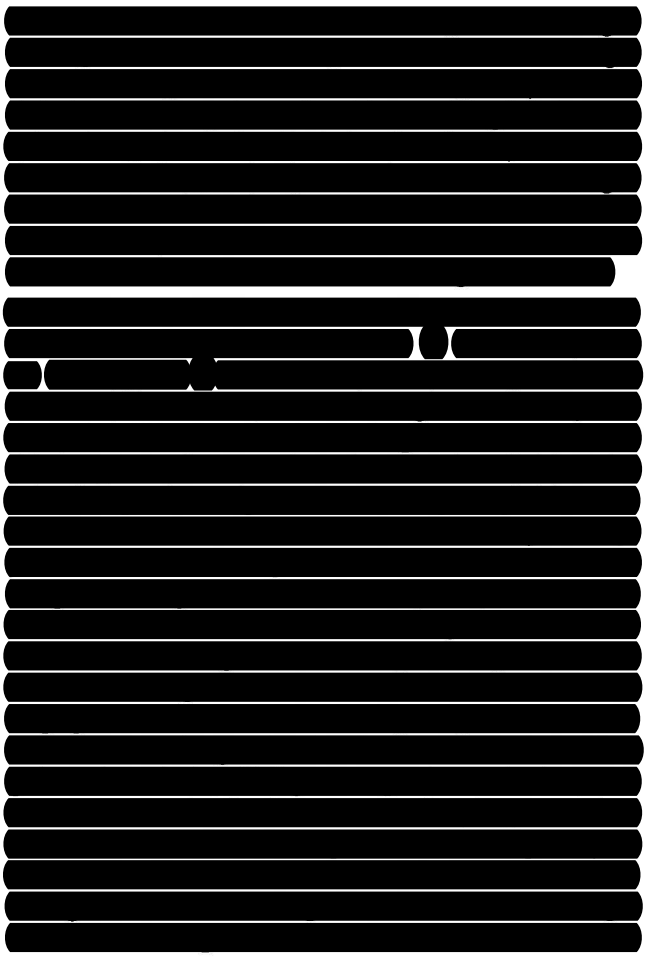

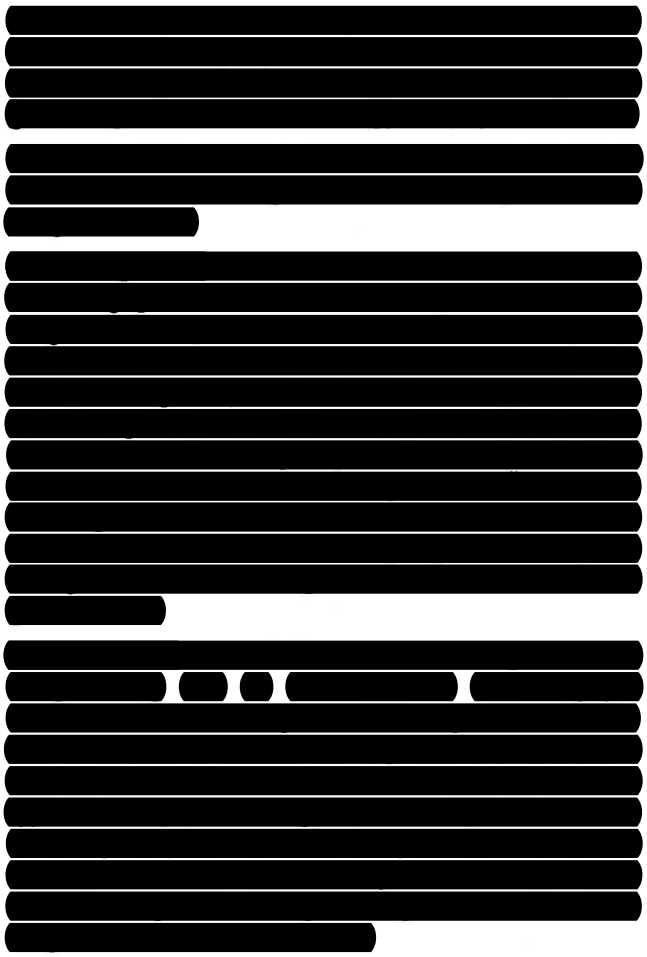

Firmenbuch und Unternehmensrecht

NZ 2016/149

§§ 25, 82 f GmbHG; §§ 52, 56, 84 AktG; § 2 ABGB
Haftung des Geschäftsführungsorgans bei einer verdeckten Kapitalgesellschaft

1. Bei einer GmbH & Co KG haftet der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der KG analog § 25 GmbHG. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Komplementärgesellschaft für eine oder für mehrere KG Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt.

2. Diese Überlegungen gelten auch für den Vorstand und den Aufsichtsrat einer Komplementär-AG.

3. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch der KG verjährt nach § 84 Abs 6 AktG bzw § 25 Abs 6 GmbHG. Ob die Bestimmungen eine objektive oder eine subjektive Verjährungsfrist enthalten, kann im vorliegenden Fall offengelassen werden.

4. Die analoge Anwendung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften auf eine verdeckte Kapitalgesellschaft gilt auch, wenn es sich bei der Komplementärgesellschaft um eine AG handelt. Ebenso sind diese auf Zuwendungen der KG an Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft anzuwenden, die gleichzeitig Kommanditisten der KG sind.

5. Zumindest bei größeren Umstrukturierungen müssen nicht einschlägig ausgebildete Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsmitglieder und Geschäftsführer wohl regelmäßig spezialisierte Berater beiziehen, um die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu erfüllen.

6. Eine objektive Sorgfaltswidrigkeit kann durch die Einholung fachlichen Rats ausgeschlossen werden. Voraussetzung dafür jedoch ist, dass dies bei einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle erfolgt, die über den gesamten Sachverhalt informiert ist. Ebenso muss die Anfrage entsprechend ergebnisoffen formuliert sein. Bloße Gefälligkeitsgutachten exkulpieren nicht.

7. Bei klaren rechtlichen Verpflichtungen ist die Business Judgement Rule nicht anwendbar.

OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h (OLG Graz 29. 7. 2015, 4 R 62/15t; LGZ Graz 3. 12. 2014, 10 Cg 116/13i)

Zulassung o Revision

Aus den Entscheidungsgründen:

1.1. Der erkSen hat erst jüngst in dem ebenfalls von der Kl gegen einen (anderen) Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft aus dem Titel des Schadenersatzes geführten Verfahren 6 Ob 171/15p mit ausführlicher Begründung und unter Hinweis auf Rsp und Literatur klargestellt:

Abgesehen davon, dass sich auch *[bereits]* die E 1 Ob 192/08d durchaus dahin verstehen lässt, dass als besondere Umstände, die zu einer unmittelbaren Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft analog § 25 GmbHG führen können, entweder die Personenidentität von Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern „oder" die Tätigkeit der GmbH ausschließlich zur Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben für die Kommanditgesellschaft angesehen werden können [...], ist für eine Haftung des Geschäftsführers beachtlich, dass die Komplementär-GmbH rein formal als Zwischenglied „vorgeschoben" wird, wenn sie außerhalb der Geschäftsführung für die Kommanditgesellschaft keine anderen Aufgaben wahrnimmt (so ausdrücklich bereits 1 Ob 192/08d). Der GmbH-Geschäftsführer wird in diesem Fall organschaftlich mittelbar [...] bzw faktisch [...] für die Kommanditgesellschaft tätig, seine wesentliche Tätigkeit wirkt sich direkt bei der Kommanditgesellschaft aus [...]. Damit besteht aber keinerlei Veranlassung, den Geschäftsführer bei mangelnder Personenidentität aus seiner Verantwortung (analog § 25 GmbHG) gegenüber der Kommanditgesellschaft zu entlassen.

Auf das zusätzliche Vorliegen einer „Personenidentität von Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern" oder „eine enge gesellschaftsrechtliche Verflechtung" komme es in einem solchen Fall nicht an.

Der von Teilen der Literatur vertretenen Auffassung, im Regelfall stünden der Kommanditgesellschaft ohnehin Schadenersatzansprüche gegen die Komplementär-GmbH wegen schlechter Geschäftsführung zu, zu deren Befriedigung sie auf den Schadenersatzanspruch der GmbH gegenüber dem Geschäftsführer greifen könne (*Rowedder/Koppensteiner,* GmbHG² [1990] § 43 dGmbHG Rz 53; *Harrer,* Zum Rechtsverhältnis zwischen der GmbH & Co und den Geschäftsführern der GmbH, wbl 1991, 145; *Koppensteiner/Rüffler,* GmbHG³ [2007] § 25 Rz 30; *Koppensteiner/Auer* in *Straube,* UGB [2009] § 161 Rz 20; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler,* GmbHG [2014] § 25 Rz 41; jüngst wieder *Schörghofer,* GesRZ 2016, 285 [Entscheidungsanm]), schloss sich der erkSen – so wie bereits die E 1 Ob 192/08d – ausdrücklich nicht an.

1.2. In dem der E 6 Ob 171/15p zugrunde liegenden Fall stand nach den dort von den Vorinst getroffenen Feststellungen als einziger Tätigkeitsbereich der Komplementärgesellschaft die Verrichtung der Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft fest, wobei der dort Bekl im maßgeblichen Zeitraum Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft gewesen war. Schon aus diesem Grund hielt der erkSen Haftungsansprüche der Kommanditgesellschaft gegenüber dem dort Bekl für grundsätzlich denkbar. [...]

1.3.1. Neuere Lehre (*Schopper/Walch,* Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG, NZ 2016, 163 [172], insb unter Hinweis auf *Teichmann,* Die Auslandsgesellschaft & Co., ZGR 2014, 220; *U. H. Schneider* in *Scholz,* GmbHG¹¹ [2012–2015] zu § 43, und *Krebs,* Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung [1991]) sieht den „Kern des Problems" darin, dass diejenige natürliche Person, die in ihrer Rolle als Organ der juristischen Person tatsächlich die Geschäfte für die Kommanditgesellschaft führt, dieser gegenüber nicht unmittelbar verantwortlich sei. Die Kommanditgesellschaft öffne ihren Rechtskreis gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer und eröffne ihm dadurch massive Einwirkungsmöglichkeiten auf ihre Rechtsgüter. Sie solle darauf vertrauen dürfen, dass der GmbH-Geschäftsführer Rücksicht auf ihre Rechtsgüter nimmt und ebenso sorgfältig handelt, wie es eine natürliche Person als geschäftsführender Kommanditgesellschafter tun würde. Dem GmbH-Geschäftsführer, der durch die Übernahme der (mittelbaren) Organstellung in aller Regel wirtschaftliche Vorteile habe, seien diese Pflichten auch zumutbar. Ausgehend von diesem Problemkern gehe es nicht darum, die Geschäftsführerhaftung nach § 25 GmbHG um einen zusätzlichen Anspruchsberechtigten (die Kommanditgesellschaft) zu erweitern, sondern die Haftung des geschäftsführenden Kommanditgesellschafters (Komplementär-GmbH) auf einen weiteren Haftungsadressaten (den GmbH-Geschäftsführer) auszudehnen. Dogmatisch lasse sich dies durch eine rechtliche Sonderverbindung zwischen der Kommanditgesellschaft und dem geschäftsführenden Gesellschafter der Komplementär-GmbH begründen. Ähnlich wie zB bei der culpa in contrahendo (cic) resultiere aus der Geschäftsführungstätigkeit und den damit verbundenen Einwirkungspflichten des GmbH-Geschäftsführers auf die Rechtsgüter der Kommanditgesellschaft eine rechtliche Sonderverbindung, die den GmbH-Geschäftsführer direkt gegenüber der Kommanditgesellschaft zur sorgfältigen Geschäftsführung verpflichte. Methodisch handle es sich um eine Rechtsanalogie. Aus mehreren Bestimmungen, wie insb § 15 Abs 1 GmbHG und § 75 Abs 2 AktG, werde das Prinzip gewonnen, dass jene natürliche Person, die für eine Gesellschaft geschäftsführend tätig ist, dieser gegenüber auch unmittelbar verantwortlich sein solle.

1.3.2. Für diese maßgeblichen Schutzgedanken besteht nun kein Unterschied, ob eine Komplementärgesellschaft für eine Kommanditgesellschaft oder für mehrere Kommanditgesellschaften Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt (ebenso *Schopper/Walch*, aaO 171):

Zum einen ist aus Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, Vereinsgesetz und Insolvenzordnung die gesetzgeberische Wertung ableitbar, dass dann, wenn es um eine umfassende Geschäftsführungsverantwortung für juristische Personen ohne haftende natürliche Personen geht, die auch im Interesse der Gläubiger zu tragen ist, diese Geschäftsführungsverantwortung auch von einer natürlichen Person wahrgenommen werden muss. Zum anderen hat der erkSen bereits in der E 6 Ob 171/15p darauf hingewiesen, dass die unmittelbare Haftung des Geschäftsführers der Komplementärgesellschaft gegenüber der Kommanditgesellschaft (auch) dem Verwässerungsschutz dient. Schadenersatzansprüche der Komplementär-GmbH gegen den Geschäftsführer würden etwa dann nicht zu einer vollen Befriedigung der Kommanditgesellschaft führen, wenn die GmbH insolvent geworden ist, stehen die Ansprüche gegenüber dem Geschäftsführer doch der Masse zu, an welcher die Kommanditgesellschaft lediglich mit der Insolvenzquote beteiligt ist. Und schließlich erstreckt sich auch nach der Rsp des deutschen BGH der Schutzbereich des zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Organverhältnisses auf die Kommanditgesellschaft (BGHZ 110, 342; BGHZ 197, 304; II ZR 360/13).

1.3.3. Die Passivlegitimation der Bekl ist deshalb zu bejahen, ohne dass es konkret darauf ankommt, ob die Komplementärgesellschafterin tatsächlich (die Bekl bestreiten dies auch noch im Revisionsverfahren) nur als reine Arbeitsgesellschafterin tätig war.

1.4.1. Nach den Feststellungen der Vorinst waren am 1. 12. 2008 Erst- und ZweitBekl noch Vorstandsmitglieder der Komplementärgesellschaft, Dritt- und ViertBekl Aufsichtsratsvorsitzender bzw dessen Stellvertreter. Dem Firmenbuch ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass mit Hauptversammlungsbeschluss vom selben Tag die Komplementärgesellschaft von einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gem §§ 239ff AktG umgewandelt wurde. An der Anwendbarkeit der dargelegten Grundsätze auf die Bekl ändert dies allerdings nichts:

1.4.2. Obgleich § 25 Abs 1 GmbHG die von den Geschäftsführern anzuwendende Sorgfalt als die eines ordentlichen Geschäftsmanns umschreibt, wogegen § 84 Abs 1 AktG den Vorstandsmitgliedern die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters aufbürdet, besteht nach stRsp des OGH insofern kein substantieller Unterschied, als es hier wie dort darum geht, dass sich die Mitglieder des geschäftsführenden Organs nicht wie beliebige Unternehmer, sondern wie ordentliche Geschäftsleute in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verhalten müssen (RIS-Justiz RS0116174). (Auch) der Vorstand der Aktiengesellschaft wird organschaftlich für die Kommanditgesellschaft tätig; seine Tätigkeit wirkt sich direkt (ebenfalls) bei der Kommanditgesellschaft aus.

1.4.3. Nach § 99 AktG gilt für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft § 84 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. Damit erfolgt die zentrale Regelung der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft für Pflichtverletzungen in gleicher Weise wie für Vorstandsmitglieder (*Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] [2010] §§ 98, 99 Rz 32 unter Hinweis auf 8 Ob 629/93 SZ 67/132 = ÖBA 1994, 978 *[Jabornegg]*). Auch beim Vorstand und dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft kommen daher die dargestellten Überlegungen zum Tragen.

2. Die Bekl halten im Revisionsverfahren ihren Verjährungseinwand weiter aufrecht. Auch dazu kann bereits in diesem Verfahrensstadium abschließend Stellung genommen werden:

Der erkSen hat in der bereits erwähnten E 6 Ob 171/15p klargestellt, dass bei analoger Anwendung der §§ 82ff GmbHG auf die GmbH & Co KG nicht erkennbar wäre, weshalb diese Analogie dann für die Verjährungsbestimmung des § 25 Abs 6 GmbHG nicht gelten sollte. Da § 84 Abs 6 AktG eine dem § 25 Abs 6 GmbHG vergleichbare Verjährungsregelung enthält, sind die in der E 6 Ob 171/15p zur Komplementärgesellschaft (mit beschränkter Haftung) dargelegten Grundsätze auch auf den Fall einer Komplementär-(aktien-)gesellschaft anzuwenden.

Der Sach- und Einlagevertrag, auf den die Kl ihr Schadenersatzbegehren stützt, wurde am 1. 12. 2008 abgeschlossen; dies ist der frühestmögliche Zeitpunkt des fristauslösenden (1 Ob 203/11a mwN) Schadenseintritts. Die vorliegende Klage wurde am 21. 11. 2013 gerichtsanhängig gemacht. Zu diesem Zeitpunkt war die fünfjährige Verjährungsfrist der § 25 Abs 6 GmbHG, § 84 Abs 6 AktG noch nicht abgelaufen, das Klagebegehren somit noch nicht verjährt. Die Fragen, ob § 25 Abs 6 GmbHG, § 84 Abs 6 AktG eine objektive oder eine subjektive Verjährungsfrist enthalten (in letzterem Sinn allerdings 9 ObA 148/05p ecolex 2007/17 [zust *Schopper/Kapsch*] = DRdA 2007/50 [krit *Eypeltauer*] und 5 Ob 306/76 EvBl 1978/4; zu § 25 Abs 6 GmbHG 2 Ob 356/74 SZ 48/79; vgl auch 6 Ob 3/15g GES 2015, 405 *[Neubauer]* = GesRZ 2016, 57 *[Durstberger]*) und auf wessen Kenntnis es (für den Fall der Annahme einer subjektiven Frist) für den Beginn der Verjährungsfrist maßgeblich ankommt (vgl dazu den Überblick bei *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung[2] [2011] Rz 2/182), sind somit – so wie schon in der E 6 Ob 171/15p – nicht zu beantworten. [...]

4.1. Der erkSen hat in der bereits mehrfach erwähnten E 6 Ob 171/15 p unter Hinweis auf Rsp und Literatur ua klargestellt:

Es entspricht zwar stRsp des OGH, dass grundsätzlich die Haftung des Geschäftsführers entfällt, wenn alle Gesellschafter einer schadenbegründenden Handlung zugestimmt haben [...]. Oberstes Organ der Gesellschaft sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Sie können durch Weisungen an die Geschäftsführer unmittelbar in die Gesellschaft eingreifen; die Geschäftsführer haben solche Weisungen zu befolgen [...]. Diese Abhängigkeit von den Gesellschaftern bedingt ihre Freistellung von der Haftung gegenüber der Gesellschaft. Voraussetzung dafür ist ein Gesellschafterbeschluss, wobei allerdings auch eine bloß konkludente Zustimmung oder Genehmigung des Geschäfts durch die Gesellschafter ausreicht [...].

Allerdings darf es sich dabei [...] nicht um eine rechtswidrige Weisung handeln [...], sollte der Geschäftsführer von der Haftung freigestellt werden. Im Fall eines Gesetzesverstoßes, der zur Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses führt, ist der Geschäftsführer nicht gebunden. Nichtige Weisungsbeschlüsse lassen demnach die Haftung, weil nicht verbindlich, unberührt. Dazu gehören vor allem Verstöße gegen Gläubigerschutzbestimmungen und Kapitalerhaltungsvorschriften [...].

4.2. Darüber hinaus wurde in der E 6 Ob 171/15 p – unter Fortschreibung der Grundsätze der E 2 Ob 225/07 p und Berücksichtigung von Rsp und Literatur – Folgendes festgehalten:

Nach stRsp des OGH ist Zweck der Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 ff GmbHG, das Stammkapital als „dauernden Grundstock der Gesellschaft" und als einziges „dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt" gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern [...]; das Verbot der Einlagenrückgewähr ist demnach primär eine Gläubigerschutzvorschrift [...]. Diese Bestimmungen sind dann, wenn an einer Kommanditgesellschaft keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist, auf Zuwendungen an die Gesellschafter der Komplementär-GmbH [...], aber auch auf solche an „Nur-Kommanditisten" analog anzuwenden. An dieser Auffassung hält der erk(Fach-)Sen trotz teilweise krit Stellungnahmen in der Literatur weiterhin fest [...].

Ein solcher Fall liegt nach den Behauptungen der Kl auch hier vor. Einziger Komplementär der Kommanditgesellschaft war die Komplementärgesellschaft, eine damals Aktiengesellschaft und nunmehr Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Zuwendung (Einbringung der G GmbH samt ausländischen Tochtergesellschaften) wiederum erfolgte an die Konzernmutter, die Kommanditistin der Kommanditgesellschaft.

Dass es sich im Fall der E 6 Ob 171/15 p im maßgeblichen Zeitpunkt bei der Komplementärgesellschaft um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, im vorliegenden Fall hingegen (zeitweise) um eine Aktiengesellschaft handelte, ändert an den dargelegten Grundsätzen nichts. Die Regelungen des Aktien- und des GmbH-Rechts über die Einlagenrückgewähr sind weitgehend ident (s bloß *Bauer/Zehentner* in WK GmbHG [2009] § 82 Rz 15). Den jüngsten Überlegungen von *Bergmann/P. Schörghofer* (RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften, GesRZ 2014, 340; jüngst wieder *Schörghofer,* GesRZ 2016, 285 [Entscheidungsanm]), aus den – im Übrigen erst 2015 in Kraft getretenen – Bestimmungen des Rechnungslegungs-Änderungsgesetzes 2014 (BGBl I 2015/22) sei zu schließen, dass der Gesetzgeber eine Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Kapitalgesellschaft & Co KG ausschließen wollte, ist aus Sicht des erkSen entgegenzuhalten: Das Schweigen des Gesetzgebers in offensichtlicher Kenntnis der vom OGH vorgenommenen grundsätzlichen Analogie zwischen Kapitalgesellschaft und Kapitalgesellschaft & Co KG zu dieser Analogie legt vielmehr nahe, dass er diese Analogie billigt, auch wenn er in einem (anderen) Teilbereich (§ 221 Abs 5 iVm § 229 Abs 4 bis 7 UGB e contrario, Dotierung gebundener Rücklagen) eine Gleichstellung von Kapitalgesellschaft & Co KG mit Kapitalgesellschaften ausdrücklich nicht vorsieht; ein Abgehen von der mit der E 2 Ob 225/07 p begonnenen Rsp hätte eines deutlicheren Signals des Gesetzgebers bedurft. Auch in den Gesetzesmaterialien findet sich kein Hinweis in diesem Sinn. Danach sollten vielmehr die Bestimmungen noch stärker an die RL 2013/34/EU über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen (Bilanz-Richtlinie) angepasst werden, die die ohne eine haftende natürliche Person errichtete GmbH & Co KG einer Kapitalgesellschaft gleichstelle (ErläutRV 367 BlgNR 25. GP 3).

4.3. Der Argumentation der Bekl, die zu 2 Ob 225/07 p begründete Rechtsprechungslinie sei im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar, weil, sofern überhaupt eine Schutzlücke im Kapitalerhaltungsrecht der Kommanditgesellschaft bejaht werden könne, dies nur der Fall sei, wenn der Kommanditist nicht – wie im Ergebnis hier – auch Gesellschafter der Komplementär-Kapitalgesellschaft ist, steht bereits die E 2 Ob 225/07 p entgegen, der eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen ist; auch der E 6 Ob 171/15 p kann eine solche nicht entnommen werden. Die analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften ist vielmehr auch auf Zuwendungen der Kommanditgesellschaft an Gesellschafter der Komplementär-GmbH anzuwenden, die gleichzeitig Kommanditisten der Kommanditgesellschaft sind (ebenso *Bauer/Zehetner,* aaO § 82 Rz 231 unter Hinweis auf 1 Ob 141/02 w).

4.4. Folge der analogen Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Kapitalgesellschaft & Co KG ist die Anwendbarkeit der inhaltlichen Schranken dieses

Verbots, womit sämtliche Zuwendungen der Kommanditgesellschaft an ihre Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung sind, unzulässig sind (6 Ob 171/15 p [5.4.]). Dass die Kommanditgesellschaft – anders als Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften – kein Mindestkapital aufweisen muss, hindert deshalb die Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht. Anders als in Deutschland knüpfen diese in Österreich nämlich gerade nicht an die Stammeinlagen der Gesellschafter an, sondern ist das gesamte Vermögen der Gesellschaft geschützt (*Bauer/Zehetner,* aaO § 82 Rz 2, 46; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss,* AktG² [2012] § 52 Rz 11 ff; vgl auch *Reich-Rohrwig,* Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH und GmbH & Co KG [2004] 407). Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften liegen jedenfalls immer dann vor, wenn für die Zuwendung keine Gegenleistung erbracht wird (offene Einlagenrückgewähr [*Bauer/Zehetner,* aaO § 82 Rz 48]). Das Verbot der offenen Einlagenrückgewähr erstreckt sich auf jegliche Zuwendungen der Gesellschaft an den Gesellschafter, die nicht durch den Jahresgewinn gedeckt sind (ebenso *Harrer,* Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens [2010] 452 [„Auszahlungen aus dem Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter – Kommanditisten – sind demnach grundsätzlich unzulässig"]). Einbringungen, bei denen Vermögen einer Kapitalgesellschaft & Co KG im Rahmen eines Sacheinlagevertrags ohne Gegenleistung auf den Kommanditisten übertragen werden, sind offene Verstöße gegen das Kapitalerhaltungsgebot (vgl für Realteilungen *Hügel,* Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler,* GVÖ I: Die GmbH & Co KG [2011] 111 [119 f] auch zur Maßgeblichkeit des Verkehrswerts und zum Vorschlag zur Anwendung des Spaltungsgesetzes; *Eckert,* Einlagenrückgewähr und Umgründungen, in *Kalss/U. Torggler,* Einlagenrückgewähr [2014] 71 [79]; ebenso bereits *Grossmayer,* ecolex 2008, 1023 [Entscheidungsanm]; vgl auch *Kalss/Eckert/Schörghofer,* Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG, GesRZ 2009, 65 [79]).

Ein durch einen Verstoß gegen diese Vorgaben durch die verantwortlichen Organe bewirkter Schadenseintritt wird allein durch allfällige Rückforderungsansprüche nicht gehindert (RIS-Justiz RS0022602).

Die Bekl meinen nun (auch) im Revisionsverfahren, wirtschaftlich betrachtet hätte das gleiche Ergebnis wie die behaupteten Umstrukturierungen auch durch einen Kauf der Geschäftsanteile, die die Kommanditgesellschaft gehalten hatte, durch den Kommanditisten mit nachfolgender Ausschüttung des dadurch erzielten Gewinns an den Kommanditisten erzielt werden können. Dieser Transaktion wäre keinerlei Verdacht einer Unzulässigkeit in Bezug auf Kapitalerhaltungsvorschriften zu unterstellen gewesen. Im Ergebnis erheben damit die Bekl gegen den geltend gemachten Schadenersatzanspruch aus rechtswidrigem Verhalten den Einwand, dass ein rechtmäßiges Alternativverhalten zum selben Ergebnis geführt hätte. Im fortzusetzenden Verfahren wird das ErstG zu berücksichtigen haben, dass nach stRsp des OGH (2 Ob 154/08 y; 2 Ob 41/10 h; RIS-Justiz RS0112234 [T 5]; RS0111706 [T 1]) die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, den Schädiger trifft, die Bekl deshalb das volle Beweis- und Aufklärungsrisiko dafür trifft, dass zum Zeitpunkt der (späteren) Gewinnfeststellung in der Kommanditgesellschaft der behauptete Gewinn auch tatsächlich verteilbar gewesen wäre. Dabei ist weiters zu berücksichtigen, dass es in der Verantwortung eines jeden sorgfältigen organschaftlichen Vertreters einer Gesellschaft liegt, nach der Veräußerung wesentlicher Vermögensbestandteile der Gesellschaft nur so weit Veräußerungserlöse als Gewinn zu verteilen, als dadurch die Befriedigung der Gläubigeransprüche nicht vereitelt wird (vgl *Dellinger,* Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation [2001] 68 ff). Das Beweis- und Aufklärungsrisiko trifft die Bekl aber auch für die behaupteten Vorteile der Kommanditgesellschaft im Zusammenhang mit der Übertragung (RIS-Justiz RS0036710) bzw dem behaupteten unvermeidbaren Untergang der übertragenen GmbH (6 Ob 201/98 x; RIS-Justiz RS0106535; RS0106534).

4.5. Die Bekl bestreiten auch im Revisionsverfahren ein schuldhaftes Verhalten. Die von ihnen vorgenommenen Umstrukturierungen, darunter auch der Einbringungs- und Sacheinlagevertrag vom 1. 12. 2008, hätten der damaligen Rechtslage entsprochen. Die E 2 Ob 225/07 p sei vereinzelt geblieben und von „einschlägigen Fachkreisen" überzeugend abgelehnt worden, jedenfalls sei sie unklar gewesen. Die Bekl hätten sich auf interne und externe sachkundige Berater (Notar, Steuerberater, Leiter der Rechtsabteilung des Konzerns) gestützt und außerdem ein Sachverständigengutachten „einer ausgewiesenen Expertin im Bereich des Gesellschaftsrechts und von Umstrukturierungen" eingeholt, sodass sie sich jedenfalls auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen könnten.

4.5.1. Die E 2 Ob 225/07 p v 29. 5. 2008 wurde am 28. 6. 2008, somit mehrere Wochen vor Abschluss des Einbringungs- und Sacheinlagevertrags, im RIS-Justiz im Volltext veröffentlicht (Textnummer E 87691). Bereits zuvor hatten jedoch *Karollus* (Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, in FS Kropff [1997] 669; ecolex 1996, 860 [Entscheidungsanm]), *Reich-Rohrwig* (Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG [2004]) und *Jabornegg* (in *Jabornegg,* HGB [1997] § 161 Rz 56) die Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Kommanditgesellschaft bejaht. Auch der OGH hatte sich bereits in der E 8 Ob 2124/96 b mit dieser Frage auseinandergesetzt, worauf etwa *Szep* (Umgründungen iZm Personengesellschaften im Lichte jüngster OGH-Rsp zur Kapitalerhaltung, ecolex 2001, 804) ausführlich

hingewiesen hatte. *Hügel* (in *Artmann/Rüffler/Torggler,* aaO 111 [114 f, 120 f]) berichtete deshalb im Jahr 2011, er habe bereits im Jahr 2004 angesichts der Arbeiten von *Karollus* und *Reich-Rohrwig* Mandanten aufgeklärt, dass Realteilungen (das von *Hügel* gebrachte Beispiel weist hinsichtlich der hier zu beurteilenden Fragen keinen wesentlichen Unterschied zu Einbringungen auf) eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen und bei Anwendung des Kapitalerhaltungsgebots nichtig sein könnten; aufgrund der Breitenwirkung der E 2 Ob 225/07 p, über die auch in der Tagespresse berichtet worden sei, sei die Fortsetzung der formlosen Realteilungspraxis unter strafrechtlichem Untreueverdacht gestanden, weil die Annahme wissentlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht zum Nachteil der KG vergleichsweise nahegelegen sei.

Daraus lässt sich jedenfalls schließen, dass der kautelarjuristischen Praxis das Problem der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Kapitalgesellschaft & Co KG – angesichts der E 8 Ob 2124/96 b und der Arbeiten von *Karollus, Reich-Rohrwig, Jabornegg* und *Szep* zu Recht – damals schon deutlich vor Veröffentlichung der E 2 Ob 225/07 p bewusst war oder zumindest bewusst sein hätte müssen. Daraus folgt zum einen, dass ein sorgfältiger Rechtsberater (vgl *Grossmayer,* ecolex 2008, 1023 [Entscheidungsanm]: [...] Kapitalerhaltungsgebot zu beachten „bei einer Realteilung der KG" [...]) derartige Vorgänge erst recht seit der E 2 Ob 225/07 p zu beachten hatte. Zum anderen geht der Einwand der Bekl, die E 2 Ob 225/07 p sei vereinzelt geblieben, ins Leere; dass diese Entscheidung in weiterer Folge in der Literatur zum Teil kritisiert wurde, ist angesichts des Umstands, dass diese Stellungnahmen ganz offensichtlich erst nach dem Abschluss des Einbringungs- und Sacheinlagevertrags publiziert wurden (vgl dazu *Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] [2014] § 2 ABGB Rz 13), im vorliegenden Fall ohne Bedeutung; im Übrigen ist nicht alles schon deshalb vertretbar, weil es einmal in der Literatur vertreten wurde (*G. Kodek* in *Rummel/Lukas,* ABGB[4] [2015] § 2 Rz 22). [...]

4.5.3. Die Bekl sind zwar keine Juristen und schon gar nicht Rechtsanwälte oder Notare, im Hinblick auf § 25 Abs 1 GmbHG haften sie jedoch für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns. Darunter versteht die hA die Sorgfalt, die Fähigkeiten und die Kenntnisse, die von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig und nach der Größe des Unternehmens üblicherweise erwartet werden können (vgl bloß *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG [2015] § 25 Rz 24 mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rsp). Die Geschäftsführer schulden dabei eine branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung (*Reich-Rohrwig,* aaO), wobei sich die Situationsadäquanz des Verhaltens bei Transaktionen (auch) nach dem Transaktionswert zu richten hat: Bei Umstrukturierungen der vorliegenden Größenordnung sind gerade bei nicht einschlägig ausgebildeten Vorständen, Aufsichtsräten und Geschäftsführern wohl regelmäßig spezialisierte Berater beizuziehen, um eine (auch) gesetzeskonforme Abwicklung zu gewährleisten (vgl 4 Ob 241/03 z SZ 2003/171 [GmbH-Gesellschafter]).

Welche konkreten Aufklärungen die Bekl erhalten haben, wurde nicht festgestellt. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens wird von den Bekl zwar behauptet, ein solches liegt dem Gerichtsakt derzeit jedoch nicht bei, sodass dazu auch nicht Stellung genommen werden kann. Allgemein kann dazu aber festgehalten werden, dass die objektive Sorgfaltswidrigkeit zwar durch Einholung fachlichen Rats ausgeschlossen werden kann, Voraussetzung dafür jedoch ist, dass dies bei einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle erfolgte, die über den gesamten Sachverhalt informiert war (vgl RIS-Justiz RS0089613; RS0084545; *Kehrer,* aaO Rz 8; *G. Kodek,* aaO Rz 15). Voraussetzung ist auch, dass die Anfrage entsprechend ergebnisoffen formuliert war; bloße Gefälligkeitsgutachten exkulpieren nicht, wobei die (extrem geringe oder auffallend hohe) Höhe des Honorars ein Indiz für mangelnde Seriosität sein kann (*G. Kodek,* aaO Rz 15). Bei der Beurteilung des Sachverständigengutachtens, dessen Vertretbarkeit im vorliegenden Fall und dessen Eignung, die Bekl zu exkulpieren, wird es auch maßgeblich darauf ankommen, inwieweit das Sachverständigengutachten die damals vorhandenen Rechtserkenntnisquellen (insb auch die allenfalls sogar in der Tagespresse diskutierte E 2 Ob 225/07 p und die diese stützenden Vorarbeiten) darlegte; sollte dies der Fall gewesen sein, wird zu beurteilen sein, weshalb sich das Sachverständigengutachten offensichtlich dennoch für eine Zulässigkeit der geplanten Umstrukturierungen ausgesprochen hat und ob die gegen die Maßgeblichkeit der Entscheidung des OGH ins Treffen geführten Argumente – aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsmanns – bei Anlegung eines strengen Maßstabs tatsächlich so überzeugend waren, um den von der Kl erhobenen Schuldvorwurf gegenüber den Bekl zu entkräften. An die Beurteilung von Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen, weil jedermann verpflichtet ist, sich Kenntnis von den ihn nach seinem Lebenskreis treffenden Gesetzesvorschriften zu verschaffen (*Posch* in *Schwimann/Kodek,* ABGB[4] [2011] § 2 Rz 5). Die Beweislast obliegt derjenigen Person, die sich auf die Unkenntnis der Rechtslage berufen möchte (*Kehrer,* aaO Rz 12).

Das Vorbringen der Bekl in diesem Zusammenhang könnte auch dahin verstanden werden, dass sie sich auf eine von ihnen in ihrer Organfunktion für die Kommanditgesellschaft wahrzunehmende betriebliche Notwendigkeit der Umstrukturierung berufen. Ein Konflikt, der daraus für sie als Organe der Kommanditgesellschaft resultierenden Verpflichtungen mit einem allenfalls für sie noch nicht sicher erkennbaren Verbot könnte ihnen aber nur insoweit zum Vorteil gereichen, als ihre

Abwägungsentscheidung nicht durch sachfremde – etwa eigene – Interessen beeinflusst wurde (vgl allgemein zu der bei klaren rechtlichen Verpflichtungen natürgemäß nicht anwendbaren [*Schopper/Walch*, aaO 176] Business Judgement Rule 6 Ob 160/15 w ZfS 2016, 58 [*Karollus*]). [...]

Anmerkung:

Bemerkenswert ist zunächst, dass der OGH nun in 6 Ob 198/15 h, *AE&E II* (Realteilung durch Sacheinlage auf den Kommanditisten), seine im ähnlichen Tatsachenkomplex ergangene E OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p, *AE&E I Upstream-Darlehen* (dazu *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163), dahingehend klarstellt, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unmittelbar gegenüber der KG (analog § 25 GmbHG inklusive 5-jähriger Verjährungsfrist) auch ohne Personenidentität von Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern haftet, und auch unabhängig davon, ob die Komplementär-GmbH Geschäftsführungsaufgaben für mehrere KG ausübt oder nicht (der OGH folgt ausdr *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 [171]) oder nur als reine Arbeitsgesellschafterin tätig war. Natürlich gilt dasselbe auch hins der Vorstände und Aufsichtsräte bei einer AG als Komplementärin.

Die Haftung des Geschäftsführers entfällt zwar, wenn alle Gesellschafter seiner Handlung zugestimmt haben oder er eine Gesellschafterweisung befolgte; dies gilt aber bei rechtswidrigen Weisungen nicht (insb bei Verstößen gegen Gläubigerschutzbestimmungen oder Kapitalerhaltungsvorschriften). Bei Vorstandsmitgliedern sind an sich schon keine Weisungen denkbar (Ausnahme: § 103 Abs 2 AktG).

In Fortschreibung der mit OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07 p, *Pfeiffer/BEVOX/BKS*, begonnenen Rsp-Linie zur Kapitalerhaltung bei GmbH & Co KG wäre die hier prozessgegenständliche Zuwendung (Realteilung durch Einbringung der AE&E Group GmbH samt ausländischen Tochtergesellschaften) der KG an die Konzernmutter (GmbH-Gesellschafterin und Kommanditistin) ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, was noch im fortgesetzten Verf zu prüfen sein wird.

Wesentlich für die Praxis ist mE die Aussage des OGH in der nun vorliegenden E, dass bei Umstrukturierungen entsprechender Größenordnung die Beiziehung von „spezialisierten Beratern" regelmäßig verpflichtend sei (zur Beraterauswahl auch *Brugger*, Unternehmenserwerb [2014] Rz 51). Dem kann nur zugestimmt werden.

Zu differenzieren ist aber mE wie folgt: Die Frage, ob überhaupt eine Umstrukturierung vorgenommen werden soll, ebenso wie die Frage, welche und wieviel „angemessene Information" dazu einzuholen ist und welche Berater zur Beschaffung der „angemessenen Information" beigezogen werden sollen, ist idR eine unternehmerische Entscheidung nach den Kriterien der Business Judgement Rule (BJR; § 25 Abs 1 a GmbHG; § 84 Abs 1 a AktG). Der OGH ist diesbez unklar, wenn er auf die behauptete betriebliche Notwendigkeit der Umstrukturierung kursorisch eingeht (Pkt 4.5.3 aE). Hingegen ist dann die konkrete Frage der rechtlich korrekten Umsetzung der Umstrukturierung (so auch im Anlassfall dieser E) idR keine unternehmerische Entscheidung, sondern eine rechtlich gebundene Entscheidung und unterliegt daher nicht der BJR. Hier ist lt OGH Expertenrat notwendigerweise einzuholen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Einholung solchen Expertenrats und die Haftung des Organs.

Zur Aussage des OGH wäre zu ergänzen, dass je nach Sachverhalt auch eine Auskunft bei der zuständigen Behörde eingeholt werden muss (zutr VwGH 24. 3. 2015, 1023/03/0054) und ein Vertrauen auf die behördliche Rechtsauskunft schuldausschließend ist (so schon *Brugger*, ecolex 2010, 1166 [1167]).

Die Nichteinholung des Expertenrats bei Umstrukturierungen bedeutet also Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht (§ 25 Abs 1 GmbHG; § 84 Abs 1 AktG) und bewirkt somit Rechtswidrigkeit. Bei tatsächlicher Einholung des Expertenrats handelt das Organ zwar diesbezüglich pflichtgemäß (nicht rechtswidrig), doch kann anschließend die Befolgung des Rats uU eine objektiv rechtswidrige Handlung sein (nicht so differenzierend aber *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 [218–219]).

Eine Organhaftung ist schadenersatzrechtlicher Natur und setzt daher – neben der genannten Rechtswidrigkeit der Handlung – auch Verschulden (zumind leichte Fahrlässigkeit) des Organs voraus. Die bekl Organe meinten in diesem Verf, dass ihnen (bzw den Beratern) bei Umsetzung des eingeholten Rechtsrats, nämlich beim Abschluss des Einbringungsvertrags am 1. 12. 2008 die E OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07 p, nicht bekannt sein musste. Sie hätten sich auf externe sachkundige Berater (Notare, Steuerberater) gestützt und ein SV-Gutachten einer Gesellschaftsrechts-Expertin eingeholt. Dem hält der OGH entgegen, dass die Ansicht des OGH in 2 Ob 225/07 p (Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG) nicht überraschend gewesen sei, weil schon OGH 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96 b, *IMMAG/ULG*, in diese Richtung gegangen sei (freilich nur obiter) und es schon vor 2008 etliche Literaturstimmen zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG gegeben habe. Die OGH-E 2 Ob 225/07 p sei außerdem schon ab 18. 6. 2008, also rund fünf Monate vor Abschluss des Einbringungsvertrags, im RIS veröffentlicht worden. Ein sorgfältiger Rechtsberater hätte das Problem erkennen müssen; es liege daher Verschulden vor. Hier impliziert der OGH, dass

es zur Sorgfalt des Rechtsberaters gehöre, allerneueste Rsp im RIS zu recherchieren, um noch nicht in Fachzeitschriften publizierte Entscheidungen zu berücksichtigen; dies ist mE zu streng.

Trotz § 2 ABGB ist ein entschuldbarer Rechtsirrtum nicht von vornherein ausgeschlossen (hA). Aus Sicht der rechtsberatenden Berufe scheint mir bemerkenswert, welche Kriterien der OGH postuliert, um zu beurteilen, ob ein eingeholter Rechtsrat das Organ von der Haftung exkulpiert. Da die Einholung fachlichen Rats die objektive Sorgfaltswidrigkeit (und damit die Haftung des Organs) ausschließen kann, gibt der OGH – in Ermangelung von untergerichtl Sachverhaltsfeststellungen aber nur allgemeine – Kriterien für die Exkulpierung eines Organs von der Haftung an:

- Der Rat muss bei einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle eingeholt werden.
- Der Gutachter muss über den gesamten Sachverhalt informiert werden.
- Die Anfrage an den Gutachter muss ergebnisoffen formuliert sein.
- Ein Rechtsgutachten muss sich auch auf die vorhandenen Rechtserkenntnisquellen stützen und sich mit diesen auseinandersetzen. Die Argumente müssen – aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsmanns – bei Anlegung eines strengen Maßstabs tatsächlich überzeugend sein.
- Gefälligkeitsgutachten exkulpieren nicht, wobei – laut OGH – (mE zutreffend:) die extrem geringe Höhe des Honorars ein Indiz für mangelnde Seriosität sein kann. Warum der OGH auch meint (Pkt 4.5.3), ein auffallend hohes Honorar indiziere mangelnde Seriosität eines Gutachtens, ist mE nicht nachvollziehbar (warum soll denn ein besonders renommierter Gutachter nicht hohes Entgelt verlangen dürfen, wenn auch bloß eine harmlose, aus dem Stegreif zu beantwortende Frage von ihm mit seinem berühmten Namen abgesegnet werden soll?).
- Eine Abwägungsentscheidung darf nicht durch sachfremde – etwa eigene – Interessen beeinflusst werden.
- Bei rechtlichen Verpflichtungen ist die Business Judgement Rule nicht anwendbar (zutr hA, auch *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 [176]).

ME hätte der OGH anhand der bisherigen Rsp noch zusätzliche Kriterien (vgl *Brugger*, Verbotsirrtum und Kartellrecht, ecolex 2010, 1166 mwN) erwähnen müssen:

- Der tatsächlich durchgeführte Sachverhalt darf nicht vom geprüften Sachverhalt abweichen.
- Die Einholung einer Auskunft darf nicht „gleichsam als Alibiaktion" dienen; es darf sich also nicht „bloß um ein abgekartetes Spiel" zwischen dem Betroffenen und seinem Anwalt gehandelt haben.

Folgende weitere Kriterien wurden später von *Schopper/Walch*, GES 2012, 215, im Anschluss an BGH 20. 9. 2011, II ZR 234/09, *Ision*, erarbeitet, die der OGH mE auch aufgreifen hätte sollen; diese Kriterien bringe ich hier zT mit eigenen Anm:

- Ein Gutachter muss „seriös" und keine „käufliche" Person sein und ihm darf nicht der „Ruf eines besonders gefälligen Gutachters" vorauseilen, wobei mE aber bloße Gerüchte über Gutachter irrelevant bleiben müssen, um nicht leichtfertig jemanden zu diskreditieren.
- Wenn das anfragende Organ den Sachverhalt falsch (unvollständig) darstellt, aber dafür unschuldig ist, ist es exkulpiert; hätte der Berater dies aber erkennen müssen, haftet dieser idR der Gesellschaft (Auftraggeber) für den Schaden (das Organ selbst ist nicht von den Schutzwirkungen des Auftragsvertrags erfasst; dazu vgl jüngst BGH 21. 7. 2016, IX ZR 252/15). ME müsste aber je nach Fallgestaltung auch geprüft werden, ob der Berater nicht von einem Organwalter nur zur Erfüllung seiner persönlichen Organpflicht beigezogen wird, also uU doch dem Organwalter gem § 1313a ABGB zugerechnet wird; dann haftet der Organwalter gegenüber der Gesellschaft und der Berater haftet dem Organwalter.
- Das Organ, das kein Rechtsexperte ist und auch nicht sein braucht, muss Rat bzw Gutachten insoweit auf Plausibilität prüfen, als keine inneren Widersprüche vorliegen dürfen.
- Die Rechtsberatung muss idR schriftlich erfolgen und nicht „aus dem Stegreif" (zB per E-Mail binnen weniger Minuten nach Absenden der Frage).

Es wurden später aber auch weitere Kriterien entwickelt, die der OGH leider auch nicht erwähnt (idF sind nur die zusätzlichen Kriterien – mit meinen ergänzenden Anm – gelistet gemäß den mE weitgehend zutr Schlussanträgen von GA *J. Kokott* 28. 2. 2013, C-681/11, *SSK/BWB/Schenker*, betr Rechtsirrtum eines Unternehmens):

- Ein Rechtsirrtum ist vorwerfbar, wenn im Gutachten das entscheidende Rechtsproblem nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich erörtert wird. Was nicht ausdrücklich Gegenstand des anwaltlichen Rates ist, sondern sich allenfalls indirekt daraus herleiten lässt, kann nicht Grundlage für die Anerkennung eines schuldausschließenden Irrtums sein.
- Es geht aber nicht an, Unternehmen einerseits zur Einholung von fachkundigem Rechtsrat zu ermuntern, diesem Rat aber andererseits bei der Beurteilung des Verschuldens für eine Zuwiderhandlung keinerlei Bedeutung beizumessen: Hat ein Unter-

nehmen gutgläubig auf den – letztlich falschen – Rat seines Rechtsberaters vertraut, so muss der gute Glaube berücksichtigt werden (denn es stellt die rein zivilrechtliche Haftung eines Rechtsanwalts für einen etwa von ihm erteilten falschen Rechtsrat keinen angemessenen Ausgleich dar).

- Wer sich auf einen erteilten Rechtsrat beruft, muss zumindest gutgläubig sein.
- Der eingeholte Rat muss von einer externen und unabhängigen Stelle kommen (also nicht von einem angestellten Unternehmensjuristen; mE für heikle Fälle jedenfalls zutr; auch BGH 26. 1. 2016, II ZR 394/13, Rz 34, spricht jüngst von einer unabhängigen Person; aA *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 [220] ohne Hinw auf *Kokott*).
- Der Rat muss von einem spezialisierten Berater kommen (mE zutr; aA *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 [220]: Es reiche die Formalqualifikation einer Anwaltszulassung, weil das Erfordernis von Spezialisierung und Erfahrung „zu unscharf" sei).
- Der erteilte Rechtsrat darf nicht „offensichtlich falsch" sein, denn kein Unternehmen darf blind auf anwaltlichen Rat vertrauen. Bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit kann man sich nicht auf den Rechtsrat eines Anwalts ausreden (so mE zutr auch *J.-P. Gruber*, Wer sich auf einen Anwalt verlässt, ist selber schuld? ÖZK 2013, 154). Dem Geschäftsführer ist schließlich die Kenntnis fundamentaler Bestimmungen zuzumuten (jüngst zutr VwGH 29. 5. 2015, Ra 2015/02/0085).
- Die vom Empfänger des Gutachtens zu erwartende Sorgfalt ist abhängig von der Unternehmensgröße und von der Erfahrung in derartigen Angelegenheiten. Je größer ein Unternehmen ist, desto intensiver ist es gehalten, den eingeholten anwaltlichen Rat inhaltlich zu prüfen, zumal dann, wenn es über eine eigene Rechtsabteilung mit entsprechender Expertise verfügt.
- Der Betroffene handelt auf eigene Gefahr, falls sich aus dem eingeholten Rechtsgutachten ergibt, dass die Rechtslage unklar ist. Er nimmt dann nämlich zumindest fahrlässig in Kauf, dass er gegen Regeln verstößt (ebenso BGH 13. 10. 2015, II ZR 23/14; aA *Schopper/Walch* in *Kalss/Schörghofer/Frotz*, Handbuch Vorstand [in Druck] Rz 78: Bei mehreren Rechtsansichten müsse der Vorstand nicht den vorsichtigsten Weg wählen; auch der OGH in 6 Ob 198/15h lässt zu, dass bei überzeugenden, gegen eine OGH-E ins Treffen gebrachten Argumenten des Gutachters der Schuldvorwurf gegen das Organ entkräftet werden kann).

Jüngst stellte der BGH 28. 4. 2015, II ZR 63/14, auch mE zutr klar, dass

- der Prüfauftrag nicht unbedingt für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt werden muss, sondern es reiche, dass die Prüfung (aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs) die zweifelhafte Frage tatsächlich umfasst und
- die Plausibilitätsprüfung durch das Organ nicht in einer rechtlichen Überprüfung der erhaltenen Rechtsauskunft besteht.

Der OGH hätte den Unterinst also mE wesentlich mehr Kriterien zur Beurteilung eines entschuldbaren Rechtsirrtums mitgeben können.

Walter Brugger

NZ 2016/150

Art 4 EuInsVO; Art 49, 54 AEUV; § 64 dGmbHG Anwendbarkeit der Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auf eine Limited

1. Art 4 EuInsVO ist dahin auszulegen, dass in seinen Anwendungsbereich eine Klage vor einem deutschen Gericht fällt, mit der der Direktor einer Gesellschaft englischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vom Insolvenzverwalter dieser Gesellschaft auf der Grundlage einer nationalen Bestimmung wie § 64 Abs 2 Satz 1 dGmbHG (aF) auf Ersatz von Zahlungen in Anspruch genommen wird, die der Direktor vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber nach dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit festgesetzt wurde, geleistet hat.

2. Art 49 und 54 AEUV stehen der Anwendung einer nationalen Vorschrift wie § 64 Abs 2 Satz 1 dGmbHG (aF) auf den Direktor einer Gesellschaft englischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht entgegen.

EuGH 10. 12. 2015, C-594/14 *(Kornhaas/Dithmar)*

Zum Sachverhalt:

Das Urteil betrifft die Auslegung von Art 4 VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren, ABl L 2000/160, 1; EuInsVO, sowie der Art 49 und 54 AEUV. Der Kl (RA *Dithmar*) ist IV einer englischen *private company limited by shares* (*Limited* oder Schuldnergesellschaft), die den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen gem Art 3 Abs 1 EuInsVO in Deutschland hatte. Der Kl begehrt von der Bekl *Kornhaas* – vertretungsbefugtes Organ *(director)* der Schuldnergesellschaft – nach § 64 II 1 dGmbHG aF Ersatz von Zahlungen, die diese nach Eintritt der Insolvenzreife der Limited veranlasst haben soll. Das ErstG LG Erfurt gab der Klage auf Basis des § 64 II 1 dGmbHG aF statt. Nach dieser Bestimmung (österr Parallelbestimmung: § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) sind Geschäftsführer einer GmbH