



Lukas Fantur

## Kritisches zur künftigen Insolvenzantragspflicht für GmbH-Gesellschafter

Mit der bevorstehenden GmbH-Reform soll in § 69 der Insolvenzordnung (IO) ein Absatz 3a eingefügt werden, der wie folgt lautet:

*„(3a) Hat eine inländische oder ausländische Kapitalgesellschaft keine organschaftlichen Vertreter, so trifft die Verpflichtung nach Abs. 2 den Gesellschafter, der mit einem Anteil von mehr als der Hälfte am Stammkapital beteiligt ist. Abs. 3 letzter Satz gilt sinngemäß.“*

Bei Führungslosigkeit der Gesellschaft trifft daher den Mehrheitsgesellschafter eine persönliche Insolvenzantragspflicht nach § 69 Absatz 2 IO. Bei Vorliegen der allgemeinen Insolvenztatbestände der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hat dieser Gesellschafter somit fristgerecht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.

Es liegt auf der Hand, dass für den Fall der nicht oder nicht rechtzeitig erfolgten Antragstellung die von der Judikatur für Geschäftsführer entwickelten Grundsätze der persönlichen Haftung für Konkursverschleppung auch auf antragspflichtige Gesellschafter eine entsprechende Anwendung finden werden.

**GmbH-Gesellschafter.** Nach ihrem Wortlaut trifft die künftige Insolvenzantragspflicht generell Gesellschafter von „Kapitalgesellschaften“. Darunter wären sogar Aktionäre zu verstehen. Erst aus dem in der Bestimmung in weiterer Folge verwendeten GmbH-spezifischen Terminus „Stammkapital“ und den Erläuterungen ergibt sich, dass die Redaktoren die GmbH und ihr vergleichbare ausländische Kapitalgesellschaften (Zweigniederlassungen, britische Limiteds, etc), bei denen die Vertretungsorgane von den Gesellschaftern bestellt werden, vor Augen haben.

Die Verpflichtung betrifft „den Gesellschafter, der mit einem Anteil von mehr als der Hälfte am Stammkapital beteiligt ist“, stellt also auf eine absolute die Kapitalmehrheit – und nicht auf die Stimmenmehrheit – ab.

**Keine Rücksicht auf mangelnde Handlungsmöglichkeiten.** Die Stimmrechte von Gesellschaftern entsprechen zwar im Normalfall ihren Beteiligungsquoten am Stammkapital, und die Geschäftsführer werden mit einfacher Stimmenmehrheit bestellt, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt.

In der Praxis ist in der Satzung aber häufig Abweiches vorgesehen. Man denke an erhöhte Beschlussquoten für die Bestellung von Geschäftsführern, aber auch Nominierungs-, Entsendungs- oder Vetorechte einzelner Gesellschafter. Die Erläuterungen sprechen solche abweichenden Satzungen von selbst an.

Laut den Erläuterungen soll die künftige Insolvenzantragspflicht in solchen Situationen dennoch keine Ausnahme machen. Auch wenn der Mehrheitsgesellschafter trotz seiner Kapitalbeteiligung von mehr als der Hälfte am Stammkapital gar nicht die Möglichkeit hat, die Führungslosigkeit der Gesellschaft zu beenden, soll er zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung verpflichtet sein – bei sonstiger Insolvenzverschleppungshaftung (siehe oben).

**Rückwirkender Eingriff bei Gesellschaftern von „Altgesellschaften“.** Besonders befremdet, dass die Neuregelung auch für Gesellschafter von „Alt-Gesellschaften“ gelten soll, die aufgrund ihrer bereits bestehenden Satzung oder aufgrund anderer, etwa syndikatsvertraglicher Vereinbarungen rechtlich und faktisch gar nicht die Möglichkeit haben, den Zustand der Führungslosigkeit

der Gesellschaft zu beenden und einen Geschäftsführer zu bestellen.

Sie werden vom Gesetzgeber – die Erläuterungen halten dies ausdrücklich fest – gleichermaßen in die Pflicht genommen, ohne dass sie an dieser Situation, in die sie der Gesetzgeber überraschend nunmehr nachträglich versetzt, etwas ändern zu können.

Nach der Rspr kann ein Gesellschafter (ohne besondere Vorkehrung in der Satzung) die Gesellschaft weder kündigen noch aus dieser austreten. Und einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages zur Vermeidung künftiger Führungslosigkeit der Gesellschaft kann an der dafür erforderlichen Drei-Viertel-Mehrheit (§ 50 Abs 1 GmbHG) oder bereits vereinbarten höheren Beschlussquoren scheitern.

Ein Geschäftsführer hingegen hat sehr wohl die Möglichkeit, seine organschaftliche Tätigkeit durch Erklärung seines Rücktritts zu beenden (§ 16a GmbHG) und sich damit zumindest für die Zukunft seiner nicht (mehr) gewollten Pflichten zu entledigen. Damit ist er dann auch nicht mehr zur Insolvenzantragsstellung verpflichtet (und auch nicht berechtigt).

Der Gesellschafter hingegen, dem nach dem Gesetzentwurf nun punktuell mit der Insolvenzantragspflicht ebenfalls organschaftliche Pflichten auferlegt werden, hat diese Möglichkeit nicht. Das scheint verfassungsrechtlich bedenklich.

**Verstoß gegen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.** Die EuGH-Entscheidung *Idryma Typou* (GES 2011, 17) hat aufgezeigt, dass eine Haftung von Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft für Gesetzesverstöße der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit widerspricht, wenn die Gesellschafter gar nicht die Möglichkeit haben, solche Verstöße zu verhindern.

Umso bedenklicher ist es, diese Verpflichtung einem Gesellschafter aufzubürden, wo er doch unter Umständen

gar nicht weiß oder selbst nicht erkennen kann, ob die Voraussetzungen für eine Insolvenzeröffnung vorliegen. Ein Gesellschafter hat in der Regel keinen vergleichbaren Einblick in die Geschäfte der GmbH wie ein Geschäftsführer, und als grundsätzlicher bloßer Investor muss einen solchen wohl auch nicht haben. Selbst wenn er diesen Zustand nicht beseitigen kann, soll er aber nach dem Gesetzesentwurf zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung verpflichtet sein.

Auch wenn diese Regelung unterschiedslos auf österreichische Investoren und Investoren anderer Mitgliedsstaaten anwendbar sein wird, ist die abschreckende Wirkung dieser Maßnahme für Investoren anderer Mitgliedsstaaten noch viel größer als für österreichische Investoren, zumal insbesondere Sprachbarrieren und räumliche Entfernung die Prüfung der Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch weiter erschweren bzw. unmöglich machen.

Vorbild der Neuregelung war wohl die auch in Deutschland mit dem MoMiG kürzlich eingeführte Insolvenzantragspflicht für Gesellschafter (§ 15a dInsO). In Deutschland entfällt deren subsidiäre Insolvenzantragspflicht kraft ausdrücklicher weiterer gesetzlicher Anordnung jedoch dann, wenn sie von dem Insolvenztatbestand (oder der Führungslosigkeit) keine Kenntnis hatten. Diesen entscheidenden Zusatz sieht die künftige österreichische Regelung hingegen gerade nicht vor.

Folglich beschränkt die künftige Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter einer GmbH – wie im Übrigen auch die schon jetzt bestehende Haftung des Gesellschafter für Konkursanlaufkosten der GmbH (§ 72d IO)<sup>1</sup> – wohl die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr und ist daher meines Erachtens europarechtswidrig.

---

1 <http://www.gmbhrecht.at/europaische-union/gesellschaftler-haftung-fuer-insolvenzanlaufkosten-und-kommunalsteuer-eu-widrig/>