

ZUR DURCHGRIFFSHAFTUNG BEI DER GMBH

1. Die Durchgriffshaftung der Gesellschafter ist nicht nur in Missbrauchsfällen zu bejahen. Die Haftung setzt schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten des Gesellschafters voraus. Eine rechtswidrige Beteiligung des Gesellschafters am Kridadelikt des Geschäftsführers erfordert die Verletzung einer „deliktstypischen“ Sorgfaltspflicht des Gesellschafters.
2. Wenn öffentlich-rechtliche Tourismusverbände ihre Aufgaben auf eine nur mit dem Mindestkapital ausgestattete GmbH auslagern, jährliche Beitragszahlungen der Gesellschafter vereinbaren, sich in die Geschäftsführung einmischen und bei einem Kreditgeber den Eindruck besonderer Bonität erwecken, kommt es in der Insolvenz zur Durchgriffshaftung.

§ 61 GmbHG, § 6 Abs 1 SbgTourismusG

OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b

Aus den Entscheidungsgründen:

[...] I. Die bekl. Gesellschafter der insolvent gewordenen GmbH berufen sich auf den Ausschluss ihrer Haftung für Gesellschaftsschulden gemäß § 61 Abs 2 GmbHG. Die Haftung von Gesellschaftern wurde allerdings trotz dieses Trennungsprinzips in Ausnahmefällen unter bestimmten Voraussetzungen von L und Rspr bejaht. Die dogmatischen Begründungen der sogenannten Durchgriffshaftung sind allerdings vielfältig und widersprüchlich. Aus den ausführlichen Darstellungen der unterschiedlichen Meinungen bei *Jabornegg* (WBl 1989, 1 ff und 43 ff), *Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht¹ 552 ff), *Koppensteiner* (GmbHG² § 61 Rz 31 ff) und *Harrer*, (Haftungsprobleme bei der GmbH, 132 ff) ist hervorzuheben:

1. Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften (die §§ 1 und 48 AktG normieren wie § 61 Abs 2 GmbHG den Haftungsausschluss) hat bei vergleichbarer Rechtslage in der dt L ihren Ausgangspunkt. [...] Neben den nur in der Beweisfrage unproblematischen Fällen des vorsätzlichen Missbrauchs der Gesellschaft durch die Gesellschafter (§ 1295 Abs 2 ABGB) wird eine Gesellschafterhaftung ua in folgenden Konstellationen bejaht:

- a) wenn der Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer auftritt und auf die Leitung der Gesellschaft maßgebenden Einfluss nimmt;
- b) wenn eine qualifizierte, die Gläubiger gefährdende Unterkapitalisierung der Gesellschaft vorliegt;
- c) wenn die Organisationsfreiheit missbraucht wird und
- d) wenn das Prinzip der Trennung von Vermögen der Gesellschaft und der Gesellschafter verletzt wird (Sphärenvermischung).

2. Die Lehre vom Haftungsdurchgriff, wie sie mit unterschiedlichen Begründungen auch in Ö vertreten wird, hat Eingang in die oberstgerichtliche Rspr gefunden. Es überwiegen die Entscheidungen, in denen eine Haftung der Gesellschafter abgelehnt wurde. Einzelfallentscheidungen stehen im Vordergrund. Auch in der ebenfalls eine Haftung des Gesellschafters ablehnenden Entscheidung 8 ObA 98/00w = SZ 4/65 wurden die Grenzen (Voraussetzungen) der Durchgriffshaftung „noch nicht ausgelotet“. Die Begründung verweist auf die schon angeführten Fallgruppen der Sphärenvermischung, Unterkapitalisierung, Beherrschung der Gesellschaft und faktischen Geschäftsführung der Gesellschafter und führte zu den zuletzt genannten Haftungsfällen – die auch im hier zu entscheidenden Fall von Bedeutung sind – aus: § 61 Abs 2 GmbHG bedeute nur einen Haftungsausschluss zugunsten der Gesellschafter dahin, dass die Gesellschafterstellung als solche keine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten einschließe. Wenn dagegen ein Gesellschafter seine gesetzlichen oder satzungsmäßigen bzw gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen verletze oder wenn er nach allgemeinen Regeln Haftungstatbestände verwirkliche, könne es durchaus zu Schadenersatzpflichten von Gesellschaftern kommen, die unabhängig neben der übernommenen Einlagepflicht bestünden. Die Lehre von der Durchgriffshaftung ziele allerdings darüber hinaus auf eine teleologische Reduktion des Haftungsausschlusses. In jedem Fall sei zu berücksichtigen, dass das Gesellschaftsvermögen für die Gesellschafter ein fremdes Vermögen darstelle. [...] Mit verschiedenen Begründungen werde versucht, den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft wie ein Mitglied des Leitungsorgans haften zu lassen, wenn er auf die Leitung der Gesellschaft maßgebenden Einfluss



nehme und dabei Gesellschaftsgläubiger schädige. Dann werde von der Haftung des „faktischen Geschäftsführers“ gesprochen. In der Lehre werde aber teilweise nur die Haftung von Gesellschaftern in Missbrauchsfällen als akzeptabel bezeichnet. Gemeinschaftlicher Konsens sei es aber, dass Gesellschafter, die unmittelbar (beispielsweise kraft Ausübung des Weisungsrechtes) oder mittelbar auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nehmen, dies nur nach Maßgabe jener Sorgfaltspflichten tun dürften, die kraft Gesetzes auch von den Leitungsorganen selbst einzuhalten sind. In jedem Fall bilde die Basis für die Annahme und den Umfang besonderer Sorgfaltspflichten der Umstand, dass fremdes Vermögen verwaltet werde.

3. Diese Begründung leitet über zu den „Eumig“-Entscheidungen des OGH 1 Ob 571/86 = SZ 59/132 = JBl 1986, 713 (*Reich-Rohrwig*) und 6 Ob 508, 509/86 = ÖBA 1988, 828 (*Apathy*) = WBl 1988, 129 (*Wilhelm*), in denen es um die Durchgriffshaftung einer kreditgebenden Bank ging, die die Geschäftsanteile an der gemeinschuldnerischen GmbH übernommen und die wesentlichen Leitlinien der Geschäftsführung vorgegeben hatte. Der Bank (Gesellschafterin) wurde die Beteiligung an der fahrlässigen Krida (des Geschäftsführers) vorgeworfen und ihre Haftung für die durch die Konkursverschleppung verursachten Schäden der Gläubiger (Warenlieferanten) bejaht. Nach der Entscheidung SZ 59/132 (ein Aufhebungsbeschluss) trifft die kreditgebende Bank wegen ihrer Gesellschafterstellung und der dadurch ermöglichten faktischen Beherrschung des Tochterunternehmens (gemeinsam waren Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft zu 100 % Gesellschafter der Gemeinschaftschuldnerin) eine spezifische Sorgfaltspflicht dann, wenn es zu einer Verlagerung der Geschäftsführungsentscheidungen von den Geschäftsführern zur Konzernleitung kommt, wo die Richtungweisenden Entscheidungen getroffen werden. § 36 Abs 2 GmbHG normiere die Verpflichtung, die Generalversammlung einzuberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen sei. Dann habe die Generalversammlung über die wegen drohender Insolvenz zu treffenden Maßnahmen zu beschließen. Die Generalversammlung der insolventen Gesellschaft habe ausschließlich aus Vertretern der Gesellschafter bzw ihres abhängigen Tochterunternehmens bestanden. Die Beklagte (Gesellschafterin) sei der Gesellschaft nicht als außenstehender Geschäftspartner gegenübergetreten. Sie sei Eigentümerin der Geschäftsanteile mit maßgebendem Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft gewesen. Es liege der von *Kozjol* (RdW 1983, 69) behandelte Fall vor, dass den Kreditgeber aufgrund seines faktischen Einflusses auf die Geschäftsführung selbst Sorgfaltspflichten treffen. Fahrlässiges Handeln, wie es für

das Tatbild des § 159 Abs 1 Z 2 StGB erforderlich sei, könne der Gesellschafterin zur Last fallen, wenn eine sorgfältige Prüfung der Sanierungschancen eine Fortführung des Betriebes als nicht aussichtsreich erkennen ließen.

4. Diese Entscheidungen haben im Schrifttum teils Zustimmung erfahren (*Reich-Rohrwig*, JBl 1986, 713 [716]; *Apathy*, ÖBA 1988, 828 [834]), aber auch Kritik geerntet (*Honsell*, JBl 1987, 146; *Koppensteiner*, WBl 1988).

1). *Honsell* tritt für eine Beschränkung der Haftung des Kreditgebers auf Missbrauchsfälle (§ 1295 Abs 2 ABGB) ein und wendet sich gegen die vom OGH bejahte deliktstypische Sorgfaltspflicht des Gesellschafters, weil damit das Haftungsprivileg des § 61 Abs 2 GmbHG ausgehöhlt werde, was der Konzeption des GmbHG zuwiderlaufe. [...]

5. Mehrere Folgeentscheidungen nach den „Eumig“-Erkenntnissen haben diese zitiert und die gegebene Begründung keineswegs abgelehnt, aber auch nicht vertieft, weil jeweils faktische Einflussnahmen der Gesellschafter auf den Geschäftsführer nicht festgestellt worden waren (2 Ob 2336/96k; 8 Ob 629/92 = EvBl 1995/114; SZ 74/65). In der Strafrechtsjudikatur hat sich jedenfalls die Ansicht durchgesetzt, dass eine Beitragstäterschaft des extraneus (hier der Gesellschafter) am Fahrlässigkeitsdelikt nach § 159 StGB möglich ist, wenn er eine eigene, unternehmensbezogene Sorgfaltspflicht zu erfüllen hat (14 Os 68/90 uva).

6. Zwischenergebnis ist im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners der referierten Meinungen, dass eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter einer GmbH nicht schon a priori am Haftungsprivileg des § 61 Abs 2 GmbHG scheitert. Im Sinne der überwiegenden Lehrmeinungen und der bisher ergangenen oberstgerichtlichen Jud kann die Gesellschafterhaftung – entgegen der Ansicht *Honsells* – nicht nur in den Missbrauchsfällen bejaht werden. Die Haftung setzt aber schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten des Gesellschafters voraus. Eine rechtswidrige Beteiligung des Gesellschafters am Kridadelikt des Geschäftsführers erfordert eine „deliktstypische“ Sorgfaltspflicht des Gesellschafters. Der von den Vorinstanzen festgestellte Sachverhalt ist anhand dieser Grundsätze zu prüfen.

II. Rechtsnatur und Aufgaben der Tourismusverbände:

Im wirtschaftlichen Interesse von drei Gemeinden wurden durch Verordnung der Landesregierung zur Förderung des Fremdenverkehrs die öffentlich-rechtlichen Körperschaften der drei beklagten Tourismusverbände errichtet. In diesen werden die am Tourismus interessierten Unternehmer zu-

sammengefasst [...] Die Unternehmer sind gemäß § 2 Pflichtmitglieder und gemäß § 30 beitragspflichtig. [...] Gemäß § 6 Abs 1 hat die Landesregierung einen Tourismusverband durch Verordnung aufzulösen, wenn die Vollversammlung dies mit zumindest 2/3 der abgegebenen Stimmen auf Antrag des Ausschusses beschlossen hat, eine Notwendigkeit zur Wahrnehmung der örtlichen Belange des Tourismus nicht mehr besteht, der Tourismusverband nicht für fremde Schulden haftet und seine Verbindlichkeiten erfüllt hat.

III. Zu den Grundlagen einer Durchgriffshaftung der Tourismusverbände als Gesellschafter der GmbH, die gegründet wurde, um erwerbswirtschaftliche Unternehmen (ein Reisebüro und eine Werbeagentur), daneben aber auch die im Sbg TourismusG (STG) angeführten öffentlichen Aufgaben zu erfüllen:

1. Aus dem STG und der Vereinbarung der Tourismusverbände als Gesellschafter anlässlich der Gründung der Gesellschaft mbH sind Handlungs- und Sorgfaltspflichten der Gesellschafter abzuleiten:

Ohne Auslagerung der Aufgabenerfüllung wären die Tourismusverbände verpflichtet, vor einer Auflösung alle Verbindlichkeiten zu erfüllen. § 6 Abs 1 STG bedeutet für alle Gläubiger eine höchstmögliche Sicherheit, weil die Gefahr einer Insolvenz infolge der Pflichtbeiträge der Unternehmer und wegen der Zuweisungen der Gemeinde praktisch auszuschließen ist. Die gesetzlichen Bestimmungen begründen für Gläubiger eine garantierte wirtschaftliche Sicherheit für die Einbringlichkeit ihrer Forderungen. Wenn ein Tourismusverband als präsumtiver Schuldner mit der vom Gesetzgeber garantierten Bonität zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben eine GmbH gründet, die infolge des Haftungsprivilegs der Gesellschafter nach § 61 Abs 2 GmbHG dem Gläubiger keine vergleichbaren Sicherheiten bietet, ist es naheliegend, eine sittenwidrige Umgehungshandlung zur Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf die Gläubiger zu vermuten. [...]

In objektiver Hinsicht werden [...] die Gläubigerschutzbestimmungen des § 6 STG umgangen. Schon daraus sind Handlungspflichten der Gesellschafter abzuleiten, weil es hier nicht nur um die Führung eines privatwirtschaftlich tätigen Unternehmens durch die Gesellschaft mbH mit öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Gesellschafter, sondern um ein Unternehmen geht, das kostenintensive Aufwendungen zur Erfüllung gesetzlicher Aufgaben im öffentlichen Interesse einer Region zu tätigen hat, die nicht aus erzielten Gewinnen, sondern nur aus Zuschüssen der Gesellschafter finanziert werden konnten. Für den Fall, dass der Geschäftszweck der GmbH ausschließlich in der Erfüllung

der landesgesetzlich bestimmten Aufgaben bestünde, müsste eine Nachschusspflicht der Gesellschafter auch ohne satzungsmäßige Verpflichtung bejaht werden. [...] Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichtes vermag aber an einem solchen Ergebnis auch der Umstand nichts zu ändern, dass hier die Gesellschaft auch ein auf Gewinn ausgeichtetes Unternehmen zu betreiben hatte, das in der Zukunft die Aufwendungen für die öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung finanzieren sollte. Ob und wann ein neu gegründetes Unternehmen in der Zukunft Gewinn erzielt, ist wegen der Imponderabilien des Markts nicht abschätzbar. Wegen dieser wirtschaftlichen Unsicherheiten und der am Gesetzeszweck des § 6 STG zu orientierenden Vertragsauslegung ist daher die anlässlich der Gründung der Gesellschaft geschlossene Gesellschaftervereinbarung, jährliche Zahlungen an die Gesellschaft bis zu deren „Selbsterhaltungsfähigkeit“ zu leisten, als Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, nämlich der Gesellschaft und ihrer Gläubiger, zu qualifizieren. [...] Dass zwischen den Gesellschaftern eine unterschiedliche Zuschussverpflichtung nach der Bettenauslastung in den einzelnen Gemeinden und nicht nach dem Verhältnis der Stammeinlagen vereinbart wurde, ändert an den vertraglichen Verpflichtungen der Gesellschafter zur Erhaltung der Gesellschaft nichts. Das vereinbarte Verhältnis betrifft das Innenverhältnis und ist für die Außenhaftung der Gesellschafter wegen Verletzung ihrer deliktsspezifischer Handlungspflichten nicht maßgeblich.

2. Aus der festgestellten Zuschussverpflichtung der Gesellschafter, jährlich bis zur „Selbsterhaltungsfähigkeit“ der Gesellschaft Zahlungen an die Gesellschaft zu leisten, ergeben sich Erfüllungsverpflichtungen und Sorgfaltspflichten. Schon die Gründung der GmbH mit dem Mindestkapital ist ein gefahrbe gründendes Verhalten. Die für Gläubiger abstrakt gefährliche Unterkapitalisierung wurde hier durch die freiwillige, nach der Zielsetzung des Salzburger Tourismusgesetzes aber auch gebotene Pflichtenübernahme (vgl. *Karollus*, aaO [Anm: ÖBA 1990] 352 f) in Form der Zuschussverpflichtung entschärft. Die Tourismusverbände als Gesellschafter der ohne die Zuschüsse nicht lebensfähigen GmbH traf eine Konkursabwendungsverpflichtung (*Karollus* aaO 351: „Konkursverursachungsverbot“), deren Verletzung genauso schadenersatzpflichtig macht wie die fahrlässige verschuldete Konkursverschleppung. [...]

3. Der Haftungsdurchgriff ist aber auch aufgrund „faktischer Geschäftsführung“ der Gesellschafter nach den in den „Eumig“-Entscheidungen ausgeführten Grundsätzen berechtigt: Die Organe der Tourismusverbände (Obmänner) waren gleichzeitig auch Mitglieder des Aufsichtsrates der

GmbH. In der Aufsichtsratsitzung vom 23. 1. 1997 beschloss der Aufsichtsrat einstimmig „die Subventionszahlungen der Tourismusverbände in der jährlichen Höhe von indexgesichert öS 2,450.000“ an die Sparkasse abzutreten. Nach dem Protokoll (Beil Z) wurde in der Sitzung die Schwierigkeit erörtert, die Gesellschaft „in eine Gewinnphase“ zu bringen. Eine Rückführung der Darlehen sei nicht möglich. Der Geschäftsführer berichtete über den Wunsch der Bank nach Sicherstellungen. Der Aufsichtsrat zeigte nach dem Protokoll dafür Verständnis, betonte aber gleichzeitig, dass die Gesellschaft als „öffentliche“ Gesellschaft, die von drei Tourismusverbänden gegründet worden sei, „eine sehr gute Besicherung ist“ und verwies darauf, dass die Gesellschafter laut Gesellschaftsvertrag eine Kündigungsfrist von drei Jahren hätten und verpflichtet seien, jährlich indexgesichert ca 2,450.000 S an die Gesellschaft zu zahlen. Der Aufsichtsrat betonte ferner, dass durch die Abtretung der Subventionszahlungen die Gesellschaft „zum erstklassigen Schuldner bei der Sparkasse“ werde und wies den Geschäftsführer an, über einen günstigen Zinssatz zu verhandeln. [...]

Der wiedergegebene Sachverhalt bedeutet eine konkrete Einmischung der Gesellschafter in die Geschäftsführung.

Die organisationsrechtliche Verflechtung (die Organe der Gesellschafter waren auch Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft) im Zusammenhang mit der konkreten Weisung an den Geschäftsführer, bei den Zinsverhandlungen die besondere Bonität der Gesellschaft herauszustreichen, begründete für die Bank eine Gefahrenlage, weil der geradezu einer Patronatserklärung gleichkommende Eindruck vermittelt wurde, die Gesellschafter übernahmen gegenüber der Bank zumindest auf drei Jahre die Verpflichtung, die Gesellschaft mit dem erforderlichen Kapital auszustatten, damit die Kreditverbindlichkeiten erfüllt werden können (vgl SZ 61/73), die Absicherung durch die Generalzession wäre also eine völlig sichere. Da dieser Eindruck auch auf ein Verhalten der Gesellschafter zurückzuführen ist, traf diese nach den Regeln über vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten eine besondere Aufklärungspflicht über ein dennoch bestehendes Insolvenzrisiko. [...]

Da die Haftung der Beklagten aus den dargelegten Gründen zu bejahen ist, braucht auf die Revisionsausführungen der Beklagten, insoweit sie sich gegen die vom Berufungsgericht bejahte Haftung aus dem Titel der Ausfallsbürgschaft wenden, nicht mehr eingegangen werden. [...]

ANMERKUNG

Folgende für die Praxis höchstrelevante Frage zur Durchgriffshaftung bei der GmbH musste in der vorstehenden OGH-Entscheidung nicht behandelt werden: (Wann) handelt es sich bei der Durchgriffshaftung um eine Innen- oder um eine Außenhaftung (eindeutig für Außenhaftung *Koppensteiner, GmbHG*², § 61 Rz 38 mwN)?

Die Frage stellte sich im vorliegenden Fall nicht, weil der geschädigte Gläubiger (Sparkasse) seine vertraglichen Ansprüche (Zessionsvertrag) gegenüber den Gesellschaftern zur gerichtlichen Einbringlichmachung ausgerechnet dem *Masseverwalter* abgetreten hatte, der die Forderung dann zusätzlich und ausdrücklich auf den Tatbestand der Durchgriffshaftung stützte.

In der konkreten Konstellation – es hat der Masseverwalter geklagt – müssten zumindest die übrigen Konkursgläubiger die Frage aufwerfen, ob die aus dem Rechtsgrund der Gesellschafter-Durchgriffshaftung zugesprochenen (Haftungs-)Beträge in der Folge im Sinne der (offenbar vorherrschenden) Außenhaf-

tungstheorie zur Gänze an einen bestimmten Einzelgläubiger (hier: der abtretenden Sparkasse) ausgefolgt werden dürfen, oder ob die ausdrücklich (zumindest auch) aus dem Rechtsgrund der Durchgriffshaftung einbringlich gemachten Beträge uU im Sinne einer Innenhaftung der Masse (dh *allen* Konkursgläubigern) zukommen müssten.

Jedenfalls soweit, als alle Gläubiger durch die „deliktstypische“ Sorgfaltsverletzung der Gesellschafter gleichermaßen geschädigt wurden, wäre doch eine Innenhaftung durchaus naheliegend. Es macht mE eben doch einen Unterschied, ob man den Durchgriff im Einzelfall auf eine qualifizierte Unterkapitalisierung stützt (dies schädigt alle Gläubiger), oder ob man auf eine ganz konkrete Einmischung in eine Geschäftsführungsangelegenheit abstellt, die etwa ein erhöhtes Vertrauen eines ganz bestimmten Einzelgläubigers (hier: der Sparkasse) auf eine erhöhte Bonität der Gesellschaft zur Folge hat.

LUKAS FANTUR

