

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Notwendige Verteidigung und Verfahrenshilfe nach dem Strafprozessreformgesetz 2004
- Emissionszertifikate an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht
- Rechtsfolgenbestimmung bei verbotenen Kettendienstverträgen und anderen gesetzwidrigen Befristungsvereinbarungen
- Firmenbuchpublizität noch „elektronischer“
- Restschuldbefreiung(stourismus)
- Kostenersatz bei voreiliger Selbstverbesserung?
- Judikatur** Höchststrichterliche Entscheidungen aus den zentralen Prüfungsfächern
- Musterfall** Strafrecht, Verwaltungsrecht und Bürgerliches Recht

Redaktionsleitung
Alexander Reidinger

Redaktion
Ulrike Frauenberger-Pfeiler
Thomas Klicka
Roman Alexander Rauter
Susanne Reindl
Gert-Peter Reissner
Eva Schulev-Steindl

Korrespondenten
Martin Binder
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Willibald Posch

2006/2007

03

MANZ 

Von Michael Gruber/Friedrich Harrer/Wolfgang Schuhmacher

 Meine Notizen:

Klausur

„Unternehmensrecht“, Recht und Wirtschaft – Bakkalaureatsstudium

Salzburg, September 2006

Schwerpunkte: Allgemeines Unternehmensrecht; Firmenbuch; GmbH-Geschäftsführerhaftung; Weisungen an Geschäftsführer; Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen.

SACHVERHALT

1. Fall (zu lösen ausschließlich nach UGB)

Jan, „Bachelor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften (B.iur.oec)“ und zur Zeit ohne Erwerbstätigkeit, verkauft innerhalb des Monats **April** insgesamt 93 Artikel, nämlich gebrauchte Haushalts- und Elektronikartikel (Computerteile, Staubsauger etc), über das Online-Auktionshaus „www.ebay.at“.

1. Ist Jan durch diese Verkäufe als Unternehmer zu qualifizieren?

In der ersten **Maiwoche** entscheidet sich Jan, **selbständig** tätig sein zu wollen. Er will Dienstleistungen in der IT-Beratung anbieten. Am **20. 5.** bestellt Jan für sein Büro online über „www.ebay.at“ bei dem gewerblichen österreichischen Computer-Elektronik-Verkäufer „Blix“ in Form der „Sofort-Kauf-Option“ ein Notebook um € 1.500,- und einen Scanner um € 200,- an seine Wohnadresse per Kreditkarte. Ab dem **28. 5.** beginnt Jan selbständig zu arbeiten; er verwendet dabei den Namen „JANus-Enterprise-Dienstleistungen“ in allen seinen geschäftlichen Angelegenheiten (Briefpapier, Webpage etc). Infolge benötigt Jan für sich einen Farblaserdrucker als auch für die Aufträge seiner ersten Kunden Hardwareteile. Diese Geräte bestellt er am **1. 6.** wiederum auf dieselbe Art und Weise bei „Blix“ unter den Namen „JANus-Enterprise-Dienstleistungen“. **Alle bisher bestellten Geräte** werden am **3. 6.** an Jan geliefert. Am **10. 6.** erkennt Jan, dass die gelieferten Geräte teils defekt sind, teils ist er mit diesen unzufrieden. Er tritt am selben Tag insgesamt „vom Kauf zurück“, teilt dies „Blix“ mit und weigert sich, den Kaufpreis zu bezahlen.

2. Zu Recht?

Jan erwirtschaftet im ersten Wirtschaftsjahr einen Umsatz vom € 445.000,-, doch im folgenden Wirtschaftsjahr sinkt sein Umsatz auf € 205.000,-.

3. Welche Rechtsfolgen ziehen die Umsatzerlöse nach sich?

2. Fall

Dem Geschäftsführer B der X-GmbH wird von deren Gesellschaftern die Weisung erteilt, um 1 Mio Euro (das sind alle verfügbaren Barmittel der GmbH) die (hochspekulativen) Anteile am Hedge-Fonds „C“, einer besonders „aggressiven“ Variante, zu kaufen. Damit soll die Lage der derzeit wirtschaftlich stagnierenden X-GmbH mit einem Schlag verbessert werden. B weist auf den Risikocharakter dieser Anlageform hin, die Gesellschafter bestehen jedoch auf die Durchführung ihrer Weisung. In der Folge werden die Bedenken von B von den Gesellschaftern als „übertrieben“ zerstreut, zumal man diese einmalige Chance ergreifen müsse. B kauft daher für die X-GmbH die „C“-Anteile, deren Wert wenig später „auf Null“ absinkt. Die X-GmbH kann deshalb die bereits fälligen Forderungen ihre Gläubiger nicht mehr befriedigen.

1. Welche rechtlichen Konsequenzen kann die Verweigerung der Durchführung der Weisung für B haben?

📝 Meine Notizen:

2. Könnte B den der Weisung zugrunde liegenden Beschluss anfechten?
3. Haftet B der Gesellschaft für den Schaden?

MUSTERLÖSUNG

Von Gerwin Haybäck und Philipp Sharaf

1. Fall

1. Ist Jan durch diese Verkäufe als Unternehmer zu qualifizieren?

Im UGB wurde die Definition des § 1 KSchG rezipiert (Vorbildfunktion des UGB). Deswegen sind diesbezügliches bisheriges Schrifttum und Rsp zur Auslegung des § 1 UGB heranzuziehen.¹⁾ Das KSchG stellt weder auf den Kaufmannsbegriff noch auf den des Handelsgewerbes iSd ehemaligen HGB ab. Diese Rezeption ist deswegen für die Falllösung **subjektiv** und **funktionell** vergleichend zu bewerten, da sodann die Normen des ABGB, des UGB und/oder des KSchG als Anspruchsgrundlage zur Anwendung kommen.²⁾

1.1. § 1 Abs 1 UGB: „Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt“ / Persönlicher Geltungsbereich

„**Betreiben**“: Rechtsgrundlage § 1 UGB iVm § 1 Abs 2 KSchG sowie die relevanten Normen des Arbeitsrechts.³⁾ Zentrale Anknüpfungspunkte sind also der Unternehmer, sein Unternehmen und alle Tätigkeiten bzw Rechtshandlungen, die einen Bezug zum Unternehmen („unternehmensbezogene Geschäfte“) haben. Ein Unternehmen betreibt, wer eine **rechtlich selbständige** Tätigkeit ausübt (und somit das Unternehmensrisiko trägt). Diese grenzt die unternehmerische Tätigkeit von Leistungen aus einem Dienstverhältnis ab (vgl § 1 Abs 4 KSchG).⁴⁾ Maßgeblich ist nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit. Somit entscheidet ein weit gefasster Unternehmensbegriff über das Unternehmensverständnis.⁵⁾

1.2. § 1 Abs 2 UGB (ident mit § 1 Abs 2 KSchG): „Unternehmen iSd Abs 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“/Sachlicher Geltungsbereich

„**Wirtschaftliche** Tätigkeit“ liegt vor, wenn **werthafte** Leistungen (Waren oder Dienstleistungen) am Markt gegen **Entgelt** angeboten werden. Irrelevant ist die Gewinnerzielungsabsicht. Auch bei deren Fehlen ist von einer Unternehmereigenschaft auszugehen, da **professionelle** Tätigkeit schon bei kostendeckendem Wirtschaften gegeben sein kann.⁶⁾

„**Dauerhafte** Tätigkeit“: Rechtserheblich ist die Absicht, auf Dauer werthafte Leistungen am Markt zu erbringen. Es kann sich auch um eine zeitlich befristete Tätigkeit handeln, die aber nicht nur gelegentlich ausgeübt werden soll.

„**Organisation**“ (§ 1 Abs 2 UGB; § 1 Abs 2 KSchG): Im Organisationsbegriff sind die Elemente des „Auf-Dauer-angelegt-Seins“ und der „Selbständigkeit“ bereits enthalten.⁷⁾ Nach den ErläutRV zu § 1 UGB ist der Unternehmensbegriff „größenunabhängig (keine Mindestgröße)“.⁸⁾ § 1 Abs 2 KSchG sieht für die Präsomtion als Unternehmer **keine** „entsprechende Organisation“ (also auch keine gewisse Organisationsdichte) vor.⁹⁾ Möglicherweise ergeben sich pro futuro für das Verhältnis von § 1 Abs 2 KSchG zu § 1 Abs 2 UGB hieraus insofern Probleme, als eine konkrete Mindestgröße als Tatbestandselement nicht gesetzlich definiert ist. Dabei ist insb an die „Neuen Selbstständigkeitsformen“ zu denken (zB an die via Internetplattformen Tätigen; § 2 Abs 1

DDr. Gerwin Haybäck ist Ass.-Prof. und Dr. Philipp Sharaf ist Univ.-Ass. beide Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht.

1) Schummer, Allgemeines Unternehmensrecht⁶ (2006) 10 mit Hinweis auf die ErläutRV, „sodass das Verständnis dieses Begriffs unschwer auf die von Lehre und Rsp dazu entwickelten Grundsätze und Beiträge gestützt werden kann“. Kritisch hiezu differenzierend Schummer/Kriwanek, Das neue Unternehmensgesetzbuch, Anm zu § 1 UGB.

2) Das UGB baut (im Gegensatz zum HGB) auf dem „subjektiven“ System auf. Näheres Krejci, Handelsrecht³ (2005) 23 ff; vgl Krejci in Rummel³, § 1 KSchG Rz 25–46.

3) Vgl Straube in Straube, Kommentar zum HGB I³ (2003) Rz 24 ff zu § 1 mwN.

4) Dehn, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006/5.

5) Krejci in Rummel³, § 1 KSchG Rz 14.

6) Zib/Verweijen, Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006) 24 mHa auf Krejci/K. Schmidt, vom HGB zum Unternehmensgesetz (2002) 9; Straube in Straube, HGB I³ Rz 6 ff zu § 1 mwN.

7) Krejci in Rummel³, § 1 KSchG Rz 14 f mwN.

8) Im UGB finden sich nur die Regeln über die Rechnungslegungspflicht und über die Eintragungspflicht, wenn eine bestimmte Unternehmensgröße überschritten wird.

9) Krejci in Rummel³, § 1 KSchG Rz 19 f; s auch Langer in Kosesnik-Wehrle (ua Hrsg), KSchG²(2004) § 1 Rz 15.



Z 4 GSVG¹⁰⁾, die hierbei in ebenso harmonischer wie organischer Anwendung (sowohl des UGB als auch des KSchG) einheitlich zu beurteilen sind. Beurteilungskriterium könnte daher sein, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit dauernder Organisation bedarf.¹¹⁾

1.3. Verhältnis „Verbraucher/Unternehmer“ bzw § 1 Abs 2 KSchG zu § 1 UGB

Die Beurteilung als Verbraucher- und/oder (spiegelbildlich) als Unternehmer(geschäft) hängt nach den Zielen des § 1 Abs 2 KSchG lediglich vom **funktionellen Verhältnis** zwischen den Vertragsparteien, die des § 1 Abs 1 UGB (ua) vom Willen des potenziellen Unternehmers ab.¹²⁾ Ob daher im konkreten Fall der „Verbraucher“ dem mit ihm kontrahierenden Unternehmer unterlegen ist oder nicht, hat für § 1 Abs 2 KSchG keine Bedeutung – und es erfolgt somit keine enge Auslegung (teleologische Reduktion) des § 1 KSchG.¹³⁾ Die Annahme als Verbraucher ist daher pragmatisch und nicht einzelfallbezogen vorzunehmen. Daher hat der *Vertragspartner des Verbrauchers* typischerweise als Unternehmer zu gelten.¹⁴⁾ Die Zweifelsregel des § 344 UGB bestätigt diese Beurteilung.¹⁵⁾

1.4. Konkrete Folgerungen

Die Eröffnung und die darauf folgende Nutzung eines ebay-Profiles durch Jan lässt per se genommen seine Unternehmenseigenschaft iS des § 1 UGB iVm § 1 KSchG noch nicht vermuten. Seine 93 (!) bei ebay eingestellten Artikel(verkäufe) in einem Monat überschreiten jedoch (auch aufgrund deren Zugehörigkeit zu einer bestimmten Warengruppe) nunmehr die rechtliche Schwelle zur Annahme Jan's als Verbraucher.¹⁶⁾ Sein Wille richtet sich eben auf eine Vielzahl von Geschäften als **Ganzes**. Die Tatbestandselemente des § 1 UGB liegen vor, auch bedarf sein Unternehmen keiner besonderen Organisationsform und -dichte. Jan ist insgesamt besser informiert als der/die Käufer. Er agiert somit funktionell als Unternehmer iSd § 1 KSchG und hat auch iSd § 1 UGB Unternehmereigenschaft; die Regelungen des 1. und 4. Buches des UGB kommen zur Anwendung (so jüngst das LG Berlin zur „**Unternehmereigenschaft**“ iSd § 14 dBGB im Urteil „Unternehmer wider Willen“¹⁷⁾). Die „Quasi-Widersprüche“ der Prinzipien des § 1 UGB und des § 1 KSchG wurden (iSd zweckadäquaten Systemzusammenhangs zwischen den beiden Regelungen) insofern ausgeräumt, als der Gesetzgeber in den erwähnten Regelungen für bestimmte Sachverhalte bestimmte Abwägungsergebnisse vorschrieb: So wird durch die Elastizität des Unternehmensbegriffs und die Beschreibung des Anwendungsbereichs des UGB ein stimmiges Verhältnis zum Verbraucherschutz geschaffen.¹⁸⁾ Im Ergebnis gilt Jan daher als Unternehmer. Allenfalls und ausnahmsweise könnte er jedoch auf der Tatsachen- und Beweisebene Umstände darlegen (zB dass mit seinem erstmaligen „Markteintritt“ gleichzeitig seine letzte Marktaktivität iSd verbunden war und er nun wieder Verbraucher ist), dass er durch seine konkrete Verkaufstätigkeit eben kein „Unternehmen“ iSd § 1 UGB iVm § 1 KSchG betreibt.¹⁹⁾ (Diese abweichende Rechtsansicht wird, sofern schlüssig begründet, als korrekt bewertet.)

2. Weigert sich Jan zu Recht, den Kaufpreis zu bezahlen?/Zeitlicher Geltungsbereich

2.1. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen der zeitlichen Trennung: Kauf am 20. 5.

Jan handelt als Privater, da bei diesen Käufen ein **Vorbereitungsgeschäft** zur Schaffung der Voraussetzung vor/zur Aufnahme seines Unternehmens vorliegt. Vorbereitungsgeschäfte gelten noch **nicht** als unternehmensbezogene Geschäfte (§ 343 Abs 3 UGB). **Unternehmensbezogene** Geschäfte sind alle Geschäfte eines Unternehmers

10) Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 1978/ 560 idF BGBl I 2006/131; § 2 Abs 1 Z 4 leg cit.

11) *Krejci in Rummel*³, § 1 KSchG Rz 20f.

12) Das UGB baut (im Gegensatz zum HGB) auf dem „subjektiven“ System auf. Näheres *Krejci*, Handelsrecht³ (2005) 23ff; *Jud*, Konsumentenschutz in der Rechtsprechung, ÖJZ 2004/16.

13) *Krejci in Rummel*³, § 1 KSchG Rz 5ff, 10.

14) *Krejci in Rummel*³, § 1 KSchG Rz 10. Zu diesem Ergebnis (Vermeidung von Wertungswidersprüchen von UGB und KSchG) gelangt man im Wege der objektiv-teleologisch-systematischen Interpretation, insb der Auslegung vorrangigen Rechts; *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 31, 40, 52 ff; vgl dazu *dens*, JBl 1996, 684: Er spricht dabei von „Quasi-Widersprüchen“ von Prinzipien, die (prima vista) hier vorliegen und zum bestmöglichen Ausgleich gebracht werden müssen („Optimierungsgebote“).

15) Siehe auch *Krejci in Rummel*³, § 1 KSchG Rz 5–6, 10, 31–32. Die ErläutRV sprechen davon, „den Anwendungsbereich des Handelsrechts in stimmiger Weise wie denjenigen des Verbraucherrechts zu beschreiben“.

16) *Krejci in Rummel*³, vor § 1 ff KSchG Rz 2; § 1 KSchG Rz 1.

17) *F. Bydlinski*, JBl 1996, 698 (FN 15); LG Berlin v 5. 9. 2006, Az: 103 O 75/06; § 14 (1) dBGB: Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

18) *F. Bydlinski* aaO (FN 15) 684; *Dehn*, UGB (2006) 22.

19) *Schummer* aaO 11; *Krejci in Rummel*³, § 1 KSchG Rz 5, 44–45.

✎ Meine Notizen: (subjektives Merkmal), die zum Betrieb seines Unternehmens gehören (§ 343 Abs 2 UGB). „Blix“ hingegen ist laut Sachverhalt Unternehmer iSd UGB (arg „gewerblicher Verkäufer“; §§ 1, 343, 344 Abs 1 UGB: Vermutungsregelung zugunsten der Annahme als unternehmensbezogenes Geschäft).

Während für Blix das UGB (§§ 343–454 UGB) zur Anwendung kommt (es liegt ein einseitiges unternehmensbezogenes Warenkaufsgeschäft vor), ist Jan Verbraucher iSd **KSchG**; seine Geschäfte sind für ihn ausschließlich Verbrauchergeschäfte. Die Rechtsfolgen von Privat- und Vorbereitungsgeschäften sind dieselben (§ 343 Abs 3 UGB).²⁰⁾ Jan kann daher innerhalb der Fristen des § 5e KSchG (grds 7 Tage ab Eingang) vom Kauf ohne Angabe von Gründen zurücktreten und muss den Kaufpreis nicht bezahlen. Alternativ kann er sich auch auf Gewährleistungsregeln (§§ 922 ff ABGB) oder auf Schadenersatzansprüche (§§ 1293 ff ABGB) für die betroffenen Geräte berufen. Allfällige Garantieansprüche Jan's gegenüber dem Produzenten der Waren bleiben als Anspruchsgrundlage konkurrierend aufrecht.

2.2. Zeitliche Trennung: Kauf am 1. 6.

Die Geschäfte vom 1.6. stellen für beide Parteien „betriebs(unternehmens)bezogene Geschäfte“ dar (§§ 1, 343 Abs 1 UGB). Wiederum liegt ein **Warenkauf** vor. Jan trifft daher eine **Untersuchungs- und Rügeobliegenheit** (§§ 377 f UGB): Feststellung der Mängel der betroffenen Waren bei ordnungsgemäßigem Geschäftsgang nach Lieferung, Anzeige binnen „angemessener Frist“ (§ 377 Abs 1 UGB). Die gelieferten Waren weisen einen Sachmangel auf (§§ 377 f UGB gelten nicht für Rechtsmängel). Jan treffen als Käufer **zwei** Obliegenheiten (§ 377 UGB): Untersuchung der Ware (Vorstufe: vorbereitende Obliegenheit) und allenfalls darauf folgende Rüge der bei der Untersuchung entdeckten Mängel. Da Jan den Mangel erkennt, ist nicht auf eine Differenzierung der Art der Mängel einzugehen.

Die erhobene „Rüge“: Die Angemessenheit der Rügefrist beurteilt sich im Regelfall nach der Zeit, die Jan für eine sachgemäße Untersuchung zur Feststellung von Mängeln benötigt sowie nach der Einhaltung der Frist zur Anzeige dieser. Die Rügefrist ist weder ex lege (nach Tagen etc) geregelt noch vereinbart worden. 7 Tage²¹⁾ (nach Ablieferung; dh am 10. 6.) insg sind deshalb in casu angemessen.²²⁾ Jan (trägt die Beweislast der rechtzeitig erhobenen Rüge) kam daher seiner Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten (bei technischen Geräten) rechtzeitig nach. – Die Form der Rüge: Die Rüge ist grundsätzlich formfrei, sie muss aber substantiiert sein (Welche Ware ist mangelhaft? Worin besteht der Mangel?). Jan's Aussage (Wissenserklärung) ist zu allgemein, dh nicht substantiiert. Deswegen hat er die Mängelrüge **nicht** gesetzeskonform erhoben.

Folgerung: Jan verliert aufgrund seiner nicht gehörig vorgenommenen Rüge alle Rechte, die ihm aus einer mangelhaften Lieferung zustehen. Vom Verlust nicht umfasst sind der Ersatz des Mangelfolgeschadens und die sich aus der Unterlassung der Rüge ergebenden deliktischen Schadenersatzansprüche.

3. Welche Rechtsfolgen ziehen die Umsatzerlöse nach sich?

Jan's Umsatzerlöse übersteigen an zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren € 400.000,- nicht, daher besteht für ihn keine Rechnungslegungspflicht (§ 189 Abs 1, 2 UGB). Er muss sich nicht im Firmenbuch eintragen, kann dies aber (fakultativ) jederzeit tun und sich ggf auch wieder löschen lassen (§ 8 Abs 1 iVm § 189 Abs 1, 2 UGB).²³⁾

2. Fall

1. Welche rechtlichen Konsequenzen kann die Verweigerung der Durchführung der Weisung für B haben?

Die Geschäftsführer können (im Innenverhältnis) an Weisungen durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss gebunden werden; Gesellschafter können die Geschäftsführungsbefugnisse jederzeit mit der Folge an sich ziehen, dass die Geschäfts-

20) ErläutRV § 345 UGB.

21) Vgl idZ § 39 Abs 1 UN-Kaufrecht und die einschlägige Rsp (14 Tage); weiters *Gruber*, Unternehmensbezogene Geschäfte⁷ (2007) 30 ff.

22) Vgl auch *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook Handels- und Gesellschaftsrecht (2006) 93, 94 zu Fall 106 und 96, 97 zu Fall 109 und 110.

23) Siehe auch *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook aaO 28 ff.

führer an ihre Entscheidung gebunden (dh **weisungsgebunden**, § 20 Abs 1 GmbHG) sind.²⁴⁾

 Meine Notizen:

Im vorliegenden Fall wurde B durch Beschluss der Gesellschafter die **Weisung** erteilt, um den gesamten der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Betrag (1 Mio Euro) Anteile am Hedge-Fonds zu kaufen. Er hat diese – **formal zulässige** – Weisung grundsätzlich zu befolgen. Denn das gesellschaftsrechtliche Verhältnis, das die Organstellung begründet, kann jederzeit (ohne Angabe von Gründen) widerrufen werden (Prinzip freier Widerruflichkeit der Geschäftsführung, § 16 Abs 1 GmbHG).²⁵⁾ Befolgt er die Weisung **nicht**, kann er durch Gesellschafterbeschluss als Geschäftsführer **abberufen** werden.

Folgerung: B muss die Weisung befolgen, tut er dies nicht, kann er als Geschäftsführer nach § 16 Abs 1 GmbHG **abberufen** werden.

2. Könnte B den der Weisung zugrunde liegenden Beschluss anfechten?

Es ist zwischen Anfechtbarkeit und Haftung (s unten 3.) sowie deren Wechselwirkungen zu differenzieren.

Der einer Weisung zugrunde liegende Beschluss der Gesellschafter kann unter den Voraussetzungen des § 41 GmbHG angefochten werden. Dass ein Beschluss **anfechtbar** ist, bedeutet, dass er in einem bestimmten (handelsgerichtlichen) Verfahren beseitigt werden kann. Ohne die Durchführung eines solchen Verfahrens ist der Beschluss **wirksam**. Die Geschäftsführer (als kollektives Organ) sind klageberechtigt; darüber hinaus jeder einzelne Geschäftsführer, wenn „der Beschluss eine Maßregel [das ist eine Weisung] zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung die Geschäftsführer [...] ersatzpflichtig oder strafbar würden“ (§ 41 Abs 3 GmbHG). Daneben gibt es (absolut) **nichtige** Beschlüsse, also solche, die ipso iure unverbindlich sind.²⁶⁾

Hier liegt ein **verbindlicher** (offenkundig **nicht** nichtiger) Beschluss vor, durch dessen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt werden. Dieser Beschluss ist **anfechtbar** (iSd § 41 Abs 1 Z 2 GmbHG). Zwar handelt es sich nicht um die Verletzung (nur) einer konkreten Gesetzesstelle im GmbHG; nimmt man jedoch **alle** Gläubigerschutzbestimmungen zusammen, gelangt man per Rechts- und/oder Gesamtanalogie zu einer (gravierenden) Verletzung des gesetzlich vielfach normierten Gläubigerschutzes (in Frage kommen zB sämtliche Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften, § 6 Abs 4, § 6a; § 10 Abs 3 und 6 GmbHG uva).

Folgerung A: Nach dieser Auffassung (so etwa *Kastner/Doralt/Nowotny*²⁷⁾) kann B den der Weisung zugrunde liegenden Beschluss der Gesellschafter anfechten.

Folgt man hingegen *Koppensteiner* und *Harrer*, ist ein Weisungsbeschluss wie der vorliegende zwar **objektiv nachteilig**, insofern also **sorgfaltswidrig**, **nicht** aber **gesetzwidrig**. Er kann daher von den Geschäftsführern nicht angefochten werden, da es sich um eine rein wirtschaftliche „Eigentümer-Entscheidung“ handelt, für die allein diese verantwortlich sind; darüber hinaus wäre dem Geschäftsführer eine Anfechtung nicht zuzumuten, da er in der Praxis wohl seine Geschäftsführerfunktion (Abberufung) gefährden würde (Näheres s unten 3.).²⁸⁾

Folgerung B: Nach der Gegenmeinung (*Koppensteiner/Harrer*) kann B den der Weisung zugrunde liegenden Beschluss der Gesellschafter **nicht** anfechten.

3. Haftet B der Gesellschaft für den Schaden?

Geschäftsführer haben die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 25 Abs 1 GmbHG) anzuwenden, dh über die für den geschäftsüblichen Zweck erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse zu verfügen. Bei Verletzung der Geschäftsführungspflichten haften sie der GmbH zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden (§ 25 Abs 2 GmbHG). Es gilt eine Verschuldenshaftung nach objektivem Maßstab; die

24) *Nowotny*, Gesellschaftsrecht (2005) 67; *Roth/Fitz*, Handels- und Gesellschaftsrecht (2000) Rz 476f; vgl *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook aaO 173.

25) *Koppensteiner*, GmbHG Kommentar (1999)², § 16 Rz 2.

26) *Koppensteiner*, GmbHG § 41 Rz 5, 7 ff, 18; vgl OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f.

27) *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 396.

28) *Koppensteiner*, GmbHG § 25 Rz 19 mHa *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 86ff sowie die gegenteilige Ansicht von *Kastner/Doralt/Nowotny*, aaO 396; letztere verweisen in FN 203 auf die – § 25 Abs 5 GmbHG offenbar einschränkend interpretierenden – (früheren) Ausführungen von *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 5. *Karollus/Huemer/Harrer*, aaO 177 zu Fall 265 stimmen im Ergebnis zu, differenzieren aber nicht zwischen der Anfechtbarkeit des Beschlusses und der Haftung des Geschäftsführers.

📝 Meine Notizen:

Geschäftsführer können sich nicht auf subjektives Unvermögen berufen. Die Verpflichtung (Haftung) der Geschäftsführer wird dadurch **nicht** aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben, wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 25 Abs 5 GmbHG). Nach dem Wortlaut gilt diese Norm uneingeschränkt²⁹⁾; die Haftung entfällt auch **nicht** durch Verzicht oder Vergleich mit der Gesellschaft (§ 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG).

In § 25 Abs 3, 4 GmbHG sind besondere Haftungsfälle (zB Verteilung von Gesellschaftsvermögen, Rückzahlung von Stammeinlagen oder Nachschüssen usw) aufgezählt. Daraus entstehende Schadenersatzansprüche (Verjährung in fünf Jahren, § 25 Abs 6 GmbHG) stehen der Gesellschaft als juristischer Person (Rechtssubjekt) zu. Somit tritt bei § 25 GmbHG der durch den/die Geschäftsführer verschuldete Schaden bei der **Gesellschaft** ein (die Gläubiger der Gesellschaft haben keinen unmittelbaren Anspruch darauf, dass letztere ihre Ansprüche tatsächlich verfolgt; anders § 84 Abs 5 AktG). Festzuhalten ist, dass die Spekulation mit dem Hedge Fonds „C“ auch „gut ausgehen“ hätte können. Zudem findet sich weder in § 25 GmbHG noch in einer anderen Norm ein Verbot der Durchführung spekulativer Geschäfte als solcher.

In unserem Fall liegt eine Weisung vor, die auf einem **Beschluss** beruht, der zwar offenkundig **nicht** unter die (demonstrativ) aufgezählten Tatbestände des § 25 Abs 3 GmbHG fällt, dessen Durchführung durch B gleichwohl aber nach § 25 Abs 2 leg cit eine Obliegenheitsverletzung darstellt. Das bedeutet für die GmbH, dass sie **alle** verfügbaren Barmittel (1 Mio Euro) investiert (keine Einplanung irgendwelcher Reserven). Zudem ist dieses Unternehmen äußerst **riskant**; Geschäftsführer B verletzt daher seine Obliegenheiten, wenn er den Beschluss – trotz seiner (laut Sachverhalt) gegenüber den Gesellschaftern geäußerten Bedenken letztlich doch – durchführt. Die Haftung entfällt **nicht** durch den Umstand, dass der Geschäftsführer in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt hat, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (nach § 25 Abs 5 GmbHG). Im Übrigen besteht die Haftungsentlastung nicht bei (absolut nichtigen) Beschlüssen, die gegen zwingende Rechtsvorschriften (zB Verbot der Einlagenrückgewähr) verstoßen.

Hier hat B der Gesellschaft in Befolgung der Weisung der Gesellschafter durch den Abschluss dieses (iE ungünstigen) Geschäftes einen Schaden zugefügt, dessen Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist. Nach der durch die hA³⁰⁾ vorgenommenen (wörtlichen) Interpretation des Abs 5 leg cit gilt dies auch, wenn (wie hier) kein nichtiger, sondern ein **verbindlicher** Beschluss der Gesellschafter vorliegt. Diesen kann der Geschäftsführer anfechten (§ 41 Abs 3 GmbHG) – und er **muss** dies tun, wenn er sich nicht durch dessen Ausführung schadenersatzpflichtig machen will!

Folgerung A: Wenn B die Weisung laut Beschluss durchführt und letzteren nicht anfecht, **haftet** er gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden, soweit dessen Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist (hA).

Folgt man **nicht** dem Gesetzeswortlaut, sondern *Harrer/Koppensteiner*, ist § 25 Abs 5 iVm Abs 2 GmbHG (Haftung der Geschäftsführer, die *ihre Obliegenheiten* verletzen) **eingeschränkt** zu interpretieren.

Die Anfechtung des der Weisung zugrunde liegenden Gesellschafterbeschlusses kann B in diesem Fall (siehe dazu oben unter Punkt 2. zu *Harrer/Koppensteiner*) nicht zugemutet werden. Die Bindung des Geschäftsführers an die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erklärt sich aus seiner Stellung als Verwalter eines fremden Vermögens. Ihr innerer Grund entfällt, wenn die wirtschaftlichen Eigentümer dieses Vermögens ihren Willen hinsichtlich der **Gestion** des Unternehmens (dh hinsichtlich der konkreten Art und Weise bzw des Inhalts der Geschäftsführung) zum Ausdruck gebracht haben.³¹⁾ Es handelt sich daher um eine rein **wirtschaftliche**, vom GmbH-**Eigentümer** (also allein von den **Gesellschaftern**) zu treffende und auch zu verantwortende Entscheidung. Fazit: **Keine** Haftung des Geschäftsführers bei Vorliegen eines verbindlichen (nicht nichtigen) Beschlusses.³²⁾

Folgerung B: **Keine** Haftung des B (Ansicht von *Harrer* und *Koppensteiner*).

29) *Kastner/Doralt/Nowotny*, aaO 396.

30) *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 396.

31) *Koppensteiner*, GmbHG § 25 Rz 14, 19; *Harrer*, Haftungsprobleme aaO 86 ff.

32) *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵ (2006) 23.