen bezeichnet, in denen die Gesellschaften, die in der Rechtsform der GmbH organisiert sind, die Rolle der abhängigen Gesellschaft übernehmen.³³⁶

Der tatsächliche Nachweis, dass mehrere Unternehmen einen gemeinsamen Konzern bilden, gelingt in der Realität oft schwierig, daher wurde im deutschen Recht eine Konzernvermutung eingeführt, die nach den Lehrmeinungen auch für das

³³¹ *Emmerich/Sonneschein*, Konzernrecht, 62.

³³² BGHZ 95, 330, 346 – Autokran.

³³³ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99

³³⁵ *Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts in Lutter, Konzernrecht im Ausland (1994) 192

³³⁶ *Emmerich/Sonneschein*, Konzernrecht, 368.

österreichische Recht Gültigkeit besitzen soll.³³⁷

Eine Sonderstellung im Rahmen des Konzernrechts bildet die sogenannte holding. Dabei handelt es sich um eine Gesellschaft, deren eigener Geschäftsgegenstand ausschließlich darin besteht, die Beteiligung an mehreren Unternehmen zu halten und zu verwalten.³³⁸

Im Rahmen der Holdingkonstruktion ergeben sich in Hinblick auf die Frage des Konzernstatbestandes zwei getrennte Problemkreise. Einer betrifft die Frage, ob eine holding -Gesellschaft selbst als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne eingestuft werden kann. Die Überprüfung, ob es sich hierbei um einen Konzernstatbestand handelt oder nicht, erfolgt nach den allgemeinen Kriterien der verschiedenen Interesseneinbindungen sowie der einheitlichen, wirtschaftlichen Leitung. Ein Konzernverhältnis wird bei dieser Fragestellung jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn die holding verschiedene Beteiligungen im Sinne einer einheitlichen, wirtschaftlichen Leitung hält, in diesem Fall spricht man von einer sogenannten mehrdimensionalen holding.³³⁹

Eine andere Problematik besteht in der Fragestellung, ob der hinter der holding stehende Beteiligungsträger – etwa eine natürliche Person oder auch eine weitere Gesellschaft – als Konzernmutter einzustufen ist. Zwingend ist hier kein Konzernverhältnis anzunehmen, das gilt insbesondere dann, wenn der Beteiligungsträger der holding auf deren Gebarung nicht entsprechend einwirkt und diese somit nur eine organisatorische Figur, um verschiedene Unternehmensbeteiligungen zu verwalten, darstellt. Anders ist der Sachverhalt allerdings dann zu werten, wenn der eigentliche Entscheidungsträger der hinter der Gesellschaft stehende Gesellschafter der holding ist. Nach den allgemeinen, konzernrechtlichen Grundsätzen kann auch dieser ein beherrschendes Konzernunternehmen sein, zumal ja davon auszugehen ist, dass dieser Begriff rechtsformneutral zu interpretieren ist. Von manchen Autoren wird dies insofern verneint, als dass ein solcher "Durchgriff" auf den Gesellschafter mit einer konzernrechtlichen Haftung nicht vereinbar sei.³⁴⁰

Dem ist allerdings hinzuzufügen, dass sich speziell aufgrund der Dominanz des Normzweckgedankens im Konzernrecht – in Hinblick auf Gläubiger- und Mitgesellschafterschutz – keinerlei Anhaltspunkte für eine solche systemwidrige, letztlich zu formalistisch orientierte, Betrachtung ergeben.

Zusammenfassend ist nochmals festzustellen, dass durch die Rechtsfortbildung der

³³⁷ Mader, Kapitalgesellschaften 3; Emmerich/Sonneschein, Konzernrecht.

³³⁹ Griebner, Die holding in der österreichischen Rechtsordnung, ecolex 2007, 181; Riemer, Die Bildung des ÖIAG- Konzerns, WBI 1990, 89; Zöchling, Österreich- ein Holdingland? Nachteilige Regelungen beeinträchtigen die Chancen der österreichischen Kapitalgesellschaft als internationale holding, SWK 1989, A 515.

³⁴⁰ Büscher, Konzernierung 6; Stimpel, Autokran -- Tiefbau -- Video : Stand der Rechtsprechung in Hommelhoff, Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern (1992) 5; Lutter, Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH- Konzern, ZIP 1985, 1425.

Judikatur und die begleitenden, literarischen Bewertungen im deutschen Recht ein relativ umfassendes Konzernkonzept entstanden ist, sich allerdings – wie im österreichischen Recht – die gesetzlichen Regelungen auf das notwendigste beschränken. Im Anschluss an diese Bildung eines Konzernkonzepts durch die Judikatur wurde auch ein entsprechendes Haftungskonzept geschaffen, dessen Übernahme durch die Lehre auch für das österreichische Recht gefordert wurde. Durch die Rechtsprechung zum "existenzvernichtenden Eingriff" ist allerdings dieses Haftungskonzept wieder obsolet geworden, was anschließend auch dargestellt werden soll.³⁴¹

Ein leicht abgewandeltes Konzernbild ergibt sich in der österreichischen Rechtsordnung. Definiert wird der Konzernbegriff in Österreich rechtlich in den Bestimmungen der §§ 115 GmbHG sowie 15 AktiG. In diesen Regelungen wird der Konzern als eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter

einheitlicher Leitung aus wirtschaftlichen Zwecken definiert, die verschiedenen Einzelunternehmen werden dabei als Konzernunternehmen bezeichnet. Der handelsrechtliche Konzernbegriff des § 244 HGB, an welchen die Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung anknüpft, sieht neben der einheitlichen Leitung der verbundenen Unternehmen als Voraussetzung noch eine zwanzigprozentige Beteiligung des Mutternehmens am Nennkapital der Tochtergesellschaft vor. In den darauffolgenden Bestimmungen des § 244 Abs 2 werden noch weitere Konzerntatbestände normiert.

Keine ausdrückliche Regelung findet sich im österreichischen Recht zur sogenannten Konzernvermutung bei beherrschendem Einfluss, welche im deutschen Aktienrecht zu finden ist. Die Lehre sieht allerdings die Anwendung dieser Konzernvermutung auch im österreichischen Recht vor.³⁴²

Die weitergehenden rechtlichen Regelungen im österreichischen Recht sind dürftig und betreffen nur Einzelaspekte der Konzernproblematik. Für uns ist vor allem die Konzerndefinition des österreichischen Rechts von Relevanz. Festzuhalten ist dazu, dass der Konzernbegriff in Österreich zwar durchgehend als Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung aus wirtschaftlichen Zwecken definiert ist, der Konzernbegriff aber insofern nicht durchgehend konsistent ist, dass – wie oben beschrieben – die handelsrechtlichen Regelungen zusätzlich noch weitere Anforderungen an die Annahme eines Konzerntatbestands stellen.

Von den gesetzlichen Regelungen her ist aber auch darauf zu verweisen, dass die genannten Bestimmungen des Handelsrechts, welche verschiedene Konzerntatbestände aufzählen, dazu dienen, den Anwendungsbereich der konzernbezogenen Rechnungslegungsvorschriften zu definieren, während die oben dargestellten Bestimmungen des Aktien- und GmbH-Rechts der allgemeinen Konzerndefinition dienen.

Bezugnehmend auf den allgemeinen Konzernbegriff wird man sich im österreichischen Recht demnach an die allgemeinen Definitionen halten und somit neben der Voraussetzung der einheitlichen, wirtschaftlichen Leitung selbständiger

³⁴² *Koppensteiner, Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, WBI 2005, 293*

Unternehmen keine weiteren Voraussetzungen verlangen.

Unter Konzernen sind somit im österreichischen Recht "Systeme" zu verstehen, in denen die Zurechnungssubjekte verschiedener Unternehmen Subsysteme leiten, die rechtlich selbständig sind, vor allem als Gesellschaften.³⁴³ Entscheidend für die Einordnung als Konzernunternehmen ist, dass diese in der Geschäftsführung – mehr oder weniger – fremdbestimmt sind. Dabei ist nicht entscheidend, wie es zur Situation der rechtlichen Selbstbestimmtheit, aber fremdbestimmten Willensbildung kommt.³⁴⁴

Die Fremdbestimmung in der Willensbildung der rechtlich selbständigen Organisation kann aufgrund von Verträgen, Beteiligungen, Personalunionen oder faktischer Abhängigkeit aufgrund von finanziellen oder sonstigen Verpflichtungen bestehen.

Die Frage, auf welchem rechtlichen Fundament die faktische Abhängigkeit des Konzernunternehmens fußt, tritt also gegenüber den faktischen Gegebenheiten in den Hintergrund. Wie die rechtliche Gestaltung des Konzernverhältnisses vor sich geht, ist somit rechtlich letztendlich irrelevant, es zählt alleine die faktische Abhängigkeit. Über die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Konzerndefinition des GmbHG bzw. AktG lässt sich entsprechend diskutieren. Immer wieder wird etwa darauf verwiesen, dass der Begriff des "rechtlich, selbständigen Unternehmens" so in der Realität gar nicht existiert bzw. für den im Konzernverhältnis beherrschenden Zurechnungsträger die Unternehmensqualität nicht gefordert wird.

Für die faktische Frage, ob man es tatsächlich mit einem Konzernverhältnis zu tun hat, scheint vor allem die Frage relevant, ob das faktische Abhängigkeitsverhältnis der eingegliederten Unternehmen nicht ein bestimmtes Ausmaß erreichen muss, um die Einordnung als Konzernverhältnis zu rechtfertigen. Diese Frage betrifft sowohl das Tatbestandsmerkmal der einheitlichen wirtschaftlichen Leitung als auch jenes des beherrschenden Einflusses. Die Reichweite der einheitlichen, wirtschaftlichen Leitung lässt sich aus der Frage, welche Unternehmensaufgaben durch den übergeordneten Zurechnungsträger mitbestimmt werden, eine Schlüsselrolle soll dabei die Bestimmung finanzieller Angelegenheiten einnehmen. Definiert wird die einheitliche, wirtschaftliche Leitung als planmäßige Koordination und entsprechende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Konzernunternehmen. Ob das Ausmaß der Einflussnahme die Annahme eines Konzernverhältnisses rechtfertigt, kann wohl nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls beurteilt werden.

Festzuhalten ist also zum Konzernbegriff jedenfalls folgendes: Beim Konzern handelt es sich nicht um eine Rechtspersönlichkeit sondern um eine Verknüpfung verschiedener Rechtspersonen zu einer wirtschaftlichen Einheit, an deren Existenz sich verschiedene rechtliche Folgen anschließen. Bei der Überprüfung der Frage, ob es sich um einen Konzerntatbestand handelt, ist dabei auf die zwischen dem zentralen Zurechnungsträger und den Konzernunternehmen bestehenden Einfluss abzustellen. Dabei darf das Augenmerk nicht an den rechtlichen Rahmenbedingungen haften bleiben, sondern hat sich auf die faktischen Umstände der Einflussnahme zu fokussieren.

³⁴³ Krejci; Partnerschaft, Verein, Konzern (1988) 237.

³⁴⁴ Krejci, Partnerschaft 237.

Gerade aus dieser Sicht der Definition des Konzernbegriffs ergibt sich die Schwierigkeit, im Einzelfall auf das Vorhandensein eines Konzerns zu schließen. Wird auf rechtliche Rahmenbedingungen abgestellt, so wird sich in der Realität relativ einfach prüfen lassen, ob diese erfüllt sind oder nicht. Ein faktischer Einfluss kann sich aber in verschiedensten rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben, wie oben bereits geschildert wurde. Eine faktische Einflussnahme zu ermitteln und festzustellen, wird somit im Einzelfall jedenfalls Schwierigkeiten bereiten, was auch zur Problematik führt, dass Rechtsfolgen, welche sich ausschließlich an Konzernstatbestände binden, oft an mangelnder Effizienz und der Gefahr der Umgehungsmöglichkeit leiden werden.

7.3. Die rechtliche Stellung der einzelnen Unternehmung im Konzernverhältnis

Wie bereits im vorangegangenen Abschnitt beschrieben wurde, handelt es sich bei einem Konzern um ein wirtschaftliches Gefüge und nicht um ein einheitliches Rechtssubjekt. Die Schaffung eines einheitlichen, rechtlichen Zurechnungssubjekts mit der Konzernierung ist durch die Beteiligten eben gerade nicht erwünscht.³⁴⁵

Der Konzern verfügt – nachdem er als Rechtssubjekt gar nicht existiert – demnach auch über keine eigenen Organe, die Politik der einzelnen Unternehmungen, die im Konzernverhältnis stehen, wird – zumindest rechtlich gesehen – durch die jeweiligen Organe der Einzelunternehmen betrieben.

Das führt zu folgender Ausgangsposition: Der Konzern verfügt über keine juristische Persönlichkeit, somit auch über keinerlei Organe, welche die – übergeordneten – Konzerninteressen verfolgen könnten. Sofern somit gewünscht ist, dass der Konzern einheitlich agiert, die verschiedenen – juristische selbständigen – Unternehmungen auf einen gemeinsamen Zweck hinarbeiten und das gemeinsame Handeln durch die Konzernspitze bestimmt wird, muss sich die Konzernspitze bei der Durchführung ihrer Politik auf die Organe der einzelnen, selbständigen Unternehmungen stützen.

Dabei ist vor allem beachtlich, welche Möglichkeiten die Konzernspitze hat, auf die Konzernunternehmen einzuwirken und diese dazu zu bringen, sich entsprechend der übergeordneten Konzernpolitik zu verhalten. Üblicherweise wird je nachdem, ob sich die Konzernierung auf ein bestehendes juristisches Vertragswerk stützt oder die Konzernspitze ihren Einfluss auf die Organe der Konzernunternehmungen ohne Vorhandensein eines zugrundeliegenden Vertrages ausübt, von faktischen Konzernen bzw. Vertragskonzernen gesprochen.

Grundsätzlich ist vorzuschicken, dass es, um überhaupt eine Konzernierung auf vertraglicher Basis zu erreichen, notwendig ist, in den Gesellschaftsverträgen der an der Konzernierung beteiligten juristischen Personen die Voraussetzungen zu schaffen. Von diesen möglicherweise notwendigen Änderungen in den rechtlichen Grundlagen der Gesellschaften abgesehen, ergibt sich aus der Form der Konzernierung, wie auf die Willensbildung im Rahmen der Konzernunternehmen Einfluss genommen werden kann.

³⁴⁵ Krejci; Partnerschaft 266.

Gibt es kein Vertragswerk, welches den Konzerntatbestand rechtlich untermauert, so basiert die Willensbildung im Konzern letztendlich ausschließlich auf den Mehrheitsverhältnissen der Gesellschafteranteile, die dem Konzern eine entsprechende Beeinflussung der Willensbildung ermöglichen kann. Hierbei ist gerade bei der GmbH auf die Weisungsbefugnisse der Generalversammlung in Geschäftsführungsangelegenheiten zu verweisen. In diesem Sinne ist die Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Konzerngesellschaft auch ohne entsprechende, vertragliche Untermauerung möglich.

Soll die Konzernierung auf einer vertraglichen Ebene fußen, so bieten sich dafür Beherrschungs- und Organschaftsvertrag zwischen beherrschender und beherrschter Gesellschaft an.³⁴⁶

Der Beherrschungsvertrag dient letztendlich der Vereinfachung faktisch bereits bestehender Einflussmöglichkeiten, das beherrschte Unternehmen unterstellt verschiedene Leitungsaufgaben der beherrschenden Konzerngesellschaft.

Vom Beherrschungsvertrag, der auf rechtliche Einflussmöglichkeiten der beherrschenden Konzerngesellschaft abstellt, ist der Organschaftsvertrag zu unterscheiden, welcher die wirtschaftliche Einbindung der beherrschten Gesellschaft in das Konzernsystem anstrebt und von der rechtlichen Einflussnahme getrennt zu betrachten ist.

Aufgrund ohnehin faktisch bestehender Einflussmöglichkeiten sind sowohl Beherrschungsvertrag als auch Organschaftsvertrag in Österreich nicht sehr gebräuchlich.

Festzuhalten ist somit folgendes: Unabhängig davon, ob das Konzernverhältnis über entsprechende Vertragsgestaltungen zwischen beherrschter und beherrschender Konzerngesellschaft vertraglich untermauert wurde, besteht bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen schon aufgrund des österreichischen GmbH - Rechts eine weitgehende Möglichkeit die Unternehmensführung der rechtlich selbständigen Konzerngesellschaft im Konzernsinne zu beeinflussen.

7.4. Die Folgen der Konzernierung in der wirtschaftlichen Praxis

Wesentlich für die Frage, ob und warum sich in Hinblick auf die Haftungssituation und den Gläubigerschutz bei in Konzernverhältnissen stehenden Gesellschaften gesonderte Problemstellungen ergeben, ist letztendlich nicht nur der juristische Rahmen, in welchem sich ein Konzernverhältnis befindet sondern auch die allgemeine wirtschaftliche Situation, die sich in Hinblick auf Gesellschaften die in einem Konzernverhältnis stehen, ergibt. Gerade die betriebswirtschaftlichen Besonderheiten, welche die Einbindung einer Gesellschaft in ein Konzernverhältnis mit sich bringt, macht letztendlich auch die geänderte Situation aus Sicht des Gläubigers aus.

³⁴⁶ Krejci, Partnerschaft 320.

Somit soll im Rahmen dieses Kapitels überblicksweise dargestellt werden, welche betriebswirtschaftlichen Folgen die Einbindung einer Kapitalgesellschaft in ein Konzernverhältnis typischerweise mit sich bringt.

Aus abstrakter Sicht wird ein Konzernverhältnis oft auch dahingehend beschrieben, dass infolge eines Einflusses, welches ein in einem Konzernverhältnis herrschendes Unternehmen ausübt, das Eigeninteresse der im Konzernverhältnis stehenden Gesellschaft zu Gunsten des Interesses des Gesamtkonzerns verschoben wird.³⁴⁷ Bei dieser Umschreibung handelt es sich allerdings um eine theoretische Sichtweise, die für sich noch nicht der tatsächlichen Konzernpraxis gerecht wird. Um festzustellen, welche Gefahren für den Gläubiger eine Konzernierung mit sich bringen kann, ist es somit sinnvoll, nachzuvollziehen, welche realen Folgen die Einbindung in ein Konzernverhältnis für eine Gesellschaft tatsächlich mitbringen kann.

Die betriebswirtschaftliche Literatur nennt oft zahlreiche "Aufgaben" des Konzernmanagements.³⁴⁸ Hierzu ist aber zu bedenken, dass die inhaltliche Ausgestaltung von Konzernverhältnissen in Österreich nur grob geregelt ist, die Frage, welche Aufgaben in einem konkreten Konzernverhältnis durch die zentrale Konzernleitung wahrgenommen werden, welche Bereiche hingegen zur Entscheidung in die Führung der Einzelgesellschaften verlagert werden, letztlich Inhalt der Vereinbarungen, auf welchen das Konzernverhältnis gegründet wurde, ist. Somit muss festgehalten werden, dass eine inhaltliche Typisierung von Aufgaben der Konzernspitze keineswegs die reale Praxis jeder Konzernsituation widerspiegelt, vielmehr nur mögliche bzw. typische Formen der Konzernierung beschreibt. Letztlich ist aus solchen Beschreibungen nur ersichtlich, wie ein Konzernverhältnis tatsächlich aussehen *kann* und nicht wie bestehende Konzernverhältnisse tatsächlich aussehen.

Als typische Aufgaben einer Konzernleitung werden etwa Unternehmensphilosophie und -politik, Gestaltung der Konzernstruktur, strategische Ausrichtung, Ressourcenzuteilung innerhalb des Konzerns, Mitsprache bei wesentlichen Personalentscheidungen der Einzelunternehmen sowie die allgemeine Überwachung der einzelnen Gesellschaften genannt.³⁴⁹

Mindestens ebenso wichtig wie die Beschreibung genereller Tätigkeitsgebiete, welche typischerweise durch eine zentrale Konzernführung übernommen werden, sind allerdings die konkreten Einzelmaßnahmen, welche tatsächlich in Hinblick auf die rechtlich selbständigen Unternehmen gesetzt werden und Ausfluss der inhaltlichen Gestaltung des Konzernverhältnisses sind.³⁵⁰

Typische Konsequenzen der Einbindung einer Gesellschaft in ein Konzernverhältnis können sich etwa in der Einflussnahme der Konzernleitung auf die Strategie des

³⁴⁷ *Arbeitskreis GmbH-Reform*, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform (1972) 59.

³⁴⁸ *Scheffler*, Konzernmanagement, (1992) 36.

³⁴⁹ *Scheffler*, Konzernmanagement 36.

³⁵⁰ *Krieger in Hommelhoff*, GmbH-Konzern 46.

Einzelunternehmens in Hinblick auf Änderungen im Sinne der gesamten Konzernstrategie ergeben. Dies kann etwa die Produktpolitik oder Entscheidungen bezüglich Zielmärkte betreffen, solche Maßnahmen können oft auch mit einer Ressourcenverschiebung innerhalb des Konzerns zu einer anderen Gesellschaft hin verbunden sein. Dabei ist festzuhalten, dass derartige Ressourcenverschiebungen nicht auch einen Abzug von materiellen Sachgütern betreffen müssen, vielmehr kann eine Ressourcenverschiebung sich auch in einem Transfer von Personal, know - how oder einfach in einer Auslagerung von tatsächlichen unternehmerischen Tätigkeiten bestehen.³⁵¹

Zu möglichen Strategieentscheidungen der Konzernspitze, die damit die Politik des Einzelunternehmens beeinflusst, kann daher zusammengefasst werden: Diese müssen im Einzelfall nicht darin bestehen, dass die abhängige Gesellschaft ihres materiellen Kapitals "beraubt" wird, allerdings kann durch die Konzernspitze die Natur einer Einzelunternehmung insofern verändert werden als sich deren Geschäftspolitik im Sinne des Konzerninteresses anpasst. Von großer Relevanz kann eine solche durch einen Konzern veranlasste Änderung der Geschäftspolitik vor allem dann sein, wenn die in einem Konzern eingebundene Unternehmung zuvor als "unabhängige" Unternehmung in einem Konkurrenzverhältnis zum Konzern gestanden ist.

Von Bedeutung ist auch eine konzernbezogene, zentrale Finanzpolitik, die etwa Fragen der Finanzierung, Kreditaufnahme, Cash-Management oder Gewinnverwendung der einzelnen Unternehmungen betreffen kann.

Verbunden mit der Einbindung in ein Konzernverhältnis kann auch sein, dass nicht nur die Politik der Unternehmung durch den übergeordneten Konzern bestimmt wird sondern auch Teile der Unternehmung im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen in den Gesamtkonzern zentralisiert eingebettet werden.³⁵² Typischerweise nimmt eine Einzelunternehmung, sofern sie nicht in einen Konzern eingebunden ist, verschiedenste betriebswirtschaftliche Funktionen wahr, etwa Unternehmensplanung, Marketing, Produktpolitik, Personalmanagement, Finanzierung, Controlling oder Revision. Teilweise können verschiedene Funktionen auch an Dritte ausgelagert werden, ob Funktionen innerhalb einer Unternehmung wahrgenommen oder ausgelagert werden, ist letztendlich Gegenstand unternehmensstrategischer Entscheidungsfindung.

Inbesondere dann, wenn es ein übergeordnetes Konzerninteresse gibt, kann es typischerweise dazu kommen, dass verschiedene Unternehmensfunktionen nicht mehr in der Einzelunternehmung verbleiben, sondern von der Konzernspitze zentral für den Gesamtkonzern, somit für mehrere oder sämtliche eingebundene Unternehmungen zentral wahrgenommen werden. Dies kann für den Konzern sowohl strategische als auch finanzielle Vorteile mit sich bringen. Für die Einzelunternehmung bringen solche Maßnahmen möglicherweise eine höhere Profitabilität (welche dem Konzern zugutekommt), letztendlich aber auch einen Verlust an Kapital, somit möglicherweise auch Nachteile für die Gläubiger der

³⁵¹ Krieger in Hommelhoff, GmbH-Konzern 48.

³⁵² Krieger in Hommelhoff, GmbH-Konzern 48.

Unternehmung. Weiters ist zu bedenken, dass eine Unternehmung, die zentrale Funktionen abgeben musste, ohne Mithilfe des Konzerns oft nicht mehr lebensfähig sein wird.³⁵³

Typischerweise Folge der Einbindung einer Unternehmung in ein Konzernverhältnis ist nicht nur, dass die Unternehmensstrategie durch die Konzernspitze mitbestimmt bzw. vorgegeben wird sondern sind auch die typischen, personellen Verflechtungen zwischen Konzernspitze und eingebundenen Unternehmungen bzw. zwischen den eingebundenen Unternehmungen untereinander.

Eine häufig anzutreffende Konsequenz der Einbindung von Unternehmungen in Konzernverhältnisse ist es auch, dass verschiedene Leistungen, die für die Unternehmung notwendig sind, nicht von Dritten sondern innerhalb des Konzerns erbracht werden bzw. umgekehrt auch die Unternehmung selbst Leistungen für andere in den Konzern eingebundene Unternehmungen erbringt, somit auch eine Vielzahl von Leistungsverhältnissen zwischen den Unternehmungen entsteht.

Somit lassen sich typische, betriebswirtschaftliche Folgen von Konzerntatbeständen derart zusammenfassen: Einerseits wird üblicherweise die Politik und Strategie der rechtlich selbständigen Unternehmung – in variablem Ausmaß und in verschiedenen Bereichen – durch die Konzernspitze zentral festgelegt bzw. beeinflusst. Auf einer weiteren Ebene kann es zu einer "inhaltlichen Reduktion" der Einzelunternehmung kommen, insofern diese – im zentralen Konzerninteresse – verschiedene Bereiche an die Konzernspitze abgeben muss und diese im Rahmen einer anderen, rechtlich selbständigen Unternehmung erledigt werden. Dies führt letztlich zur Ebene der zwischen den einzelnen im Konzernverhältnis befindlichen Unternehmungen bestehenden horizontalen Leistungsbeziehungen, die durch die Konzernspitze zentral vorgeplant werden können.

7.5. Besondere Haftungsproblematik bei Gesellschaften im Konzernverhältnis

Wie bereits eingangs erwähnt, treten bei in Konzernverhältnissen stehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung zusätzlich zu den zuvor beschriebenen allgemeinen Haftungsproblemen der GmbH noch weitere Problemstellungen auf, die eine gesonderte Betrachtung dieser Gesellschaften notwendig machen. Diese speziellen Probleme rühren aus der Einbettung der GmbH in eine weitere wirtschaftliche Interessenverbindung gemeinsam mit anderen Rechtsträgern her und haben in Deutschland zur Entwicklung des Konzepts des "qualifiziert, faktischen Konzerns" geführt, das allerdings mittlerweile durch die deutsche Rechtsprechung zugunsten eines für die GmbH im allgemeinen Gültigkeit besitzenden Konzepts – des existenzvernichtenden Eingriffs – wieder aufgegeben wurde. Insofern ist wiederum zu fragen, ob trotz der zusätzlich auftretenden Probleme, die Gefahrenlage im Bereich des Gläubigerschutzes bei im Konzernverhältnis stehenden GmbHs

³⁵³ Krieger in Hommelhoff, GmbH-Konzern 52.

tatsächlich so sehr von jener, welche ohnehin schon bei GmbHs, die nicht in einem solchen Verhältnis stehen, anzunehmen ist, abweicht, dass die Entwicklung eines gesonderten Haftungssystems notwendig ist. Schon aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger wünschenswerter schiene es wohl, ein für sämtliche Gesellschaften anwendbares Konzept bieten zu können, welches auch die speziellen Risiken im Konzernverhältnis abzudecken vermag.

Die Wurzel der speziell im Konzernverhältnis auftretenden Haftungsproblematik, bestimmt sich schon durch die Definition des Konzernverhältnisses selbst. Ein Konzernverhältnis ist, wie im vergangenen Abschnitt dargestellt, dann anzunehmen, wenn ein Gesellschafter einer GmbH – unabhängig von seiner Rechtsform – neben seiner Beteiligung an der gegenständlichen Gesellschaft noch über weitere wirtschaftliche Einbindungen verfügt und dadurch zumindest die abstrakte Gefahrenlage gebildet wird, dass der Gesellschafter auf die Gesellschaft in einer Art und Weise Einfluss nehmen könnte, die die restlichen Mitgesellschafter schädigt bzw. zum Nachteil der Gläubiger ausschlägt.

Grundsätzlich ist in einer theoretischen Betrachtung davon auszugehen, dass das entsprechende "Konzernunternehmen" wie ein "homo oeconomicus" agiert und insofern danach trachtet, seinen eigenen Gewinn als Unternehmen, das über verschiedene, wirtschaftliche Interesseneinbindungen verfügt, zu maximieren.³⁵⁴

Bei verschiedenen, wirtschaftlichen Einbindungen kann nun theoretisch der Fall vorliegen, dass eine bestimmte Maßnahme, auf die das Konzernunternehmen als Mitentscheider Einfluss ausüben kann, zwar auf die einzelne Beteiligung eines Unternehmens im konzernrechtlichen Sinne negative Auswirkungen, für den Gesamtkonzern aber durchaus positive Auswirkungen hätte. Als Beispiel kann hier angeführt werden, dass es aus Sicht der Konzernmutter im Extremfall durchaus sinnvoll sein kann, bei zwei Beteiligungen im selben wirtschaftlichen Bereich, eines der beteiligten Unternehmen in den Existenzverlust zu führen, um dadurch dem anderen Unternehmen Marktvorteile, zum Beispiel im Sinne einer Monopol- oder Oligopolstellung zu verschaffen.³⁵⁵

Tendenziell wird die Konzernmutter, vor die Wahl gestellt, Verluste eher in jenen Töchtern anfallen lassen, an denen sie im geringen Ausmaß beteiligt ist, Gewinne dagegen in jene Gesellschaften verschieben, an denen sie eine möglichst hohe Beteiligung hat.³⁵⁶

Das entscheidende Moment ist, dass das ökonomische Handeln des entsprechenden Beteiligungsträgers von – aus Sichtweise der betroffenen Gesellschaft – externen, wirtschaftlichen Motivationen mitbestimmt wird und der Beteiligungsträger für die Gesellschaft schädliche Handlungen nicht aus Unvermögen oder etwa übertriebener Risikoneigung sondern aus für ihn durchaus sinnvollen, ökonomischen Motiven setzen mag. Die für die Konzernmutter aus ihrer gesamten Perspektive positive Entwicklung geht dabei selbstverständlich zu Lasten

³⁵⁴ Weigl, Die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern (1996) 20.

³⁵⁵ Weigl, Haftung(1996) 20.

³⁵⁶ Weigl, Haftung(1996) 20.

der Mitgesellschafter und vor allem des Gläubigerschutzes.

Im Zusammenspiel mit der Haftungsbeschränkung bei der GmbH bedeutet somit die Einbindung eines GmbH-Gesellschafters in externe, ökonomische Interessentatbestände eine immanente Gefahr für die Gläubiger einer GmbH. Bei allen Problemen, welche das Haftungssystem der GmbH in Hinblick auf den Gläubigerschutz schon bei "normalen" Gesellschaften aufwerfen mag, kann man bei diesen zumindest davon ausgehen, dass der Gesellschafter, wenn er keine widerstrebenden, ökonomischen Interessen hat, zumindest daran interessiert ist, dass die Gesellschaft einen möglichst hohen Gewinn abwirft und deren Bestand gesichert ist. Sieht man also von Fällen ab, in denen Gesellschaften vorweg in betrügerischer Absicht gegründet werden, ist hier in Hinblick auf den Bestand und den Erfolg der Gesellschaft bis zu einem gewissen Grade ein Interessengleichklang zwischen Gläubiger und Gesellschafter vorhanden. Die Interessen differieren letztendlich nur dort, wo es darum geht, wer im Falle des Misserfolgs der Gesellschaft den Schaden tragen soll, betreffen somit die Risikoverteilung. Dieser Gleichklang der Interessen kann im Konzernverhältnis durchbrochen werden, da Gläubiger und Gesellschafter unterschiedliche Interessen am Erfolg der Gesellschaft haben mögen.

Eine zweite Problematik betrifft die Tatsache, dass im Konzern für das als Konzernmutter agierende Unternehmen die Möglichkeit besteht, durch gezielte Gründung verschiedenster Gesellschaften, die letztendlich einem gemeinsamen Unternehmenszweck dienen, eine sogenannte Haftungssegmentierung zu betreiben.
³⁵⁷

Vor allem dort, wo das Risiko besteht, mit hohen Ersatzforderungen, etwa aus dem Bereich der Umwelt- oder Produkthaftung, konfrontiert zu werden, kann es aus Sicht der Konzernmutter sinnvoll sein, die verschiedenen Unternehmensbereiche in getrennte Gesellschaften aufzuspalten, vor allem den risikoreichen Bereich vom Rest der Unternehmung gesellschaftlich zu trennen. Für den Fall des Entstehens einer entsprechenden Schadenersatzforderung, die durch den Rechtsträger nicht beglichen werden kann und letztendlich dessen Existenzverlust zur Folge hat, würden die anderen Gesellschaften von den Folgen aufgrund deren rechtlicher Unabhängigkeit und der Haftungsbeschränkung somit unberührt bleiben. Aus Sicht des Konzernunternehmens bliebe somit ein Großteil der Vermögensmasse erhalten, in Bezug auf den betroffenen Bereich kann eine gesellschaftliche Neugründung Abhilfe schaffen.

Ähnliches gilt für den Fall, dass Teile der von der Konzernmutter durchgeführten Geschäfte ein hohes Risikopotential aufweisen. Auch hier kann eine Risikoexternalisierung erfolgen, indem dieser Geschäftsbereich in eine eigenständige Gesellschaft verlagert und somit die Haftung für den Gesamtkonzern beschränkt wird. Diese Problematik wurde bereits in *Sericks* Standardwerk zur subjektiven Missbrauchslehre und zum Haftungsdurchgriff insofern aufgeworfen, als plakativ auf die angelsächsische Praxis hingewiesen wurde, die Haftung auf verschiedene Rechtsträger zu segmentieren– "jede Maschine ihre eigene Gesellschaft" ³⁵⁸ Die

³⁵⁷ *Fleischer*, ZGR 2001, 9; *Lehmann*, ZGR 1986, 345.

³⁵⁸ *Serick*, Rechtsform, 46.

Aufsplitterung in rechtlich selbständige Gesellschaften wird hier somit als reines Instrumentarium zur Externalisierung negativer Effekte verwendet. Umgekehrt wird aber in der Literatur diese Risikoaufsplittung teilweise auch als notwendig gesehen, um den volkswirtschaftlichen Schaden negativer Unternehmensentwicklungen begrenzen zu können und sicherzustellen, dass aus einem "Hausbrand kein Flächenbrand wird."³⁵⁹

Durch die inhaltliche Ausgestaltung des Konzernverhältnisses kann der Gläubigerschutz insbesondere im deutschen Recht, in dem ein gemildertes Verbot der Einlagenrückgewähr herrscht, weiter unterlaufen werden. Dabei ist etwa auf Fälle zu verweisen, in denen die Konzernmutter aus jener Tochtergesellschaft, die mit risikoreichen Aktivitäten befasst ist, gezielt Vermögen mittels "Gewinnabführungsverträgen" oder sonstigen Zahlungen, denen keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, abzieht.

Der dritte Problemkreis, der in Bezug auf die Haftungsbeschränkung bei in Konzernverhältnissen stehenden GmbHs diskutiert wird, ergibt sich aus der grundsätzlichen dogmatischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung. Theoretisch wird das Konzept der Haftungsbeschränkung, wie bereits ausgeführt, mit der investitionsfördernden Wirkung, der Beflügelung des unternehmerischen "Wagemuts", der dieser innewohnen soll, begründet.³⁶⁰ Die Hemmschwelle zum unternehmerischen Engagement soll herabgesetzt werden, indem die Möglichkeit geboten wird, einen Teil des übernommenen Risikos gegen Zahlung einer "Prämie" zu externalisieren. In der Lehre wird dabei diskutiert, wieweit eine solche Begründung bei einer Gesellschaft, die in ein Konzernverhältnis eingebettet ist, noch von inhaltlicher Relevanz sein kann.³⁶¹

Aus Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes mögen solche Betrachtungen wenig relevant sein, allerdings muss festgehalten werden, dass die Umstände, welche den Gesetzgeber überhaupt erst zur Zulassung der Haftungsbeschränkung bewogen haben, bei in Konzernverhältnissen stehenden Gesellschaften zumindest nicht in gleichem Ausmaß vorliegen wie bei auch wirtschaftlich selbständigen Gesellschaften.

Zusammenfassend stellt sich die zur allgemeinen Haftungsproblematik bei der GmbH abgeänderte Ausgangssituation bei konzernverbundenen Gesellschaften somit derart dar:

Einerseits ist der Interessengleichklang zwischen Gesellschaftsgläubiger und Gesellschaft, der bei wirtschaftlich unabhängigen Gesellschaften noch weitgehend vorhanden sein sollte, bei konzernverbundenen Gesellschaften zumindest teilweise aufgehoben. Bezogen auf wirtschaftlich unabhängige Gesellschaften streben sowohl die Gesellschafter als auch die Gesellschaftsgläubiger – wenn womöglich auch in unterschiedlicher Ausformung – an, dass der Unternehmung, der die Gesellschaft dient, möglichst großer, wirtschaftlicher Erfolg beschieden sein möge. Die Gesellschafter, um ihren Ertrag zu maximieren, der Gesellschaftsgläubiger, um die

³⁵⁹ Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982; 247.

³⁶⁰ Raiser, ZGR 1994, 156.

³⁶¹ Fleischer, ZGR 2001, 9.

Bedienung seiner Forderungen garantiert zu wissen.

Bezogen auf Gesellschaften im Konzernverhältnis geht das Interesse der Gesellschafter zwar weiterhin in die Richtung, dass ihnen ein möglichst hoher, wirtschaftlicher Ertrag zufließen soll, allerdings ist die wirtschaftliche Unternehmung in einer Gesamtbetrachtung nun nicht mehr mit der einzelnen Gesellschaft ident. Der Gesellschafter kann seinen Ertrag aus dem gesamten Konzern, der nur eine wirtschaftliche Einheit bildet, ziehen; der Gläubiger ist bei Befriedigung seiner Forderungen weiterhin auf die einzelne Gesellschaft angewiesen.

Die zweite Problematik der Haftungssegmentierung ist der eben beschriebenen nicht unähnlich: Der Gesellschafter, der nach möglichst hohem Ertrag strebt, kann die unternehmerischen Aufgaben, die zu dessen Erreichung nötig sind, in verschiedenen, selbständigen Rechtsträgern erledigen lassen, die lediglich wirtschaftlich eine Einheit bilden; der Gläubiger ist bei Bedienung seiner Forderungen auf den einzelnen Rechtsträger angewiesen, dem nur ein kleiner Teil der gesamten Wirtschaftskraft der unternehmerischen Einheit zukommen mag.

Es ist offenkundig, dass diese Haftungssituation zumindest eine gesonderte Betrachtung verdient hat.

7.6. Spezielle Haftungsregeln für den Konzern nötig ?

Auch wenn evident ist, dass sich der Gesellschaftsgläubiger einer konzernverbundenen Gesellschaft mit einer Haftungsproblematik befassen muss, die über die allgemeinen Gefahren, mit denen Gläubiger von Kapitalgesellschaften konfrontiert sind, hinausgeht, ist damit noch nicht geklärt, ob auch ein eigenes Haftungskonzept von Nöten ist, das ausschließlich auf die Problematik der Konzerneinbindung von Gesellschaften abstellt oder die Probleme, welche die Konzernierung in Bezug auf den Gläubigerschutz mit sich bringt, sich mit Konzepten lösen lassen, die auch auf wirtschaftlich selbständige Gesellschaften angewandt werden. Sprich: Ist die Konzernverbindung alleine schon Grund für eine weitergehende Haftung der Gesellschafter ?

Es bleibt zumindest fraglich, ob zur Lösung der konzernspezifischen Gefahrenpotentiale im Sinne des Gläubigerschutzes wirklich eigenständige Konzepte von Nöten sind, die ausschließlich Konzerntatbestände erfassen.

Strittig war jedenfalls lange in Deutschland die Frage: Ist schon alleine der Tatbestand der Konzernierung Anlass genug, den Gesellschafter mit seinem Privatvermögen haften zu lassen oder müssen auch im Konzernverhältnis noch weitergehende Umstände hinzutreten, welche erst eine private Haftung des Gesellschafters auslösen? Kurz beschrieben werden diese beiden Ansätze auch mit den Bezeichnungen "Haftung kraft Zustand" oder "Haftung kraft Verhalten".³⁶²

Der erste Ansatz sieht schon alleine die Tatsache, dass sich im Konzernverhältnis rechtliche und wirtschaftliche Einheit nicht decken als Grund dafür an, dass die

³⁶² *Altmeppen*, Abschied 59.

gesamte wirtschaftliche Einheit "Konzern" dem Gläubiger haften soll, strebt somit – zumindest in Hinblick auf die Haftung– eine weitgehende Aufhebung der Grenzen der einzelnen beteiligten juristischen Personen an und will diese – in diesem rechtlichen Teilbereich– zu einem gemeinsamen "Haftungskörper" verschmelzen.

Der gegenteilige Ansatz hingegen anerkennt sehr wohl, dass der Konzern– auch in Haftungsfragen– eben keine rechtliche Einheit sondern nur ein wirtschaftliches Gebilde darstellt und möchte einen Zugriff auf das Gesellschaftervermögen auch im Konzernverhältnis nur dann zulassen, wenn bestimmte Umstände eingetreten sind, welche einen Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters rechtfertigen– etwa ein missbräuchliches Verhalten des Gesellschafters.

Während man in Deutschland lange dem Prinzip einer allgemeinen Konzernhaftung gefolgt ist und dazu das Modell des "qualifiziert, faktischen Konzerns" entwickelt hat, hat sich diese Linie seit dem Aufkommen der Existenzvernichtungshaftung geändert.³⁶³

Genauer betrachtet handelt es sich bei dem oben beschriebenen Umständen, dass bei konzernverbundenen Gesellschaften der Interessengleichklang zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger zum Teil aufgehoben ist eigentlich ja nur um einen Beweggrund, der einen Gesellschafter dazu motivieren könnte, in das Gesellschaftsvermögen im weitesten Sinne in einer Form einzugreifen, welche den Gesellschaftsgläubiger schädigt. Das Problem besteht nicht darin, dass der Gesellschafter andere Interessen hat als der Gläubiger sondern darin, dass dies zum Beweggrund einer Schädigung wird. Letztendlich ist es für einen Gesellschaftsgläubiger aber irrelevant, warum ein Gesellschafter zu seinen Lasten in das Vermögen der Gesellschaft eingegriffen hat, als verwerflich wird der Eingriff selbst empfunden.

Ähnliches lässt sich auch in Bezug auf die Haftungssegmentierung sagen. Auch in diesem Zusammenhang handelt es sich letztendlich um ein Problem der Haftungsbeschränkung an sich, das uns schon im Zusammenhang mit der allgemeinen Haftungsproblematik der GmbH beschäftigt hat, nämlich dass diese einem Gesellschafter erlaubt, nur einen Teil der durch die Gesellschaft ausgeführten Operationen mit Gesellschaftsvermögen in Form von Eigenkapital abzudecken und dadurch das persönliche Risiko zu vermindern. Letztendlich ist es unerheblich, ob eine Gesellschaft deshalb über ein relativ geringes Eigenkapital verfügt, weil nicht sämtliche Leistungen, die einem bestimmten, wirtschaftlichen Zweck, der gemeinsam mit anderen selbständigen Rechtsträgern verfolgt wird, innerhalb dieser Gesellschaft erledigt werden oder ob ein Gesellschafter das für die unternehmerische Erledigung nötige Vermögen der Gesellschaft lieber mit Fremdkapital zur Verfügung stellt, welches dem Gläubiger genausowenig haftet. In beiden Fällen handelt es sich letztendlich um jenen Tatbestand, der im Rahmen der Durchgriffsproblematik als "Unterkapitalisierung einer Gesellschaft" bezeichnet wird.

Im allgemeinen Kapitel zum Haftungsdurchgriff wurde aber bereits darauf verwiesen,

³⁶³ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99. *Lutter/Banerjee*, ZGR 3/2003, 402; *Bruns*, WM 2003, 815; *Wilhelm*, NJW 2003, 178; BGH 13.12.2004, II ZR 256/02; BGH 13.12.2004, II ZR 206/02; BGH 20.9. 2004, II ZR 302/02.

dass es auch in Bezug auf die "qualifizierte Unterkapitalisierung einer Gesellschaft", die von der Judikatur als Durchgriffsgrund herangezogen wird, fragwürdig scheint, ob diese tatsächlich einen eigenen Tatbestand bilden sollte, der einen Zugriff auf das Vermögen eines Gesellschafters rechtfertigt.³⁶⁴ Es sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass die Problematik letztendlich darin besteht, dass bestimmte betriebswirtschaftliche Maßnahmen gesetzt werden, welche das Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Gläubiger schädigen – in diesem Spezialfall dahingehend, dass bestimmte unternehmerische Aktivitäten gesetzt werden, welche aufgrund der geringen Kapitalausstattung der Gesellschaft misslingen und im schlimmsten Fall zum Existenzverlust der Gesellschaft führen. Geschehen diese Maßnahmen auf Betreiben eines Gesellschafters, so kann diesem – sofern man das Modell anerkennt – entgegengehalten werden, dass er aufgrund seines fahrlässigen Verhaltens als faktischer Geschäftsführer mit seinem Privatvermögen hafte.

Dieser Ansatz lässt sich auch auf im Konzernverhältnis stehende Gesellschaften anwenden: In diesem Fall ist die Gesellschaft zwar deshalb mit einem relativ geringen Eigenkapital ausgestattet, weil der betreffende Gesellschafter verschiedene Unternehmensaufgaben in anderen selbständigen Rechtsträgern durchführen lässt. Zu hinterfragen ist aber nicht diese – letztlich legitime – betriebswirtschaftliche Entscheidung sondern konkrete Maßnahmen, welche den Existenzverlust der Gesellschaft späterhin nach sich ziehen mögen.

Somit lässt sich feststellen, dass die Haftungsprobleme, die sich im GmbH-Konzern stellen, keine im eigentlichen Sinne spezifischen sind, die ausschließlich im GmbH-Konzern vorkommen. Vielmehr mögen bestimmte Probleme, die sich in Bezug auf den Gläubigerschutz schon bei der GmbH, die sich nicht in einem Konzernverhältnis befindet, stellen, im Konzernverhältnis aufgrund der speziellen Situation des GmbH-Gesellschafters im Konzernverhältnis stärker zu Tage treten. Die Tatsache allerdings, dass jene Schutzlücken, die speziell im Konzernverhältnis auffällig sind, eigentlich ohnehin schon bei der "gewöhnlichen" GmbH, wenn auch in gemilderten Ausmaß, vorhanden sind, weist weitergehend darauf hin, dass eine Lösung bezüglich der Haftungssituation der Gläubiger nicht in Konzepten, die sich auf das Konzernverhältnis fixieren, sondern vielmehr in solchen, die auf die speziellen Probleme der Rechtsform der GmbH abstellen, zu suchen sein wird.

³⁶⁴ OGH 29.4.2004, 6Ob313/03b; Schopper, GesRZ 2005, 176; Birkner/Pramberger, ZIK 1999, 89; Wenger, RWZ 2005, 97.

7.7. Der "qualifiziert, faktische Konzern" – ein Lösungsansatz durch die deutsche Judikatur

Im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage wurde in der deutschen Judikatur aufgrund der Probleme, die der GmbH - Konzern in Bezug auf den Gläubigerschutz mit sich bringt, nach Lösungen gesucht.

Das Konzept des "qualifiziert, faktischen Konzerns" in der bundesdeutschen Rechtsordnung stützt sich grundsätzlich auf eine Analogie zu den Haftungsbestimmungen im deutschen Aktienrecht und wurde durch die Literatur sowie die höchstgerichtliche Judikatur in Deutschland entwickelt und zusehends erweitert, um verschiedene konzernrechtliche Fallkonstellationen in Hinblick auf die Verwirklichung des Gläubigerschutzes zu erfassen. Die Entwicklung der Rechtsprechung – um dies hier vorwegzunehmen – ist dabei insofern interessant, als dass die Vertiefung der Judikatur in Hinblick auf konzernrechtliche Tatbestände letztlich zu einer schrittweisen Loslösung der rechtlichen Sichtweise vom Konzernverhältnis alleine führte und mit dem Urteil "Bremer Vulkan" in deren – zumindest vorläufiger – Beseitigung zugunsten einer ganzheitlichen GmbH-rechtlichen Betrachtungsweise mündete. Diese Entwicklung war in ihren Ansätzen zum Teil schon vor "Bremer Vulkan" durch die Literatur erkannt worden (vgl. *Altmeppen*, Abschied vom qualifiziert, faktischen Konzern), dies auch schon zu einem Zeitpunkt, als andere das Konzept des "Qualifiziert, faktischen Konzerns" noch als juristischen "Stein der Weisen" feierten.³⁶⁵

Fragt man nach der Relevanz der bundesdeutschen Entwicklung für die österreichische Situation, so ist zunächst evident, dass gerade die Judikaturwende in Bezug auf "Bremer Vulkan" die Situation für die österreichische Rechtsordnung – trotz der unterschiedlichen Ausgangssituation – interessanter macht.

Der OGH beschäftigte sich bislang allerdings nur einmal mit der Frage, ob der deutschen Konzernrechtsprechung Relevanz in Bezug auf die österreichische Rechtslage zukommen könne. Diese Entscheidung aus dem Jahre ..betraf die Frage der Haftung einer Konzernmutter für die nachteiligen Folgen einer Umstrukturierung einer Tochtergesellschaft gegenüber deren Mitarbeitern.³⁶⁶

Aufgrund der fehlenden, analogen Bestimmungen im österreichischen Aktienrecht wurde durch den OGH eine Haftung aus dem Konzerntatbestand damals verneint.

Der Begriff des "qualifiziert faktischen Konzerns" rührt ursprünglich aus dem deutschen Arbeitskreis Reform GmbH, der schon 1972 auf den mangelnden Schutz von Gläubigern und Minderheitengesellschaftern im GmbH-Konzern, insbesondere bei rein faktischer Konzernierung, hinwies.

³⁶⁵*Hommelhoff*, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern 1.

³⁶⁶OGH 12.4.2001, 8 Ob A 98/00w; *Kreil*, Zum Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff, RdW 2002, 315.

Dabei wurde auf die nachhaltige Gefahr der Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft ausgelöst durch die Leitung der Konzernmutter verwiesen.³⁶⁷ Auch Beispiele für diese Annahme wurden dabei gebracht, etwa die Ausrichtung der Produktionsprogramme nach den Vorstellungen der Konzernspitze. In diesem Zusammenhang wurde durch den Arbeitskreis eine Verpflichtung der Konzernmutter zur Verlustübernahme als Lösungsmodell vorgeschlagen.

Die Entwicklung in der deutschen Judikatur begann 1975 mit der Entscheidung "ITT" und führte über die Entscheidung "Gervais/Danone" 1979 und "Autokran" 1985 zur Entscheidung "Tiefbau" 1989. Anhand dieser Entscheidungen wurde der Begriff des faktisch, qualifizierten Konzerns und die entsprechende Rechtsfolge vertieft und determiniert, in der Literatur kam es zu umfangreichen Abhandlungen zu dieser Thematik.

Kernthese des Konzepts ist, dass, sofern ein faktisch, qualifizierter Konzern angenommen wird, das darin herrschende Unternehmen von einer Verlustausgleichspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft bzw. von einer unbeschränkten Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft betroffen sein soll. Dabei stützt sich die deutsche, höchstgerichtliche Judikatur auf einen Doppelanalogieschluss zum deutschen Aktienkonzernrecht. Zunächst wird dabei an die Figur des "beherrschenden Unternehmens" nach § 17 AktG angeknüpft. Danach sieht diese Judikatur eine analoge Heranziehung der §§ 302 ff. bzw. 311 ff. des deutschen AktG als gegeben an und bildet ausgehend von der Verlustausgleichspflicht für beherrschende Unternehmen im deutschen Aktienrecht einen Haftungstatbestand gegenüber Gläubigern einer im Konzernverhältnis befindlichen GmbH.

Während die Erkenntnisse "ITT" und "Gervais/Danone" noch allgemeine Entwicklungen im Konzernrecht brachten, lieferte "Autokran" den Auftakt für die Haftung im qualifizierten, faktischen Konzern. "ITT" formulierte etwa ein Schädigungsverbot gegenüber den Minderheitsgesellschaftern im Konzernverhältnis und anerkannte das Bestehen von konzerndimensional wirkenden Treuepflichten. "Gervais/Danone" erstreckte dieses Prinzip von singulären Eingriffsmaßnahmen auf ein allgemeines, strukturdeterminiertes Verhaltensmuster von Gesellschaftern, die sich in einem Konzernverhältnis befinden.

Die Judikaturlinie des BGH, ausgehend von "Autokran", schuf hingegen verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen für eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen gem. §§ 17 ff. AktG, von deren Erfüllung der Eintritt der entsprechenden Haftungsfolgen abhängig gemacht wird.

Die wichtigste Voraussetzung betrifft das Vorliegen einer "einheitlichen Leitung" im Konzernsinne – auf diese Begrifflichkeit wurde in den vergangenen Abschnitten bereits eingegangen. In der Entscheidung "Autokran" aus 1985 bezieht der BGH dazu insofern Stellung, als dass er von einer "Art der Zusammenfassung mit dem herrschenden Unternehmen, dass an die Stelle der eigenen Belange des Unternehmens jene des Konzerns treten" spricht, sowie die Voraussetzung einer dauerhaften und umfassenden Leitungsausübung formuliert.³⁶⁸

³⁶⁷ Arbeitskreis GmbH-Reform 59.

³⁶⁸ Weigl, Haftung 30.

Eine Vertiefung dieser Rechtsprechung brachte "Tiefbau" aus 1989³⁶⁹, in der abermals auf die dauerhafte und umfassende Leitungsausübung abgestellt wurde. Weiterführend in dieser Richtung war die Entscheidung "Video" aus 1991, in der die Ausübung der Geschäftsführung mit dem Begriff der dauerhaften und umfassenden Leitungsausübung gleichgesetzt wurde.³⁷⁰

Streitfragen in Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal wurden bereits erörtert und betreffen vor allem Art, Umfang, organisatorische Dichte und Inhalt der entsprechenden Leitungseigenschaft.

Interessant ist dabei, dass der BGH in den gegenständlichen Fällen lediglich eine widerlegliche Vermutung der Konzerneigenschaft formuliert. Es besteht somit die theoretische Möglichkeit der Konzernmutter, sich trotz des Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der "einheitlichen Leitung" oder "dauerhaften, umfassenden, einheitlichen Leitung" aus eigener Initiative von den Haftungsfolgen, die an den Tatbestand des qualifiziert, faktischen Konzerns geknüpft sind, freizubeweisen. Ein solcher Gegenbeweis soll sich exakt darauf beziehen, dass trotz des entsprechenden Konzernsachverhalts keinerlei Verletzung des "Eigeninteresses" oder der "eigenen Belange" der abhängigen Gesellschaft erfolgt ist.³⁷¹ Dabei ist allerdings zu bedenken, dass es sich bei dieser Möglichkeit des Gegenbeweises letztlich auch um einen Fall der Beweislastumkehr zugunsten des Gläubigers oder Mitgesellschafters, der eine Haftung im qualifiziert, faktischen Konzern erreichen möchte, handelt. Dieser Fall der Beweislastumkehr wird im konkreten mit den unterschiedlichen Ausgangspositionen der beiden Kontrahenten im gegenständlichen Falle begründet. Dauernde und umfassende Geschäftsleitung mache die Konzernsituation für den Gegner unüberschaubar, das beherrschende Unternehmen habe im Gegensatz zum entsprechenden Kläger dagegen die Verpflichtung, die jeweiligen Vorgänge inhaltlich zu kennen. Aufgrund des allgemeinen Grundsatzes, dass niemand in einem Prozess Sachverhalte auf der Seite des Prozessgegners zu behaupten habe, die er weder kenne noch beweisen könne, folge somit die gegenständliche Beweislastregel.³⁷²

Zu dieser Möglichkeit des "Gegenbeweises", meldeten allerdings zahlreiche Autoren Bedenken an, dass diese nur theoretischer Natur und in der Praxis kaum durchführbar sei. Zusammenfassend bleibt dabei zu betonen, dass die Gegenbeweismöglichkeit, die theoretisch eröffnet wurde, in den höchstgerichtlichen Erkenntnissen aufgrund der Art der zu entscheidenden Sachverhalte nie praktische Relevanz erhielt, entsprechende Überlegungen aufgrund des nunmehr ohnehin völlig geänderten Haftungskonzepts unfruchtbar sind.

Viel wesentlicher ist es, aufzuzeigen, wie sich bereits seit "Autokran" eine

³⁶⁹ BGH 20.2.1989, II ZR 167/88.

³⁷⁰ Weigl, Haftung 30; BGH 23.9.1991, II ZR 135/90.

³⁷¹ Stimpel, Autokran -- Tiefbau -- Video : Stand der Rechtsprechung in Hommelhoff, Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern (1992) 5.

³⁷² Stimpel in Hommelhoff, GmbH-Konzern 5.

entscheidende Fragestellung auftat, die sich über die folgenden Entscheidungen hinwegspannte und letztendlich den Ansatzpunkt zu einer Judikaturwende bildete. Diese Frage bezieht sich auf den Haftungstatbestand im qualifiziert, faktischen Konzern im eigentlichsten Sinne. Die Frage ging und geht dabei in jene Richtung ob der – obig beschriebene – Tatbestand der dauerhaften und umfassenden Leitungsausübung durch ein beherrschendes Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne verbunden mit den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen und der offengelassenen Gegenbeweismöglichkeiten die Haftungsvoraussetzungen in dieser Konstellation bereits erschöpfend abdecke oder ob zusätzlich noch ein bestimmtes Verhalten des beherrschenden Unternehmens erforderlich sei, um die Haftungsfolgen auszulösen. Die entsprechende Kontroverse lässt sich in "Haftung aufgrund eines organisatorischen Zustands" versus "Haftung aufgrund eines bestimmten Verhaltens" zusammenfassen.³⁷³

Auch die Bezeichnung "Faktisch, qualifizierter Konzern als Organisationsbefund" bzw. "qualifiziert, faktischer Konzern als Handlungsbefund" hat in die Literatur Eingang gefunden.

Nach den Anhängern der Auffassung des Organisationsbefunds sollte schon ein entsprechender Haftungstatbestand gegeben sein, falls ein entsprechender Leitungstatbestand ausreichender Intensität und Dichte angenommen werden könne. Dagegen führten verschiedene Autoren ins Treffen, eine entsprechende Haftungsfolge bedinge auch, dass auf Seiten des beherrschenden Unternehmens auch eine Form von pflichtwidrigem Verhalten vorliege, die legale Ausübung der Konzernleitungsmacht an sich könne noch nicht ausreichen.³⁷⁴ Erst durch nachteilige Eingriffe, schädliche Weisungen oder existenzgefährdende Maßnahmen könnten entsprechende Rechtsfolgen ausgelöst werden.

Schmidt hat dies zutreffend auch in der Gegenüberstellung von "konzernrechtlicher Verlustausgleichshaftung kraft Zustands" und "mitgliedschaftlicher Schadenersatzhaftung kraft Verschuldens" thematisiert.³⁷⁵ Allerdings ging es in diesem Beitrag – wie schon der Titel verrät – vorrangig um die Frage, wann eine entsprechende Haftungsfolge einen "privaten" Gesellschafter, also eine beteiligte natürliche Person, treffen könnte. *Schmidt* zeigt sich in diesem Beitrag auch als strikter Befürworter einer ausschließlichen Innenhaftung.

Während sich in "Autokran" zwar schon Ansätze zeigten, bestimmte Verhaltensweisen der Konzernführung in die Sachverhaltsbewertung miteinzubeziehen, dominierte hier dennoch der Gedanke der Haftung kraft eines faktisch bestehenden Zustands. In dieselbe Richtung ging dann auch die Entscheidung "Tiefbau", die zusätzlich noch betonte, dass das Feststehen bestimmter schädigender Eingriffe eben gerade kein zwingendes Indiz sein soll, um die Haftungsfolgen auszulösen. Dagegen stellte die Entscheidung "Video" aus 1991 wieder stärker auf die Zugrundelegung eines bestimmten Verhaltensmusters insofern ab, als die Geschäftsführung des Konzerns auf die Belange der

³⁷³ *Stimpel* in *Hommelhoff*, GmbH-Konzern 5.

³⁷⁴ *Lutter*, ZIP 1985, 1425.

³⁷⁵ *Schmidt*, ZIP 1986, 146.

abhängigen Gesellschaft keine ausreichende Rücksicht genommen habe.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die allgemeine Aussagekraft in Hinblick auf eine Haftung kraft Zustandes oder Verhaltens innerhalb dieser drei höchstgerichtlichen Entscheidungen durchaus auch in sich widersprüchlich blieb und letztlich offenließ, in welche Richtung sich der BGH entscheiden werde. Daher konnten aufgrund der höchstgerichtlichen Spruchpraxis sowohl die Anhänger eines organisationsanknüpfenden Haftungskonzepts als auch jene eines verhaltensanknüpfenden Gedankens für sich immer wieder behaupten, das Höchstgericht folge ihrer Meinung.

Schon durch die "Video"-Entscheidung wurde dagegen auch das stärkere Gewicht des Anknüpfens an ein bestimmtes Verhalten vorweggenommen. Dass damit aber auch gleichzeitig das Ende der Rechtsfigur des qualifiziert, faktischen Konzerns eingeläutet war, war dagegen allgemein noch nicht zu erkennen.

Dagegen pochte *Altmeyden* zur selben Zeit darauf, dass die Tage des "qualifiziert, faktischen Konzerns" ohnehin gezählt seien³⁷⁶, brachte allerdings dabei gänzlich andere Argumente als jene, die dieser Rechtsfigur dann letztendlich tatsächlich den Todesstoß versetzten, vor.

Eine erste Erosion brachte dagegen die Entscheidung "TBB" aus 1993 insoferne, als schlussendlich eine neue Tatbestandsvoraussetzung formuliert wurde.

Dabei wurde auf den objektiven Missbrauch der beherrschenden Unternehmerstellung und die mangelnde Berücksichtigung der Eigeninteressen einer Gesellschaft abgestellt. Noch entscheidender ist vielleicht, dass seitens des BGH in diesem Zusammenhang auf die Prüfung und Bejahung eines entsprechenden Konzernverhältnisses völlig verzichtet wurde und auch ausdrücklich der Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft gegenüber des Zustandes der Ausübung dauerhafter Leitungsmacht der Vorzug eingeräumt wurde.

Diese – an sich klare – Tendenz des BGH wurde in der Literatur eindeutig unterbewertet. Vor allem von jenen Autoren, die sich bereits zuvor als glühende Verfechter der nunmehr in Gefahr befindlichen Rechtskonstruktion erwiesen hatten, wurde versucht, die Wirkung der Entscheidung insoferne abzuschwächen, als diese nur als "Klarstellung" zu der bisherigen Judikaturlinie interpretiert und versucht wurde, diese mit den bisherigen Urteilen in Einklang zu bringen.³⁷⁷ Kritisch wird dies von *Ulmer* dargestellt.³⁷⁸ Auch *Altmeyden* weist darauf hin, dass das Substrat der gegenständlichen Entscheidung – das Abgehen von einer eigenständigen Konzernhaftung – durch die Literatur erstaunlicherweise kaum behandelt wurde.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern aufgrund eines bestimmten Zustandes in Wahrheit schon seit der Entscheidung zu TBB zugunsten eines auf den Bestandschutz der Gesellschaft

³⁷⁶ *Altmeyden*, Abschied 59.

³⁷⁷ *Weigl*, Haftung 40.

³⁷⁸ *Ulmer*, ZIP 2001, 2021.

gerichteten Haftungstatbestandes – unabhängig von der Einbettung der Gesellschaft in Konzernverhältnis – aufgegeben worden war, von der Literatur, die sich fast krampfhaft an die vorhandene Figur klammerte, dies aber erst im Zuge der Entscheidung "Bremer Vulkan" 2001 vollständig nachvollzogen worden ist.

Bereits vor dieser Entscheidung hatte *Röhrich* darauf verwiesen, dass es nicht mehr auf die Konzernlage, geschweige denn auf ein Handeln im Konzerninteresse ankomme. vielmehr zugunsten der Gläubiger auf den allgemeinen Bestandschutzgedanken Bedacht zu nehmen sei.³⁷⁹

7.8. Kann das Konzept der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe die konzernspezifische Haftungsproblematik lösen ?

Bislang wurden im Rahmen dieses Teils der Arbeit die Spezifika des Konzerns ebenso wie die spezielle Haftungsproblematik, mit der Gläubiger von im Konzernverhältnis stehenden Gesellschaften konfrontiert sind, ausführlich dargestellt. Im Rahmen der vorangegangenen Betrachtungen wurde gezeigt, wie in Deutschland versucht wurde, mit dem "qualifiziert, faktischen Konzern" ein spezifisches Haftungskonzept zu schaffen, das die dem Konzern eigene Haftungssituation lösen sollte.

Die Idee des "qualifiziert, faktischen Konzerns" ist in Deutschland gescheitert, damit aber letztendlich auch der Ansatz, eine spezifische Haftungsregelung zu schaffen, welche den Gesellschafter nur aufgrund des Vorliegens eines bestehenden Konzernsachverhalts zur Haftung heranzieht. Das Ergebnis dieses Ansatzes wurde letztendlich als unbillig empfunden und tatsächlich ist nicht leicht einsichtig, warum ausschließlich die Tatsache, dass ein Gesellschafter neben seiner Beteiligung an einer Gesellschaft noch weitere Interessen verfolgt, schon dazu führen soll, dass dieser zur persönlichen Haftung herangezogen wird, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird.

Bereits darauf hingewiesen wurde, dass letztendlich für den Gläubiger nicht relevant ist, aus welchem Beweggrund heraus ein Gesellschafter zum Schaden des Gesellschaftsvermögens handelt, einzig relevant ist für ihn die Tatsache, dass dies geschieht. Etwas salopp formuliert: Dem Gläubiger wird es in der Regel egal sein, ob ein Gesellschafter einer Gesellschaft Kapital entzieht, weil dies seinen sonstigen Interessen dient oder weil er mit dem Geld eine Weltreise machen möchte.

Im Kapitel zum existenzvernichtenden Eingriff wurde im Rahmen der Darstellung des Tatbestandes, der in diesem Zusammenhang zum Durchgriff auf das Privatvermögen des Gesellschafters führen kann, ausführlich beschrieben, wie ein diesbezüglicher

³⁷⁹ *Röhrich* in FS 50 Jahre BGH 83.

Eingriff gestaltet sein kann:

Prinzipiell soll in einer Form, die "die gebotene Rücksicht des Gesellschafters auf die Belange der Gesellschaft vermissen lässt" in das Gesellschaftsvermögen eingegriffen werden. Durch ein dem Gesellschafter zurechenbares Verhalten, das die Vermögensbelange der Gesellschaft in rücksichtsloser Weise nicht beachtet, soll eine Situation geschaffen werden, die es der Gesellschaft unmöglich macht, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen.

Ein Gesellschafter zieht Vermögen aus der Gesellschaft ab und wendet es sich selbst oder einem Dritten zu, über den Entzug des bilanzwirksamen Vermögens hinaus können dabei noch weitergehende Schäden entstehen, die unter Anwendung der Kapitalerhaltungsbestimmungen nicht ohne weiteres rückforderbar sind.³⁸⁰

Daneben werden dem Eingriffstatbestand auch betriebswirtschaftliche Entscheidungen zugerechnet, welche Vermögenswerte und Ressourcen der Gesellschaft, die nicht dem bilanziellen Kapitalbegriff entsprechen, betreffen, etwa der Abzug nötiger Personalreserven, die Einstellung von Betriebs- oder Produktionsstätten, die Entnahme von Produktionsmitteln, die Kreditgewährung an einen Dritten ohne angemessene Gegenleistungen, die Streichung wichtiger Unternehmensbereiche (etwa Forschung), die Einstellung sinnvoller Produktlinien, der Abschluss besonders nachteiliger Vertragsbeziehungen, der Eingriff in die Geschäftschancen der Gesellschaft, die Übernahme von Geschäften mit übergroßen Risiken oder die Übertragung von Verlustgeschäften auf eine GmbH innerhalb eines Konzerns.³⁸¹

Betrachtet man nun die Charakteristika des existenzvernichtenden Eingriffs, ist festzustellen, dass diese jene Sachverhalten, die oftmals in Konzernverhältnissen anzutreffen sind, stark widerspiegeln.

Als typische, betriebswirtschaftliche Folgen bei Konzernierungen wurde festgehalten, dass üblicherweise die Politik und Strategie der rechtlich selbständigen Unternehmung durch die Konzernspitze beeinflusst wird, verschiedene Bereiche an die Konzernspitze häufig abgegeben werden, damit diese im Rahmen einer anderen, rechtlich selbständigen Unternehmung erledigt werden, sowie in einer horizontalen Ebene typischerweise Leistungsbeziehungen zwischen einzelnen Konzerngesellschaften stattfinden.

Gerade diese Sachverhaltskonstellationen machen aber auch den Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs aus. Die Festlegung der Unternehmenspolitik und grundlegender betriebswirtschaftlicher Entscheidungen durch den Konzern bedeutet letztendlich, dass ein Gesellschafter in die Geschäftsführung der Gesellschaft entsprechend eingreift. Die Tatsache, dass konzernverbundene Gesellschaften oftmals Teile ihrer Unternehmungen an andere selbständige Gesellschaften im Verbund des Konzerns abgeben müssen, kann einen Abzug von – materiellen oder immateriellen – Ressourcen zu Lasten der Gläubiger darstellen. Zwischen den

³⁸⁰ Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 437.

³⁸¹ Bruns, WM 2003, 820.

verschiedenen Konzerngesellschaften stattfindende Geschäftsbeziehungen in Form von Leistungsaustausch werden sich daraufhin untersuchen lassen müssen, ob diese nicht nur als Vorwand dazu dienen, dass zwischen den einzelnen Rechtsträgern Ressourcen verschoben werden, insofern, ob getätigte Geschäfte zu Konditionen erfolgen, welche auch außerhalb des Konzerns üblich wären.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die im Konzernverhältnis faktisch stattfindenden, betriebswirtschaftlichen Vorgänge oftmals jenen Sachverhalten entsprechen werden, welche die Tatbestandsvoraussetzung für den existenzvernichtenden Eingriff bilden.

Auch die typischen Gefahren, die das Konzernverhältnis in Hinblick auf den Gläubigerschutz mit sich bringt, stehen in Verbindung mit dem Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs. Die Tatsache, dass der Gesellschafter der Konzerngesellschaft im Konzerninteresse und nicht im Interesse der jeweiligen Einzelgesellschaft handelt, kann dazu führen, dass er in die Einzelgesellschaft in einer Weise eingreift, welche die gebotene Rücksichtnahme auf die Vermögenssituation der Gesellschaft vermissen lässt. Bei der Haftungssegmentierung geht es letztendlich um nichts anderes als darum, dass einzelne Unternehmensteile in selbständige Rechtsträger innerhalb des Konzernverbunds ausgelagert werden.

Festzuhalten ist somit: Das Konzept der Existenzvernichtungshaftung stellt letztendlich nicht nur auf jene Sachverhalte ab, welche typischerweise Gefahren für den Gläubiger einer im Konzernverhältnis stehenden Gesellschaft bestehen sondern kann umgekehrt auch für den Gläubiger – zumindest teilweise – eine Verringerung dieser Gefahren mit sich bringen. Die Existenzvernichtungshaftung stellt sich als verhaltensbezogene Haftung nicht gegen das Konzernverhältnis an sich, anerkennt somit grundsätzlich – auch in Haftungsfragen – die Selbständigkeit der einzelnen Rechtsträger, die gemeinsam das Wirtschaftsphänomen Konzern bilden, lediglich knüpft sie an bestimmte Verhaltensweisen des Gesellschafters einen Durchgriff auf dessen Privatvermögen an.

Letztendlich ist es somit eine Wertentscheidung, ob man die Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe als Lösungsmodell für die Gläubigerschutzproblematik bei Konzernverhältnissen betrachtet oder nicht.

7.9. Gewinnabführung im Konzernverhältnis

Geprägt ist das Konzernverhältnis, sofern es nicht auf rein faktischer Basis funktioniert, vor allem auch dadurch, dass die am Konzernverhältnis beteiligten Rechtsträger über bestimmte Vertragsgestaltungen miteinander verbunden werden und derart zu einer wirtschaftlichen Einheit verschmelzen.

Bereits dargestellt wurde, wie mittels vertraglicher Gestaltungen eine herrschende Gesellschaft im Konzernverhältnis die Willensbildung in Bezug auf die beherrschte Gesellschaft absichern sollen. Neben solchen Vertragstypen, deren Ziel es vor allem ist, ein einheitliches Agieren des Konzerns überhaupt erst zu ermöglichen, werden typischerweise Sachverhalte, welche das Konzernverhältnis inhaltlich bestimmen, auch mittels Vereinbarungen zwischen den Konzerngesellschaften festgelegt.

Ein typisches Beispiel für solche vertraglichen Gestaltungen, die im Konzernverhältnis immer wieder anzutreffen sind, ist beispielsweise der Gewinnabführungsvertrag, dessen wesentlicher Inhalt es ist, dass eine im Konzernverhältnis stehende Gesellschaft sich dazu verpflichtet, den in der Gesellschaft erzielten Gewinn an eine andere im Konzern stehende Gesellschaft abführt.³⁸²

Solche Gewinnabführungsverträge können mit einer Verpflichtung des anderen Rechtsträgers, auch die Verluste der Gesellschaft mittragen zu müssen, korrespondieren oder auch nur für sich alleine stehen. In vielen Fällen wird schon aus steuerlichen Gründen vereinbart, dass sowohl Gewinn als auch Verlust an den anderen Träger abzuführen sind, somit kein Gewinnabführungsvertrag sondern ein Ergebnisabführungsvertrag vereinbart.³⁸³

Gesetzlich geregelt ist der Gewinnabführungsvertrag in Österreich nicht, die rechtliche Zulässigkeit ist umstritten. Gegen die rechtliche Akzeptanz des Gewinnabführungsvertrags wird vor allem ins Treffen geführt, dass dieser über kurz oder lang die wirtschaftliche Lebensfähigkeit jenes Rechtsträgers, der die erwirtschafteten Früchte ständig abzuführen hat, beeinträchtigt und dessen Substanz auszehrt.

Betrachtet man die Natur des Gewinnabführungsvertrages, so ist zunächst festzustellen, dass man sich auch diesem Phänomen auf einer Ebene nähern sollte, welche nicht primär darauf abstellt, dass sich die entsprechende Gesellschaft in einem Konzernverhältnis befindet sondern sich zunächst an die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen halten.

Dabei sollte man nun zunächst danach differenzieren, in welchem rechtlichen Verhältnis diejenige Gesellschaft, die ihren Gewinn abführen soll, zu jener steht, welcher der Gewinn zufließen soll. Falls diejenige Gesellschaft, die in den Genuss des Gewinns kommen soll, selbst im Rahmen des Konzernverhältnisses an der abführenden Gesellschaft beteiligt ist, so handelt es sich letztendlich um nichts anderes als eine Abführung des durch die Gesellschaft erwirtschafteten Bilanzgewinns an den Gesellschafter. Dabei ist nicht einsichtig, wo der Unterschied bestehen sollte, ob der Gesellschafter, dem der entsprechende Gewinn zufließen soll, mit der abführenden Gesellschaft konzernverbunden ist oder nicht. Wesentlich ist letztendlich nur, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Verteilung des Bilanzgewinns entsprechend eingehalten werden. Dabei ist auch zu beachten, dass die Gewinnverwendung letztendlich in weiten Teilen der dispositiven Regelung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages unterliegt. Prinzipiell ist dabei darauf zu verweisen, dass etwa eine Vereinbarung, welche einem oder mehreren Gesellschaftern ausschließlich die Zuführung von Gewinn zusichert, ihm jedoch keinerlei Lasten übernehmen lässt, vor allem im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern problematisch sein kann, etwa als Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung.³⁸⁴

³⁸² *Krejci*; Partnerschaft 325.

³⁸³ *Krejci*; Partnerschaft 342.

³⁸⁴ *Krejci*; Partnerschaft 343.

Weiters ist dabei auch an allgemeine, vertragsrechtliche Prinzipien, etwa die Frage, ob ein solcher Vertrag nicht sittenwidrig ist, zu denken.

Dabei ist grundsätzlich festzuhalten, dass es aus Sicht des Gläubigers derjenigen Gesellschaft, welche den Gewinn abführen soll, wohl unwesentlich ist, ob der erwirtschaftete Bilanzgewinn ausschließlich an einen Gesellschafter abgeführt wird oder zwischen den Gesellschaftern aliquot aufgeteilt wird. Wesentlich ist hingegen natürlich, dass der ausgewiesene Gewinn auf einer korrekten Bilanz basiert, nur der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn verteilt und die Regelungen über das Verbot der Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter eingehalten werden.

Anders sieht die Frage der Gewinnverteilung aus Sicht der Gläubiger natürlich allerdings aus, wenn man davon ausgeht, dass einer entsprechenden Gewinnabführung im Konzernverhältnis keine aliquote Verlustübernahme gegenübersteht. Sofern einer beteiligten Gesellschaft tatsächlich nur Gewinne aber keine Verluste zufließen, ist klar, dass andere Rechtsträger ausschließlich oder überproportional mit Verlusten belastet werden.

Dabei ergeben sich letztendlich folgende Möglichkeiten: Einerseits ist vorstellbar, dass aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung entsprechende Verluste in der Gesellschaft verbleiben, andererseits ist auch vorstellbar, dass solche Verluste an einen anderen Rechtsträger, der im Konzernverhältnis steht, abgeführt werden.

Beide Varianten bedeuten letztendlich, dass einer Konzerngesellschaft aufgrund ihrer konzerninternen Beteiligung und der jeweiligen gesellschaftsvertraglichen Gestaltung die alleinige Lastenübernahme obliegt. Festzuhalten ist jedenfalls, dass die Gläubiger einer Konzerngesellschaft, die konzernintern eine Beteiligung aufweist, aus der ihr aufgrund des Gesellschaftsvertrages nur Verluste erwachsen, durch eine solche Konstruktion entsprechend geschädigt werden. Auf längere Sicht käme es möglicherweise zum Resultat, dass diejenige Gesellschaft, welche die Verluste zugeschrieben erhält, zahlungsunfähig würde. Andererseits würde der Konzern als wirtschaftliche Gesamteinheit von einem solchen Konstrukt auf Kosten der Gläubiger profitieren, da entsprechende Verbindlichkeiten, die in die existenzgefährdete Gesellschaft "verschoben" würden, nicht mehr bedient werden müssten.

In Bezug auf Aktiengesellschaften, welche in Konzernverhältnissen stehen, ist in diesem Zusammenhang auf die Regelungen des § 100 Aktiengesetz zu verweisen. Diese Bestimmung bietet eine Haftungsgrundlage, falls bei Aktiengesellschaften vorsätzlich Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder dazu bestimmt werden, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Dabei geht es prinzipiell darum, dass derjenige haften soll, der zu verantworten hat, dass es seitens der Entscheidungsträger der Gesellschaft zu Dispositionen kommt, welche dem Gesellschaftsinteresse widersprechen, dagegen aber einen Dritten – möglicherweise im Rahmen des Konzerninteresses – begünstigen sollen. Kritisiert wird an dieser spezifisch aktienrechtlichen Bestimmung vor allem die Tatsache, dass ein entsprechender Schadenersatzanspruch an vorsätzliches Handeln gebunden ist und man hier häufig auf Beweislastprobleme stößt.

Zudem war es in der Diskussion stets umstritten, ob eine derartige Bestimmung analog auf GmbHs im Konzernverhältnis angewandt werden kann. Dagegen wird vor

allem eingewandt, dass der Geschäftsführer einer GmbH auch dann haftet, wenn er eine bestimmte Handlung in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses gesetzt hat.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang auf die eingangs ohnedies bereits geschilderten Lücken der Geschäftsführerhaftung bei der GmbH zu verweisen. Das Argument der Geschäftsführerhaftung für sich alleine kann somit das Abstehen von einem Analogieschluss auf GmbHs im Konzernverhältnis für sich nicht rechtfertigen. Geht man aber vom Prinzip der Durchgriffshaftung im Konzernverhältnis aus, so relativiert sich ohnedies die Frage der analogen Anwendung solcher Regelungen aus dem Aktienrecht. Letztendlich handelt es sich bei solchen Fällen um klassische Anwendungsfälle der Durchgriffshaftung.

Geht also eine Gesellschaft etwa eine solche schädliche Beteiligung ein, wird dies jedenfalls ein Grund für eine Haftung der entsprechenden Verantwortungsträger gegenüber den geschädigten Gläubigern sein. Dabei ist sowohl an die Geschäftsführerhaftung als auch – gegebenenfalls – an die Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter – etwa aufgrund faktischer Geschäftsführungshandlungen als auch aufgrund existenzvernichtender Eingriffe – zu denken.

In Bezug auf die Existenzvernichtungshaftung ergibt sich dabei die Problematik, dass in diesem Fall die Gesellschaft nicht aufgrund unmittelbarer finanzieller Flüsse zugunsten eines Gesellschafters geschädigt wird. Vielmehr profitieren die "Hintermänner" der Gesellschaft nur indirekt von einer solchen Konstruktion, als den Verlusten, welche die existenzgefährdete Gesellschaft auf sich nehmen muss, umgekehrt höhere Gewinne einer anderen beteiligten Konzerngesellschaft, welcher ausschließlich die Gewinnabführung zugute kommt, gegenüberstehen. Der Profit aus der Beteiligungskonstruktion fließt somit nicht unbedingt unmittelbar den Gesellschaftern der existenzgefährdeten Gesellschaft sondern Dritten zu.

Eine andere Ausgangsposition ergibt sich, falls diejenige Gesellschaft, welche die Gewinnausschüttung erhält, in keinerlei Beteiligungsverhältnis zur ursprünglichen Gesellschaft steht. Unter diesen Voraussetzungen handelt es sich letztendlich um eine Gewinnabführung an einen unbeteiligten Dritten. Falls es sich dabei um eine Leistung handelt, für welche der Empfänger der Gewinnabführung keine Gegenleistung erbringt, unterliegen solche Vorgänge den allgemeinen Regelungen der Anfechtungsordnung, etwa aus dem Grund der Schenkung. Sofern der Rechtsträger, welcher in den Genuss des Gewinns kommen soll, nicht als Gesellschafter der gewinnabführenden Gesellschaft fungiert, wird somit eine Gewinnabführung in der Regel nicht zu lässig sein.

Als Resümee zu entsprechenden Gewinnabführungsvereinbarungen im Konzernverhältnis bleibt jedenfalls festzuhalten: Gegen Gewinnabführung an beteiligte Gesellschaften spricht grundsätzlich nichts, solange entsprechende gesetzliche Voraussetzungen eingehalten werden. Problematisch wird die Situation aber dann, wenn aufgrund entsprechender Gewinnabführungsvereinbarungen andere selbständige Rechtsträger im Konzernverhältnis benachteiligt werden und diesen Vermögenssubstanz entzogen wird. Hier würde es sich um einen klassischen, konzernspezifischen Anwendungsfall der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe handeln.

Weiters kommen im Konzernverhältnis häufig auch andere Abreden vor, welche

Vermögensverschiebungen zwischen den einzelnen Rechtsträgern zum Ziel haben. Vor allem werden häufig in verschiedenen Varianten Abreden vereinbart, welche verdeckte Gewinnausschüttungen zum Ziel haben.³⁸⁵ Dabei ist grundsätzlich etwa an Rechtsgeschäfte zu denken, welche nicht zum Marktwert durchgeführt werden und letztendlich eine inadäquate Bereicherung eines Rechtsträgers zur Folge haben. Letztlich sind – unabhängig davon, ob eine Gesellschaft in einem Konzernverhältnis steht – alle objektiv unbegründeten Besserstellungen der Gesellschafter gegenüber außenstehenden Geschäftspartnern auf Kosten der Gesellschaft untersagt.³⁸⁶ Grundsätzlich sind Vereinbarungen, welche dem Verbot der Einlagenrückgewähr widersprechen, rückabzuwickeln, Sachverhalte dieser Art lassen sich schon anhand der Kapitalerhaltungsbestimmungen lösen,

Zusammenzufassen ist somit, dass sich ein Raum für die Durchgriffshaftung vor allem dort bietet, wo entsprechende Verträge im Konzernverhältnis eine Gewinnverteilung zu Lasten einer bestimmten Gesellschaft vorsehen, weiters aber auch auf die Kapitalerhaltungsbestimmungen, insbesondere auf die Regelungen zur verbotenen Einlagenrückgewähr bei Abreden im Konzernverhältnis, jedenfalls bedacht zu nehmen ist.

7.10. Resumee

Festgestellt konnte bei der Betrachtung von in Konzernverhältnissen stehenden GmbHs werden, dass die grundsätzliche rechtliche Ausgangslage keine andere ist als bei nicht konzernierten GmbHs. Differenzierungen ergeben sich aus der spezifischen Interessenlage der Gesellschafter, welche aufgrund des bestehenden Konzernverhältnisses vorhanden sein mag.

Diese kann letztendlich dazu führen, dass versucht wird, zu Gunsten des gesamten Konzerns und zu Lasten der Gesellschafter in die Vermögenslage der einzelnen Gesellschaft einzugreifen. Manche Sachverhalte lassen sich dabei durch Anwendung der Bestimmungen über die verbotene Einlagenrückgewähr lösen. Gerade Vertragsregelungen über die Abführung von Gewinnen sind hingegen ein Bereich der für die Anwendung der Haftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe.

Nachdem – wie oben geschildert – in Deutschland über Jahr hinweg versucht wurde, ein Haftungsmodell zu kreieren, welches ausschließlich in Konzernverhältnissen stehende Gesellschaften erfasst und für entsprechende Fälle ein Ausgleichsmodell vorsah, wurde dieses Prinzip des „qualifiziert, faktischen Konzerns“ nunmehr durch die Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe abgelöst.

Vom „qualifiziert, faktischen Konzern“ unterscheidet sich die Existenzvernichtungshaftung vor allem dadurch, dass sie nicht auf einen bestimmten Zustand, genauer jenen der Konzernierung, abstellt. Vielmehr möchte sie sämtliche Gesellschaften erfassen, unabhängig davon, ob diese in einem Konzernverhältnis stehen oder nicht. Die Haftung knüpft demgemäß auch an bestimmte, konkrete

³⁸⁵ *Krejci*; Partnerschaft 344.

³⁸⁶ *Krejci*, Wbl 1993, 269.

Verhaltensmuster an, welche im Konzern bevorzugt vorkommen mögen, allerdings nicht nur im Konzernverhältnis vorkommen können.

Die Ausgangslage ist in Österreich sowohl in Hinblick auf die allgemeine Haftungsstruktur der GmbH als auch die Situation von konzernierten Gesellschaften mit jener in Deutschland vergleichbar, die rechtlichen Abweichungen sind gering. Sofern man der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen somit grundsätzlich Berechtigung einräumt, ist jedenfalls aufgrund der obigen Betrachtungen evident, dass diese in der österreichischen Rechtsordnung genauso viel Bedeutung hat wie in Deutschland, wo sie bereits Bestandteil der höchstgerichtlichen Judikatur ist.

ANHANG:

Literaturverzeichnis

Altmeyden, Holger: Abschied vom qualifiziert, faktischen Konzern, Heidelberg, 1991

Artmann, Evelyn: Die Durchgriffshaftung im Konzern in Kalss/Rüffler (Hrsg.), GmbH-Konzernrecht - Stand und Entwicklungen im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht, Wien 2003, S. 87-106

Artmann, Evelyn: Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht in Recht der Arbeit, 2002, S. 70 ff.

Assmann, Heinz-Dieter: Der qualifiziert faktische GmbH- Konzern in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln, 1992, S. 657 ff.

Bauder, Wolfgang: Neue Entwicklungen beim qualifiziert faktischen Konzern? in BB 1992, S. 1797 ff.

Bauer, David Christian: Unternehmensfinanzierung durch stille Gesellschaft- heute und nach künftigem EKEG in GeS 2003, S. 109 ff.

Benne, Dietmar: Haftungsdurchgriff bei der GmbH, insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung, Köln, 1978

Birkner Albert/Pramberger Michael: Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung in ZIK 1999, S. 89 ff.

Bitter, Georg: Der Anfang vom Ende des qualifiziert, faktischen GmbH-Konzerns in WM 2001, S. 2133 ff

Bitter, Georg: Konzernrechtlicher Durchgriff bei Personengesellschaften, Köln, 2000

Böhler, Elisabeth: Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr in ÖBA 2004, S. 433 ff.

Brandenburg, Hans-Friedrich: Die teleologische Reduktion, Göttingen, 1983

Brandstetter Wolfgang, Der „Strohmann- Geschäftsführer“ im Kridastrafrecht in ecolex 1992, S. 244 ff.

Bruns, Patrick: Existenz- und Gläubigerschutz in der GmbH- das Vulkan-Konzept in

Wertpapier-Mitteilungen 2003, 816

Büscher, Dirk: Die qualifizierte faktische Konzernierung – eine gelungene Fortbildung des Rechts der GmbH ?, Bochum, 1999

Bydlinski, Franz: Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien, 2005

Canaris, Claus Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, München, 1983

Dellinger Markus /*Oberhammer* Paul: Insolvenzrecht, Wien, 2004

Dellinger, Markus: Eigenkapitalersatzrecht im Konzern in *ecolex* 2002, S. 329 ff.

Dellinger, Markus: EKEG-leicht zu umgehen in *Ges* 2004, S. 125 ff.

Dellinger, Markus: Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger in *WBI* 1993, S. 201 ff.

Doralt, Peter: Unbeschränkte Haftungen bei Insolvenz der GmbH in *Der Gesellschafter GesRZ*, 1982, S. 90

Drobnig, Ulrich: Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt, 1959

Ehricke, Ulrich: Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht in *Acp* 1999, S. 199 ff.

Emmerich Volker /*Sonnenschein* Jürgen: Konzernrecht, München, 2005

Feil Erich: Durchgriffshaftung bei juristischen Personen in *GesRZ* 2003, XV

Fink, Herbert: Insolvenzverfahren als Instrument der Schuldbefreiung in *ÖJZ* 1992, S. 8 ff.

Fleck, Hans-Joachim: Die Drittanstellung des GmbH Geschäftsführers in *ZHR* 1985, S. 390 ff.

Fleischer, Horst: Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2003, S. 1 ff.

Fremuth, Alice: Das Unternehmensreorganisationsgesetz-Gesetzestext und Materialien in *RdW* 1997, S. 497 ff.

Goette, Wulf: *ZHR* 2002, Beiheft 70

Goldschmidt Levin: Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft, Berlin, 1892

Griehser, Peter: Die holding in der österreichischen Rechtsordnung in *ecolex* 2007, S. 181 ff.

Harrer, Friedrich: Das neue Eigenkapitalersatzrecht in Wbl 2004, S. 201 ff.

Harrer, Friedrich: Haftungsprobleme bei der GmbH, Wien, 1990

Henze, Hartwig: Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern in ecolex 1994, S. 392 ff.

Hillgruber, Christian: Richterliche Rechtsfortbildung- demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen ein scheinbare Selbstverständlichkeit in JRP 2001, S. 281 ff.

Hoenig Christian/ Stingl Harald: Geschäftschancen- Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes in GesRZ 2007, S. 23 ff.

Hofmann Paul, Zum Durchgriffsproblem bei der unterkapitalisierten GmbH in NJW 1966, S. 1941 ff.

Honsell Heinrich, Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung in Juristische Blätter, 1987, S. 146

Honsell Heinrich, Die GmbH und der Gläubigerschutz in GesRZ 1987, S. 173 ff.

Jabornegg, Peter: Arbeitsvertragsrecht im Konzern in Recht der Arbeit, 2002, S. 3 ff.

Jabornegg, Peter: Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften in Wbl 1989, S. 1 ff.

Joost, Detlev: Ausfallshaftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern in Hommelhoff Peter, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern, Köln, 1992, S. 133 ff.

Kallss, Susanne: Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, Wien, 2005

Karollus, Martin: Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Geschäftsführerhaftung aus culpa in contrahendo in ÖBA 1995, S 7 ff.

Keßler, Jürgen : Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter in GmbH-Rundschau 2002, S. 950 ff.

Koberg, Peter: Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich, Köln, 1992

Koppensteiner Georg, Existenzvernichtung der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter in Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Wien, 2002, S. 607 ff.

Koppensteiner, Georg: Zur Haftung des Gesellschafters bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH in JBl 2006, S. 681 ff.

Koppensteiner, Georg: Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters in Wirtschaftsrechtliche Blätter, 1988, S. 1ff.

Kort, Michael: Der „private“ Großaktionär als Unternehmer in DB 1986, S. 1909 ff.

Koziol, Helmut: Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung in Recht der Wirtschaft, 1983, S. 34

Kreil, Linda: Zum Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff bei Arbeitnehmeransprüchen im Konzern in Recht der Wirtschaft, 2002, S. 415

Krejci, Heinz: Partnerschaft, Verein, Konzern, Wien, 1988

Krejci, Heinz: Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot in Wbl 1993, S.269 ff.

Krejci, Heinz: Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002 in Jbl 2003, S.217 ff.

Krieger, Gerd: Der Tatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns in Hommelhoff Analyse des qualifiziert faktischen Konzerns in Hommelhoff Peter, Der qualifiziert, faktische GmbH-Konzern, Köln, 1992, S. 52 ff.

Kuhn, Ottmar.: Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen, 1964

Karollus, Martin: Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den Eumig-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337

Langenbucher, Katja: Die Entwicklung und Auslegung von Richterecht, München, 1996

Larenz Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, 1979

Lehmann, Jens : Das Privileg der beschränkten Haftung und die Durchgriffslehre im Gesellschafts- und Konzerrecht in Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 1986, S.351ff

Lehner, Andrea: Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung in GesRZ 2005, S. 128 ff.

Lutter, Marcus: Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-. Konzern in ZIP 1985, 1425

Lutter Marcus/ Banerjea Nermal: Haftung wegen Existenzvernichtung in Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2003, S. 403 ff.

Mader, Peter: Kapitalgesellschaften, Wien, 2006

Mayer-Maly, Theo: Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen in JZ 1986, S. 562 ff.

Medigovic, Ursula: Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen in Österreichische Juristenzeitung, 2003, S. 9 ff.

Meyer-Cording, Ulrich: Mehr Klarheit für Insolvenztatbestände in BB 1985, S. 1925 ff.

Mohr, Franz: Die Reform des Unternehmensinsolvenzrechts-ein Zwischenbericht in ZIK 1995, S. 18 ff.

Mülbert, Peter: Abschied von der "TBB"-Haftungsregel für den qualifiziert, faktischen Konzern in Deutsche Schriftenreihe, 2001, S.1937 ff

Müller-Erzbach, Rudolf: Reichsgericht und Interessenjurisprudenz in Otto Schreiber, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin, 1929, S. 162ff.

Müller-Freienfels, Wolfram: Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht in AcP 156, 1957, S. 522 ff.

Mugler, Josef: Hilfe bei Inkasso von Forderungen- Kreditversicherung und Factoring vermindern das Risiko in SWK 1983, D 23

Napokoj Elke: Rückzahlungsanspruch der Aktiengesellschaft gegen die Aktionäre aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr in GeS 2007, S. 70 ff.

Nirk, Rudolf: Zur Rechtsfolgendeite der Durchgriffshaftung in FS Walter Stimpel, Berlin, 1985, S.444

Oelkers, Jamine: Mindestkapital und Nennkapital-Leistungskraft für den Gläubigerschutz in GesRZ 2004, S. 360 ff.

Priester, Hans-Joachim: Unbeschränkte Konzernhaftung des GmbH-Gesellschafters, ZIP 1986, S. 137 ff.

Probst, Thomas: Die Änderung der Rechtsprechung, Basel ,1993

Raiser, Thomas: Konzernverflechtungen unter Einschluss öffentlicher Unternehmen, ZGR 1994, 156

Rehbinder, Ekkehard.: Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg, 1962

Reich-Rohrwig, Johannes: Das neue Eigenkapitalersatzgesetz in ecolex 2004, S. 106 ff.

Reich-Rohrwig, Johannes: Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften in ecolex 2003, S. 152 ff

Reisch Ulla/Winkler Margit: Chancen für den Neuanfang-Unternehmenssanierung in Österreich in persaldo 2006, H 2 10

Riemer, Gerhard: Die Bildung des ÖIAG- Konzerns, WBI 1990, 89

Röhricht, Volker: Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz in FS 50 Jahre BGH, Köln, 2000

Roth, Günther: Zur economic analysis der beschränkten Haftung in Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1986, S. 372

Roth, Günther: Gründungsprobleme bei der Einmann- GmbH in JBl 1995, S. 142 ff.

Rüffler, Friedrich: Analogie, Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht in JRP 2002, S. 60 ff.

Rüffler, Friedrich: Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung und Mindestkapital in der GmbH- überholtes oder sinnvolles Konzept? in Ges 2005, S. 140 ff.

Schanze, Erich: Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung, Frankfurt , 1975

Scheffler, Eberhard, Konzernmanagement, München,1992

*Schmidt, Karsten:*Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem in JZ 1984, S. 771 ff.

Schmidt, Karsten: Gesellschafterhaftung und "Konzernhaftung" bei der GmbH in NJW, 2001, 3577ff

Schmidt, Karsten: Insolvenzverschleppungshaftung - Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht in JBl 2000, S. 477 ff.

Schmidt, Karsten: Konkursverschleppungs- und Konkursverursachungshaftung in ZIP 1988, S. 1497 ff.

Schmidt, Karsten Konzernhaftung oder mitgliedschaftliche Haftung des privaten GmbH - Gesellschafters; ZIP, 1986, S. 146 ff.

Schmidt, Karsten: Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, GesRZ 2004, S. 75 ff.

Schopper, Alexander: Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich in GesRZ, 2005, S. 176

Schopper, Alexander: Tragung von Privataufwendungen durch die Kapitalgesellschaft in ecolex 2006, S. 215 ff.

Schumacher, Hubertus Das Unternehmensreorganisationsgesetz in ÖBA 1997, S. 855 ff.

Schummer, Gerhard: Die Gegenwart und (ungewisse) Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, GesRZ 2000, S. 246 ff.

Schummer, Gerhard: Entwicklung und Stand im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen in ÖJZ 1996, S. 241 ff.

Seipp Walter, Risikopolitik im Firmengeschäft in ÖBA 1984, S. 87 ff.

Serick, Rolf: Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin ,1955

Siebert, Wolfgang: Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände, DJZ. 1935, S. 713

Stein, Ursula: Das faktische Organ, Frankfurt, 1984

Stimpel, Walter: Durchgriffshaftung bei der GmbH in FS Goerdeler, Düsseldorf, 1987, S. 612 ff.

Stimpel, Walter.: Autokran-Video-Tiefbau in Stand der Rechtsprechung in Hommelhoff, Peter , Qualifiziert faktischer Konzern, Analyse der Rechtsprechung, Köln, 1992, S 5. ff.

Teichmann, Arndt: Venire contra factum proprium - ein Teilaspekt rechtsmißbräuchlichen Handelns in JA 1985, S. 497 ff.

Torggler, Ulrich: Fünf Antithesen zum Haftungsdurchgriff in JBI 2006, S. 85 ff.

Torggler, Ulrich: Replik zu Koppensteiner in JBI 2006, S. 681 ff.

Trefil, Philipp : .Die Durchgriffshaftung in der GmbH zwischen Unterkapitalisierung und Existenzvernichtung , Wien, 2004

Uhlenbruck, Verfahrensauslöser nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) und den Insolvenzgesetzen in VWT 1997 H 4, S. 10 ff.

Ulmer, Peter: Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung in KTS 1981, S. 469 ff.

Ulmer, Peter: Von TBB zu Bremer Vulkan in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2001, S. 2021 ff

Vetter, Jochen: Rechtsfolgen existenzvernichtender Eingriffe in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, S. 601 ff.

Wegscheider, Herbert: Fahrlässige Krida neu in Juristische Blätter 2001, S. 297

Wenger Thomas, Zur Durchgriffshaftung der GmbH- Gesellschafter in RWZ 2004, S. 93 ff.

Wenger Thomas, Zur Kapitalerhaltung bei der GmbH& Co KG in RWZ 2005, S. 97 ff.

Wieling, Hans-Josef: Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst in AcP 1976, S. 334 ff.

Winter, Martin: Mitgliedschaftliche Treuebindungen, Heidelberg, 1988

Wilhelm, Georg: Gesetzeslücken wohin man schaut, ecolex 2003, 645

Wilhelm, Jan: Rechtsform und Haftung, Köln, 1981

Wilhelm, Jan: Zurück zur Durchgriffshaftung in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, S. 176 ff.

Wiethölter, Rudolf: Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, in: *Probleme der GmbH-Reform*, Köln, 1970, S. 11 ff.

Weigl, Gerald: Die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern, Heidelberg, 1996

Zehetner Jörg: Zum neuen Eigenkapitalersatzgesetz in GBU 2004/02/08

ABSTRACT:

Mit dem Judikat Bremer Vulkan hat der deutsche Bundesgerichtshof eine viel beachtete Entscheidung getroffen, welche das Haftungsrecht in Bezug auf die deutsche GmbH grundlegend verändert hat. Die zuvor dominierende Rechtsprechung zum "qualifiziert, faktischen Konzern", welche die Haftung von GmbH - Gesellschaftern an das Bestehen von Konzernverhältnissen band, wurde durch die Auffassung abgelöst, dass ein Durchgriff des Gläubigers einer GmbH auf das Vermögen deren Gesellschafters davon abhängig ist, ob dieser die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft durch einen entsprechenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen verursacht hat.

In Österreich blieben die Reaktionen auf die in Deutschland vollzogene Wende in der Rechtsprechung interessanterweise spärlich. Interessanterweise war der OGH bei seiner Entscheidung „Salzburger Tourismusverband“ allerdings mit einem Sachverhalt konfrontiert, welcher jenen Sachverhaltskonstellationen, die in Deutschland zur Rechtsprechung der "Existenzvernichtungshaftung" geführt hatten, sehr ähnelte. Ohne den Ausdruck "existenzvernichtender Eingriff" zu verwenden, zeigte sich der OGH gegenüber einer solchen Haftung inhaltlich aber jedenfalls aufgeschlossen und betonte ausdrücklich, dass die Grenzen der Durchgriffshaftung in Österreich noch nicht ausgelotet seien.

Bei umfassender Betrachtung des Gläubigerschutzsystems der GmbH kristallisieren sich in Österreich einige Kernprobleme heraus: Die Bestimmungen zur Kapitalerhaltung betreffen auch im österreichischen Recht grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter. Nachdem im österreichischen Recht nach wie vor weder gesetzliche Regelungen noch Judikatur zu einer "angemessenen Mindestausstattung" der GmbH im Verhältnis zu ihrer Tätigkeit bestehen, bleibt es dem Gesellschafter überlassen, ob er das – über das Stammkapital hinausgehende – nötige Betriebskapital der GmbH in die Gesellschaft als deren Eigentum einbringt oder als Fremdkapital zur Verfügung stellt. Weiters haben die Gesellschafter umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung, die im Verkehr zu Dritten nicht durch die Kapitalerhaltungsbestimmungen beschränkt werden.

Das Rechtsinstitut der „Durchgriffshaftung“ ist in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung spätestens seit dem sogenannten „Eumig-Erkenntnis“ anerkannt.

Ausgehend von den Betrachtungen zu den jeweiligen Fallgruppen der Durchgriffshaftung, die durch die österreichische Judikatur anerkannt werden, ist folgendes zusammenzufassen: Die Anwendungsfälle der "Sphärenvermischung" sowie des "Rechtsformenmissbrauchs" erweisen sich bei näherer Betrachtung als juristisch fragwürdig und wenig ergiebig. Der Tatbestand der "qualifizierten Unterkapitalisierung" einer Gesellschaft weist letztendlich starke Überschneidungen zu jener Konstellation auf, welche als "faktische Geschäftsführung" gesehen wird.

Als praktikable, in der derzeitigen Rechtsordnung anerkannte Anwendung ist letztlich nur das Modell des Durchgriffs auf den Gesellschafter, wenn dieser die Geschäftspolitik der Gesellschaft zu verantworten hat und dabei jegliche Sorgfalt vermissen lässt, sinnvoll. Insofern bestehen durchaus Ähnlichkeiten zwischen dem in Österreich anerkannten Modell der faktischen Geschäftsführerhaftung und des Modells der Existenzvernichtungshaftung in Deutschland.

Bei näherer Betrachtung erweist sich jedenfalls, dass der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung auch in der österreichischen Rechtsordnung durchaus seinen Platz haben kann. Dies gilt unabhängig davon, dass sich der österreichische und deutsche Normenbestand in einigen Bereichen voneinander unterscheiden. Das wichtigste Kriterium sind die Kapitalerhaltungsregeln, welche in Österreich das gesamte Kapital einer Gesellschaft, in Deutschland hingegen nur das Stammkapital erfassen. Dadurch wird der Anwendungsbereich des Modells der Existenzvernichtungshaftung in Österreich erheblich eingeschränkt, nachdem sich an den simplen Kapitalabzug eines Gesellschafters in Österreich eben die Rückerstattungspflicht bezüglich des entzogenen Kapitals anknüpft, sofern mit dem Kapitalentzug gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird.

Trotz dieser wesentlichen Einschränkung bietet sich aber bei genauerer Betrachtung dennoch ein interessanter Anwendungsbereich für die Durchgriffshaftung bei existenzvernichtenden Eingriffen. Dies kommt vor allem daher, dass das österreichische Gesetz bei der Finanzierung einer Gesellschaft auf Fremdkapitalbasis einem Gesellschafter sehr weitgehendes Ermessen einräumt und diesbezüglich erfolgende Eingriffe nicht mit einer Rückerstattungspflicht ähnlich den Regelungen beim Verbot der Einlagenrückgewähr sanktioniert. Auch die Tatsache, dass ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen auch weitergehende Schäden nach sich ziehen kann als den reinen Verlust des entzogenen Kapitals, verschafft den Regelungen der Existenzvernichtungshaftung in Österreich ein gewisse Anwendungsberechtigung. Nicht zuletzt kann das Verbot der Einlagenrückgewähr eben nicht alle Arten von betriebsspezifischen Entscheidungen, welche in die existentielle Grundlage einer Gesellschaft eingreifen, entsprechend sanktionieren.

ABSTRACT:

With the decree „Bremer Vulkan“ the German Federal Court of Justice pronounced a judgement changing the rules of liability concerning German companies with limited liability basically. The once dominating jurisdiction called “qualified factual concern” (“qualifiziert, faktischer Konzern”), which was depending the liability of associates on the existence of a “group of companies”, was replaced by the conception, that the liability of an associate for the debts of companies with limited liability is a

consequence of an intrusion destroying the economical basis of the company. ("existenzvernichtender Eingriff")

In Austria there were only few reactions to these developments in German jurisdiction. In the decision "Salzburger Tourismusverband" the Austrian Federal Court was confronted with a quite similar issue as the German Federal Court in "Bremer Vulkan". Without mentioning the phrase "existenzvernichtender Eingriff" the Austrian Federal Court showed his positive attitude towards the German jurisdiction and pointed out, that the question of liability of associates of companies with limited liability has not been cleared in Austria yet.

Concerning the question of protection of creditors of companies with limited liability in Austria there can be mentioned the following main problems: The rules about the maintenance of capital are only concerning the relation between company and associate. As there are no rules concerning the question of an adequate allocation of the company with capital in relation to its business activities, it is a decision of the associate to finance the company either with equity or with borrowed capital. On the other hand the same associates have broad influence on the business policy of the company, which is not restricted by rules about the maintenance of capital concerning business relations with third parties.

The legal institute of the „Durchgriffshaftung“ (piercing the corporate veil) is accepted in Austrian jurisdiction as well as in jurisprudence since the "Eumig" decree of the Austrian Federal Court.

On closer examination it turns out that the model of "Existenzvernichtungshaftung" may be applicable in Austrian law system, independent from differences between Austrian and German law in some areas. An important difference is concerning the rules of maintenance of capital which in Austria are concerning the total capital of a company, while in Germany only the nominal capital is affected. This difference is reducing the scope of application of the legal institute of "Existenzvernichtungshaftung" in Austria, while in Austria an associate of a company with limited liability can be forced to refund assets deprived according to the rules of maintenance of capital.

The only practicable and accepted application of the legal institute of the „Durchgriffshaftung“ (piercing the corporate veil) is the personal liability of an associate responsible for the business policy of a company with limited liability causing damage for the company through gross negligence. In that sense there are huge similarities between the Austrian model of "faktische Geschäftsführung" and the "Existenzvernichtungshaftung" in Germany.

Nevertheless there is still a scope of application. This results from the Austrian situation, which gives associates the possibility of financing the company with bonded capital and does not sanction resulting intrusions destroying the economical basis of the company. Furthermore a broader scope of application results from the fact that an intrusion in the economical basis of a company can have damaging consequences, which can not be compensated totally with refunding the assets deprived before. Last but not least not all kinds of decisions, which may have a negative influence on the economical basis of a company, can be sanctioned with the rules of maintenance of capital.

Mag. Michael KRENN

AUSBILDUNG UND STUDIUM

1985 - 89	Volksschule in Mödling
1989 - 97	Gymnasium Mödling Untere Bachgasse, Matura
1997-04	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
2001/2002	Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Universität Alcala de Henares/Spanien, Facultad de empresariales
2001/2002	Instituto de Cervantes, Alcala de Henares
seit 1997	Studium der Internationalen Betriebswirtschaftslehre, Universität Wien

BERUFLICHER WERDEGANG

2002-2006	helping hands Wien, juristischer Leiter auf Dienstvertragsbasis
2004-2005	Pädagogisches Institut Steiermark, Seminarreferent
2006-2007	Rechtspraktikum,. Bezirksgericht Baden, Zuteilung Strafrecht/ Jugendstrafrecht; HG Wien
2006-2007	Mag. Roland Friis, Verteidiger in Strafsachen, 1030 Wien
seit 2007	Rechtsanwaltsanwärter der Kanzlei Simonfay&Salburg, 1070 Wien