

Gläubigerschutz und Insolvenz der FlexCo

Beiträge · Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker · ZIK 2024/43 · ZIK 2024, 48 · Heft 2 v. 30.4.2024

Mit dem GesRÄG 2023 will der Gesetzgeber die Gründung neuer und idealerweise innovativer Unternehmen durch die zusätzliche Rechtsform der Flexiblen Kapitalgesellschaft ("FlexCo") fördern. Ein wesentlicher Anreiz ist dabei im geringeren Mindeststammkapital von 10.000 € zu erblicken, das freilich nunmehr auch für die GmbH gilt. Die Herabsetzung des Mindeststammkapitals rückt den Fokus naturgemäß auf die Leistungsfähigkeit anderer gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Gläubigerschutzinstrumente. Dies ist auch aus Sicht potenzieller FlexCo-Unternehmer von Bedeutung, weil nur unter Berücksichtigung dieser Gläubigerschutzinstrumente die tatsächlichen unternehmerischen Risiken abgeschätzt werden können. Zudem wirft die neue Form der Gesellschafterbeteiligung mit Unternehmenswert-Anteilen ("UWA") einige spezifische Fragen bei der Anwendung dieser Gläubigerschutzinstitute auf. Im Folgenden soll deshalb ein überblicksmäßiger Streifzug durch einige Facetten von Gläubigerschutz- und Insolvenzrecht bei der FlexCo angetreten werden.¹

1. Einleitung

Der österr. Gesetzgeber hat im GesRÄG 2023² mit der FlexCo - sieht man von den europäischen Gesellschaften der EWIV und SE ab - erstmals seit dem GmbH-Gesetz 1906 eine neue Gesellschaftsform geschaffen. Bei nüchterner Betrachtung stellt die FlexCo freilich nichts anderes als eine Art "Variante" der GmbH mit einigen (teilweise durchaus attraktiven)³ Besonderheiten dar.⁴ Legistisch kommt dies bereits in [§ 1 Abs 2 FlexKapGG](#) zum Ausdruck: Soweit das FlexKapGG keine abweichenden Vorschriften enthält, gilt nicht nur das GmbHG, sondern das gesamte, auf die GmbH anwendbare Recht.

Da das FlexKapGG keine wirklichen Sondervorschriften zum Gläubigerschutzrecht, geschweige denn irgendwelche insolvenzrechtlichen Regelungen enthält, gilt auch insoweit weitgehend das Regelungsregime für die GmbH. Dennoch erscheint es lohnenswert, einige Schlaglichter auf die konkrete Anwendung der wichtigsten Gläubigerschutzinstitute auf die FlexCo zu werfen.

2. Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz

2.1. Kapitalaufbringung

Die Regeln zur Kapitalaufbringung bei der FlexCo sind relativ unspektakulär, weil auch hier fast ausschließlich GmbH-Recht gilt: Grundsätzlich ist die Hälfte des gesetzlichen Stammkapitals in bar aufzubringen ([§ 6a Abs 1 GmbHG](#)). Wegen der erwähnten Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000 € in [§ 6 Abs 1 S 2 GmbHG](#) müssen somit nur noch 5.000 € in bar einbezahlt werden ([§ 10 Abs 1 GmbHG](#)).⁵ Eine Sachgründung gem [§ 6a Abs 4 GmbHG](#) ist unter Einhaltung der Sachgründungsvorschriften des AktG⁶ (Ausnahme bei Einbringung eines mindestens fünf Jahre alten Unternehmens [[§ 6a Abs 2 GmbHG](#)])⁷ ebenso möglich wie eine vereinfachte Gründung gem [§ 9a GmbHG](#), wenngleich [§ 4 FlexKapGG](#) nur Letzteres ausdrücklich (aber wegen [§ 1 Abs 2 FlexKapGG](#) wohl unnötigerweise) klarstellt.

Besonders im Vergleich zur GmbH ist lediglich, dass die Mindesthöhe der einzelnen Stammeinlagen bei nur 1 € liegt ([§§ 3, 13 FlexKapGG](#)). UWA dürfen sogar iHv 1 Cent pro

Stammeinlage ausgegeben werden ([§ 9 Abs 2 S 1 FlexKapGG](#)). Obwohl jede Stammeinlage grundsätzlich nur zu einem Viertel in bar einbezahlt sein muss, ist jeweils mindestens 1 € aufzubringen ([§ 5 FlexKapGG](#)). Die Einlage für UWA muss, egal in welcher Höhe sie ausgegeben werden, stets in voller Höhe in bar aufgebracht werden ([§ 9 Abs 2 S 2 FlexKapGG](#)).⁸

2.2. Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung?

Obwohl sich das GesRÄG 2023 mit 10.000 € nunmehr prinzipiell mit einer sehr geringen Kapitalausstattung begnügt, erscheint

Seite 48

die Frage legitim, ob dies nicht ausnahmsweise zu wenig sein kann. Angesprochen ist damit die Durchgriffshaftung wegen "qualifizierter" oder "materieller Unterkapitalisierung".⁹ Wie der OGH formuliert, brauche es dafür "*eine eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Misserfolg zulasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt*".¹⁰ Rechtsfolgenseitig trafe unter dieser Voraussetzung auch Gesellschafter einer Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung eine unbeschränkte Haftung (wohl analog [§ 128 UGB](#)). Das suggeriert zumindest der Begriff der "Durchgriffshaftung" und entspricht auch der hL.¹¹ Bisweilen wird aber auch "nur" eine Differenzhaftung im Ausmaß des Unterschiedsbetrags zwischen tatsächlicher und notwendiger/angemessener Kapitalaufbringung befürwortet.¹²

Bei näherer Betrachtung können sich von diesem Durchgriffstatbestand allerdings weder Gläubiger viel erhoffen noch haben Gesellschafter hiervon viel zu befürchten. Es ist bezeichnend, dass eine solche Haftung nämlich in allen einschlägigen Entscheidungen des OGH, die zudem allesamt mehr als zwei Jahrzehnte zurückliegen, verneint wurde.¹³ In Deutschland haben der BGH¹⁴ und auch der MoMiG-Gesetzgeber 2008¹⁵ der qualifizierten Unterkapitalisierung mittlerweile sogar eine ausdrückliche Absage erteilt.

Dem ist mE auch für das österr Recht zu folgen: Spätestens mit der nunmehrigen Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf bloße 10.000 € sollte der *petitio principii* vom angeblich zwingenden institutionellen Zusammenhang zwischen Haftungsbeschränkung und Aufbringung eines angemessenen Haftungsfonds¹⁶ jegliche Grundlage entzogen sein.¹⁷ Eine Unterkapitalisierungshaftung, deren Voraussetzungen sich denkunmöglich mit hinreichender Rechtssicherheit festmachen lassen, ist folglich abzulehnen. Theoretisch denkbar bleibt eine individuelle Ersatzpflicht wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung gem [§ 1295 Abs 2 ABGB](#),¹⁸ wobei die Suche nach praktischen Anwendungsfällen ein erhebliches Maß an Phantasie erfordert.¹⁹ Die Verwirklichung der oben zitierten Formel von der *ex ante* offensichtlich zu geringen Eigenkapitalausstattung genügt mE jedenfalls nicht, um die hohen Anforderungen von [§ 1295 Abs 2 ABGB](#) zu erfüllen.²⁰

2.3. Kapitalerhaltung: Verbot der Einlagenrückgewähr

Weit größere Bedeutung kommt demgegenüber der Kapitalerhaltung, namentlich dem Verbot der Einlagenrückgewähr, zu. [§ 82 GmbHG](#) verbietet *via* [§ 1 Abs 2 FlexKapGG](#) nicht nur jeden offenen Vermögenstransfer von der FlexCo an ihre Gesellschafter, sofern dieser keine Gewinnausschüttung darstellt oder auf einer anderen gesetzlichen Grundlage (zB [§ 57 GmbHG](#)) fußt. Vielmehr ist auch jede sonstige fremdunübliche und nicht anderweitig betrieblich gerechtfertigte objektive Begünstigung eines Gesellschafters auf Kosten des Gesellschaftsvermögens unzulässig (verdeckte Einlagenrückgewähr).²¹

Bei der FlexCo stellt sich insoweit lediglich die Frage, ob dieses strenge Regime auch für UWA-Inhaber gilt. Die Frage erscheint deshalb berechtigt, weil der persönliche Anwendungsbereich des

Seite 2

Verbots der (verdeckten) Einlagenrückgewähr, das seinem Wortlaut nach auf unmittelbare Gesellschafter beschränkt ist, in Lehre und Rechtsprechung starke Erweiterungen (ehemalige und künftige Gesellschafter, nahe Angehörige, Schwestergesellschaften, "gesellschafternahe" Privatstiftungen etc)²² erfahren hat. Ausgerechnet bei atypisch stillen Gesellschaftern, also bei schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen, hat der OGH in [6 Ob 204/16t](#)²³ jedoch eine Grenze gezogen.

Weil die Stellung atypisch stiller Gesellschafter mit Unternehmenswertbeteiligung²⁴ vermögensrechtlich jener sonstiger Gesellschafter weitgehend "nachgestaltet" ist,²⁵ könnte man hieraus *prima vista* den Schluss ziehen, einer Person müssten auch Herrschafts- und Kontrollrechte wie einem Gesellschafter zukommen, um eine Anwendung von [§ 82 GmbHG](#) zu rechtfertigen. Gerade an diesen Herrschaftsrechten mangelt es den - gesetzestypisch ausgestalteten ([§ 9 Abs 4 FlexKapGG](#)) - stimm-

Seite 49

rechtslosen UWA-Inhabern eben.²⁶ Anders gewendet bestehen Zweifel, ob wirklich eine hinreichende, nämlich eine die Kautelen des Verbots der Einlagenrückgewähr rechtfertigende Gefahr besteht, dass eine FlexCo selbst solche Gesellschafter begünstigen würde, die über keinerlei Einflussrechte verfügen. Sogar noch verstärkt werden diese Zweifel bei einer Mitarbeiter-UWA-Beteiligung, wie sie dem Gesetzgeber ja als Hauptanwendungsfall vorschwebt.²⁷ Demgemäß stellt jüngst bereits eine erste Literaturmeinung die pauschale Anwendung des strengen Kapitalerhaltungsregimes des [§ 82 GmbHG](#) auf UWA-Inhaber infrage.²⁸

Die angesprochenen Zweifel adressieren jedoch richtigerweise nur die Frage, ob die skizzierte Ausdehnung des Verbots der (verdeckten) Einlagenrückgewähr in Lehre und Rechtsprechung noch in allen Punkten mit den maßgeblichen Wertungsgrundlagen dieses Verbots harmoniert. Indes rechtfertigen sie umgekehrt keine teleologische Reduktion von [§ 82 GmbHG](#) für UWA. Es fehlt dafür schlicht an einer planwidrigen Lücke, und zwar sowohl bei objektiver als auch bei subjektiver Betrachtungsweise. Unternehmenswert-Beteiligte iSd [§ 9 FlexKapGG](#) sind echte Gesellschafter, ihre Einlage ist Teil des im Firmenbuch ausgewiesenen Stammkapitals ([§ 9 Abs 1, 9 FlexKapGG](#))²⁹ und wird folgerichtig auch als Eigenkapital bilanziert. All das ist objektiv Grund genug, sie anders zu behandeln als schuldrechtliche Unternehmenswertbeteiligungen mit Fremdkapitalcharakter.³⁰ Bei subjektiver Betrachtung ist zu bedenken, dass der FlexCo-Gesetzgeber eine Reihe von Sondervorschriften für UWA normiert hat, sodass ihm schwerlich unterstellt werden kann, er hätte ausgerechnet "vergessen", eine Ausnahme von [§§ 82 f GmbHG](#), der praktisch vielleicht wichtigsten Anordnung des gesamten GmbHG, zu statuieren. Mehr noch: [§ 9 Abs 2 FlexKapGG](#) nimmt UWA-Inhaber in der Tat von der Ausfallhaftung bei verbotener Einlagenrückgewähr zugunsten ihrer Mitgesellschafter in [§ 83 Abs 2, 3 GmbHG](#), aber eben nicht von der Rückersatzpflicht zu ihren Gunsten in [§ 83 Abs 1 GmbHG](#) aus.³¹

[§ 82 GmbHG](#) gilt somit auch für Inhaber von UWA, und zwar selbst dann, wenn diese einem Arbeitnehmer (AN) der FlexCo gewährt wurden.³² Das hat freilich folgende bemerkenswerte Konsequenz: Ein AN mit UWA darf für seine Arbeitsleistung kein fremdunüblich hohes Gehalt beziehen, weil auch das eine verdeckte Einlagenrückgewähr darstellen würde. Ob der AN diesfalls das gesamte Entgelt zurückzahlen muss, wobei gerade für den Insolvenzfall zusätzlich das vom OGH postulierte Aufrechnungsverbot gem [§ 63 Abs 3 GmbHG](#) analog zu beachten wäre,³³ hängt von der umstrittenen Frage ab, ob der Arbeitsvertrag diesfalls zur Gänze oder nur teilweise nichtig wäre.³⁴ Richtigerweise sprechen im gegebenen Kontext mE sowohl der Verbotszweck als auch der hypothetische Parteiwille typischerweise für Teilnichtigkeit, sodass der AN-Gesellschafter wohl "nur" das zu viel bezogene Entgelt ersetzen müsste.

Seite 3

2.4. Existenzvernichtungshaftung?

Auch wegen der umfassenden Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln des [§ 82 GmbHG](#) iVm [§ 1 Abs 2 FlexKapGG](#), welche in Österreich anders als im dt GmbH-Recht nicht nur das Stammkapital, sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen schützen,³⁵ dürfte zumindest kein nennenswerter Bedarf für eine "Existenzvernichtungshaftung" gegenüber FlexCo-Gesellschaftern bestehen. Ob und inwieweit dieses Institut, das der BGH zunächst im Wege der Rechtsfortbildung als Außenhaftung begründet,³⁶ dann aber in eine Innenhaftung wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB; vgl [§ 1295 Abs 2 ABGB](#)) "umqualifiziert" hat,³⁷ überhaupt auf das österr Kapitalgesellschaftsrecht übertragbar ist, wird weiterhin kontrovers diskutiert.³⁸ Die Streitfrage kann auch im gegenständlichen Rahmen nicht gelöst werden. Für die FlexCo sind aber jedenfalls keine Besonderheiten ersichtlich, welche insoweit eine Sonderbeurteilung gegenüber der GmbH rechtfertigen würden.

3. Insolvenzrecht

3.1. Überschuldung und Insolvenzantragspflicht

Da die FlexCo zweifellos eine juristische Person ist, stellt bei ihr nicht nur Zahlungsunfähigkeit, sondern auch Überschuldung iSd [§ 67 IO](#) einen Insolvenzgrund dar. Wenngleich zumindest Gläubigeranträge ([§ 70 IO](#)) kaum je auf den Eröffnungsgrund der Über-

Seite 50

schuldung gestützt werden,³⁹ ist dies von erheblicher praktischer Bedeutung: Abgesehen von den Implikationen für eine Anfechtung nach [§§ 30, 31 IO](#) (vgl noch unten 3.5.) trifft die Geschäftsführer der FlexCo mit Eintritt der Überschuldung binnen längstens (!) 60 Tagen die Insolvenzantragspflicht des [§ 69 Abs 2, 3 IO](#), deren Missachtung massive zivilrechtliche Konsequenzen (dazu gleich 3.2.) zeitigen kann.

Das damit angesprochene "Damoklesschwert" der Insolvenzverschleppungshaftung hängt bei einer geringen Eigenkapitalausstattung, wozu der GesRÄG-2023-Gesetzgeber nunmehr gewissermaßen "einlädt", naturgemäß besonders tief. Die Geschäftsführer müssen also gerade den Status ([§ 169 Abs 1 Z 1 lit c IO](#)) einer FlexCo, die nur über ein Stammkapital von 10.000 € verfügt, von denen lediglich 5.000 € aufzubringen sind (oben 2.1.), besonders sorgsam und uU schon ab der Aufnahme der Geschäftstätigkeit überwachen. Denn im Falle eines Überwiegens der Passiva über die Aktiva (wohlgemerkt: beurteilt nach Liquidationswerten) hilft nur mehr eine positive Fortbestehensprognose, um insolvenzrechtliche Überschuldung und damit die Gefahr einer Insolvenzverschleppungshaftung auszuschließen.⁴⁰

3.2. Insolvenzverschleppungshaftung

Das Ausmaß einer Insolvenzverschleppungshaftung kann rasch immense Dimensionen erreichen. Damit ist nicht so sehr die unmittelbare Außenhaftung gegenüber einzelnen Gläubigern gem [§ 69 IO](#) iVm [§ 1311 ABGB](#) gemeint, also die Verpflichtung, den Altgläubigern ihren Quotenschaden (vgl auch [§ 69 Abs 5 IO](#)) sowie den Neugläubigern ihren Vertrauensschaden zu ersetzen.⁴¹ Die praktische Bedeutung dieser Außenhaftung ist nämlich deshalb beschränkt, weil das Risiko der Prozessführung für einzelne Gläubiger typischerweise außer Verhältnis zu ihrem möglichen Ertrag steht. Angesprochen ist vielmehr die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft bzw der Insolvenzmasse, vertreten durch den Insolvenzverwalter.

Zum einen haftet ein verschleppender Geschäftsführer gegenüber der Masse nach hM⁴² für den gesamten Betriebsverlust im Verschleppungszeitraum; er muss also die Vergrößerung des negativen Eigenkapitals vollumfänglich ersetzen, die zwischen gebotener und tatsächlicher

Seite 4

Antragstellung eintritt. Der OGH hat sich zu dieser Schadensberechnung zwar in jüngerer Zeit nie mehr äußern müssen; für den Abschlussprüfer, der - vereinfacht ausgedrückt - durch einen unrichtigen Bestätigungsvermerk zur Verschleppung "beiträgt", haben dieses Haftungsvolumen aber sowohl der 8. Senat⁴³ als auch der 6. Senat⁴⁴ anerkannt. Das ist deshalb relevant, weil für den Geschäftsführer, und zwar auch den einer FlexCo, *argumentum a fortiori* mE kein großzügigerer Maßstab als für den externen Abschlussprüfer gelten kann.⁴⁵

Zum anderen dürfen die Geschäftsführer nach [§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG](#) - und auch diese Norm gilt gem [§ 1 Abs 2 FlexKapGG](#) für die FlexCo - ab Eintritt der Insolvenzreife⁴⁶ mit sehr engen Ausnahmen⁴⁷ keine Zahlungen mehr leisten. Werden von ihnen selbst oder auch nur in einer ihnen zurechenbaren Weise⁴⁸ dennoch verbotswidrige Zahlungen geleistet, wobei darunter jeder Abfluss von liquidationsfähigem Aktivvermögen zu verstehen ist,⁴⁹ so kann dies zu einer Haftung in Höhe sämtlicher dieser Zahlungen führen. Nach dem Konzept des OGH in [6 Ob 164/16k](#)⁵⁰ (vgl nunmehr auch für Deutschland § 15b Abs 4 S 1, 2 InsO) stellt die Summe dieser Zahlungen zwar nur eine Vermutung für die Höhe des ersatzfähigen Schadens dar; der Geschäftsführer kann sich mit dem Nachweis eines geringeren Quotenschadens aller Gläubiger entlasten. Dieser Entlastungsbeweis ist aber wahrlich diabolisch, weshalb der Geschäftsführer häufig auf der Schadensvermutung in Höhe der verbotswidrigen Zahlungen "sitzen bleiben" wird.⁵¹

Der Anspruch auf Ersatz des Betriebsverlusts und jener auf Ausgleich der verbotenen Zahlungen gem [§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG](#) iVm [§ 1 Abs 2 FlexKapGG](#) stehen in Konkurrenz zueinander. Freilich mindern Ersatzleistungen zum Ausgleich der einen Schadensposition auch die Höhe der anderen, sodass der Geschäftsführer im Ergebnis nicht die Summe beider Schäden, sondern "nur" den jeweils höheren Betrag schuldet.⁵² *Fazit*: Sollten FlexCo-Gesellschafter zugleich als Geschäftsführer fungieren und

Seite 51

ihre Insolvenzantragspflicht verletzen, wird ihnen das kapitalgesellschaftsrechtliche Haftungsprivileg letztlich oftmals nicht mehr viel nützen.

3.3. Haftungsrisiken des Mehrheitsgesellschafters ([§ 69 Abs 3a](#), [§ 72d IO](#))

Ausnahmsweise kann die Insolvenzantragspflicht und damit die Gefahr einer Außenhaftung gegenüber den Gläubigern sowie möglicherweise⁵³ auch einer Innenhaftung für den Betriebsverlust im Verschleppungszeitraum sogar einen Gesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion treffen. Hat eine Kapitalgesellschaft nämlich keine organschaftlichen Vertreter,⁵⁴ so ist gem [§ 69 Abs 3a IO](#) ein Gesellschafter mit mehr als 50 % Beteiligung am Stammkapital zur Antragstellung verpflichtet.

Wenngleich diese Bestimmung im Grundsatz zweifellos⁵⁵ auf die FlexCo anzuwenden ist, stellt sich bei dieser die Frage, ob für die Mehrheitsberechnung auch stimmrechtslose UWA einzubeziehen sind. Zu bedenken ist nämlich, dass ein Gesellschafter, der zB über 30 % "klassische" Anteile und 24 % stimmrechtslose UWA verfügt, zwar zu mehr als 50 % am Stammkapital beteiligt ist, aber keine Stimmrechtsmehrheit hat. Er kann eine bestehende Führungslosigkeit also nicht im Alleingang beseitigen. Darauf kommt es jedoch gerade nicht an, wie die einschlägigen Materialien zum GesRÄG 2013 bereits unmissverständlich klargestellt haben: "*Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob ein solcher Gesellschafter [...] ohne Zutun eines weiteren Gesellschafters die vertretungsbefugten Organe bestellen kann und es daher in der Hand hat, die Führungslosigkeit zu beenden [...]*".⁵⁶

Auch wenn somit bei [§ 69 Abs 3a IO](#) sogar eine spezielle Wertung für die Einbeziehung von UWA in die Berechnung der Mehrheitsverhältnisse spricht, ist dieses Ergebnis als "Faustregel" verallgemeinerungsfähig: Zur Beurteilung relevanter Beteiligungsschwellenwerte sollten alle

Seite 5

"Anteilstypen" der FlexCo, also "klassische" Geschäftsanteile, UWA und auch eigene Anteile der Gesellschaft ([§ 15 FlexKapGG](#)), gleich behandelt werden, sofern nicht ausnahmsweise eindeutige teleologische Gründe für eine Sonderbehandlung streiten.⁵⁷ Andernfalls entstünde rasch große Rechtsunsicherheit, die im Wirtschaftsprivatrecht bekanntlich besonders schädlich ist und die es folglich im Rahmen vorhandener Auslegungsspielräume tunlichst zu vermeiden gilt.⁵⁸

Auch für [§ 72d IO](#) sind für die Beurteilung der Mehrheitsbeteiligung dementsprechend sämtliche "Anteilstypen" der FlexCo gleichermaßen zu berücksichtigen. [§ 72d IO](#) verpflichtet einen Gesellschafter mit einer Beteiligung von mehr als 50 % am Stammkapital bei Kapitalgesellschaften⁵⁹ ohne kostendeckendes Vermögen ([§ 72 IO](#)) zu einem "Kostenvorschuss" von 4.000 €. Trotz der Qualifikation des hieraus resultierenden Rückforderungsanspruchs als Masseforderung ([§ 72c IO](#)) begründet [§ 72d IO](#) somit ein zusätzliches, wenn auch betraglich begrenztes Haftungsrisiko für FlexCo-Gesellschafter, das grundsätzlich sogar unabhängig von der "Führungslosigkeit" der Gesellschaft greift.⁶⁰

3.4. EKEG

Die FlexCo ist als Kapitalgesellschaft ([§ 4 Z 1 EKEG](#)) eine vom EKEG erfasste Gesellschaftsform. Abermals sind UWA und eigene Anteile⁶¹ bei der Ermittlung des wichtigsten Schwellenwerts einer 25%-Beteiligung ([§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG](#)) einzuberechnen. Dies gilt im EKEG umso mehr, als dieses Gesetz speziell dazu geschaffen wurde, um möglichst klare, einfache und damit rechtssichere Abgrenzungen zu ermöglichen.⁶² Eine exklusive Unternehmenswertbeteiligung kann die relevante Grenze von 25 % der Anteile am Stammkapital allerdings wegen [§ 9 Abs 1 FlexKapGG](#) gerade nicht erreichen. Es bräuchte daher eine kontrollierende Beteiligung ([§ 5 Abs 1 Z 1 EKEG](#)) oder einen beherrschenden Einfluss ([§ 5 Abs 1 Z 3 EKEG](#)), damit der Kredit eines UWA-Inhabers an "seine" FlexCo in der Krise ([§ 2 EKEG](#)) als eigenkapitalersetzend behandelt werden kann. Von vornherein wahrscheinlicher erscheint ein Überschreiten der 25%-Grenze durch eine Kombination von "klassischen" Anteilen und UWA. Rechtsfolgen wären in allen Fällen bekanntlich die Anwendung der Rückzahlungssperre von [§ 14 EKEG](#) sowie der Nachrangigkeitsanordnung von [§ 57a IO](#).

Seite 52

3.5. Insolvenzanfechtung

Das EKEG leitet nahtlos zum Anfechtungsrecht über, weil ein Gesellschafter, der von irgendeinem (!) Tatbestand des EKEG erfasst wird,⁶³ gem [§ 32 Abs 2 Z 3 IO](#) als naher Angehöriger der FlexCo zu qualifizieren ist. Ihn (sowie seine nahen Angehörigen iSd [§ 32 Abs 1 IO](#)) trifft daher als Anfechtungsgegner aus Anlass der Insolvenz einer FlexCo die Beweislastumkehr hinsichtlich sämtlicher subjektiven Tatbestandsmerkmale der [§§ 28 ff IO](#) (Ausnahme: [§ 28 Z 1 IO](#)).⁶⁴ Dasselbe gilt gem [§ 32 Abs 2 Z 1 IO](#) für die Geschäftsführer und AR-Mitglieder der FlexCo (sowie deren nahe Angehörige iSd [§ 32 Abs 1 IO](#)), die dieses Amt im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung innehatten ([§ 32 Abs 2 letzter S IO](#)), was richtigerweise als im letzten Jahr vor der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung zu verstehen ist.⁶⁵

Im Übrigen erscheint als Besonderheit bei der Insolvenzanfechtung noch erwähnenswert, dass der Nachweis, der Inhaber eines - gesetzestypisch ausgestalteten - UWA hätte eine Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung ([§ 31 Abs 1 Z 2, 3 IO](#)), Begünstigungs- ([§ 30 Abs 1 Z 3 IO](#)) oder Benachteiligungsabsicht ([§ 28 Z 2 IO](#)) der FlexCo erkennen müssen, schwieriger fallen kann als bei einem "klassischen" FlexCo-Gesellschafter oder einem GmbH-Gesellschafter. Ein UWA vermittelt gem [§ 9 Abs 4 FlexKapGG](#) nämlich nur die Informationsrechte des [§ 22 Abs 2, 3 GmbHG](#), nach Absicht des Gesetzgebers hingegen nicht den in stRsp⁶⁶ "kreierten" umfassenden und jederzeitigen Informationsanspruch eines GmbH-Gesellschafters.⁶⁷ Gerade dieses

Seite 6

Informationsrecht hat der OGH jedoch bspw in der E [3 Ob 117/18d](#) herangezogen, um eine Erkundigungsobliegenheit eines GmbH-Minderheitsgesellschafters zu begründen, aus deren Verletzung wiederum der Vorwurf fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abgeleitet wurde.

4. Fazit

Wenngleich die FlexCo prinzipiell keinem besonderen Gläubigerschutz- und Insolvenzrechtsregime unterliegt, gilt es eine Vielzahl relevanter Regelungen zu beachten. Nicht zu unterschätzen sind insb die Haftungsgefahren, welche den Nimbus einer - mit der Herabsetzung des Mindeststammkapitals verstärkten - Risikobegrenzung für "FlexCo-Unternehmer" zumindest relativieren.

¹ Der vorliegende Beitrag stellt eine erweiterte Schriftfassung meines am 26. 1. 2024 im Rahmen der Tagung "FlexCo: Die neue Kapitalgesellschaft" an der Universität Innsbruck gehaltenen Vortrags dar.

² BGBl I 2023/179.

³ *Reich-Rohrwig*, Die Flexible Kapitalgesellschaft - eine neue Rechtsform im österreichischen Gesellschaftsrecht tritt auf die Bühne, *ecolex* 2023, 905; *Schopper*, Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Flexible Kapitalgesellschaft, *ecolex* 2023, 1018.

⁴ Siehe zu alledem den Beitrag von *Hartlieb* in diesem Heft der ZIK 2024/42, 42.

⁵ *Potyka*, GesRÄG 2023: Flexible Kapitalgesellschaft und 10.000 €-GmbH, *RWZ* 2023, 180 (181).

⁶ Dazu *A. Winkler/M. Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, *GmbHG* (2017) § 6a Rz 14 ff; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, *Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz* (148. Lfg; 2023) § 6a Rz 261 ff.

⁷ Dazu *U. Torggler* in *U. Torggler*, *GmbH-Gesetz* (2014) § 6a Rz 13 ff; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG* § 6a Rz 160 ff.

⁸ Vgl zum Ganzen *Ludvik/Grabmayr*, Beteiligung von Mitarbeitern an der Flexiblen Kapitalgesellschaft, *ASoK* 2023, 274 (275); *Rizzi/Ringhofer*, Die neue Gesellschaftsform der FlexKapG, *ÖJZ* 2023, 891 (892).

⁹ Dafür zB *Birkner/Pramberger*, Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, *ZIK* 1999, 89; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *Kommentar zum Aktiengesetz I3* (2021) § 48 Rz 12; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbH-Gesetz*³ (2007) § 61 Rz 35.

¹⁰ OGH 8 Ob 629/92.

¹¹ *U. Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, *JB* 2006, 85 (88 ff); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, *GmbHG* § 61 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht*² (2017) Rz 3/996; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG I3* § 48 Rz 13; idS wohl auch OGH 8 ObA 98/00w.

¹² *Birkner/Pramberger*, *ZIK* 1999, 89 (92); wohl nur referierend *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG2* (2018) § 61 Rz 78.

¹³ OGH 8 Ob 629/92; 8 ObA 98/00w; 6 Ob 313/03b.

¹⁴ BGH II ZR 264/06 (*Gamma*).

¹⁵ BT-Dr 354/07, 66; vgl auch schon BT-Dr 8/1347, 38 f.

¹⁶ Vgl zu diesem Gedanken OGH 8 Ob 629/92; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 34, je mwN.

¹⁷ IdS schon bisher *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (88 ff); S.-F. Kraus/U. Torggler in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 20; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/352; Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktiengesetz I6 (2018) § 48 Rz 17; Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 48 Rz 9; Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (146. Lfg; 2023) § 61 Rz 62.

¹⁸ *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (90). Vgl auch für Deutschland BGH II ZR 264/06 (*Gamma*).

¹⁹ Selbst in OGH 6 Ob 313/03b wurde dieser Tatbestand nicht herangezogen.

²⁰ AA *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (90).

²¹ RIS-Justiz RS0105532, insb mit T1, T4, T8, T11, T21, T 22.

²² Instruktiv zB *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 82 Rz 67 ff; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 7 ff; monografisch dazu *Lamplmayr*, Verbotene Einlagenrückgewähr durch Vermögensauskehr an Nichtgesellschafter (2015).

²³ Dazu ausf *Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t - Gläubigerschutz bei schuldrechtlichen Unternehmenswertbeteiligungen, ÖBA 2018, 612.

²⁴ Es gibt mehrere Typen von atypisch stillen Gesellschaften, dazu RIS-Justiz RS0062141; *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar II (2017) § 179 Rz 186; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB3 (2019) § 179 Rz 16.

²⁵ Zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (614).

²⁶ Näher *Aubrunner/Fürst*, Unternehmenswertanteile der FlexCo, GesRZ 2023, 359 (363 f); ferner *Hartlieb*, ZIK 2024/42, 42.

²⁷ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 4.

²⁸ *Rastegar/Rastegar/Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON (2024) § 9 Rz 169 ff.

²⁹ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 5.

³⁰ Vgl RIS-Justiz RS0131723. Zur Frage einer ausnahmsweisen Ausdehnung von § 82 GmbHG auf bestimmte Erscheinungsformen der stillen Gesellschaft *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (622 f).

³¹ Auch die Stellungnahme zur Berücksichtigung der § 66a AktG zugrunde liegenden Wertungen für Mitarbeiterbeteiligungen bei der Auslegung des § 82 GmbHG (ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 12) bestätigt das hier vertretene Verständnis.

³² Zutr *Zib*, Publikumsschutz und Transparenz im Entwurf zum GesRÄG 2023 und FlexKapGG, NZ 2023, 382 (385); *Aubrunner/Fürst*, GesRZ 2023, 359 (361).

³³ OGH 6 Ob 72/16f; 6 Ob 180/18s; 6 Ob 226/20h.

³⁴ Dazu zB *U. Torggler*, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 89 (95 ff); *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 83 Rz 12, 39, je mwN.

³⁵ OGH 4 Ob 2078/96h; 1 Ob 141/02w; RIS-Justiz RS0105532.

³⁶ II ZR 178/99 (*Bremer Vulkan*).

³⁷ II ZR 3/04 (*Trihotel*); II ZR 264/06 (*Gamma*); IX ZR 52/10 (*Spritzgussmaschinen*). Dazu aus österr Sicht *Artmann*, Haftungsrisiken für Gesellschafter, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 45 (63 ff); Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 66. In Österreich weiterhin explizit für eine Außenhaftung *Koppensteiner*, Neues zur "Existenzvernichtungshaftung", JBl 2008, 749 (754 ff).

³⁸ Offenlassend OGH 6 Ob 41/18z. Dagegen, jedoch mit Unterschieden, *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (96 ff); *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 45 (63 ff); Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 68. Dafür *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 17; *Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176 (182 ff); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 37c.

³⁹ *Trenker*, Insolvenzrecht, in *Resch*, Das Corona-Handbuch (2020) Kapitel 14 Rz 22.

⁴⁰ Zum zweigliedrigen Überschuldungstatbestand grundlegend OGH 1 Ob 655/86. Zum Ganzen auch instruktiv *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung² (2006) 27 ff, 46 ff.

⁴¹ RIS-Justiz RS0122035; OGH 2 Ob 241/06i; 1 Ob 134/07y; 2 Ob 117/12p; ferner RS0027441; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² (2023) § 69 Rz 60.

⁴² Aus dem jüngeren Schrifttum *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters - zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (360 ff); *G. Kodek*, Insolvenzrecht² (2022) Rz 1053 f; *Piringer*, Insolvenzverschleppung: Schadenspositionen und Berechnung, Sachverständige 2020, 146 (147 ff); *Drobnik*, Krise und Insolvenz der Scheinauslandsgesellschaft (2022) 283 ff; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 84 Rz 83 ff; so bereits OGH 5 Ob 202/59 HS 365/33; 5 Ob 38/72; 8 Ob 505/80 HS 11.465; 2 Ob 568/87; 9 ObA 416/97k; 1 Ob 144/01k.

⁴³ OGH 8 Ob 76/15g.

⁴⁴ OGH 6 Ob 135/22d.

⁴⁵ *Trenker*, Insolvenzverschleppung: Berechnung des Haftungsvolumens des Abschlussprüfers, RdW 2023, 643 (644).

⁴⁶ Entgegen dem Wortlaut von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG kommt es gem § 84 Abs 3 Z 6 AktG analog auf die materielle Insolvenz und nicht den Beginn der Antragspflicht an, OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 1.2. mwN).

⁴⁷ Dazu zB OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 1.3.); *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (625 ff).

⁴⁸ *Trenker*, JBl 2018, 354 (359).

⁴⁹ OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 3.1.); *P. Csoklich*, ZIK 2018, 8 (9) (Anm); *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement - Sanierung - Insolvenz (2002) 1145 (1168).

⁵⁰ Pkt 2.3.1.-5.

⁵¹ Ausf dazu *Trenker*, JBl 2018, 434 (438 ff), sowie mit Blick auf den Meinungsstand in Deutschland eingehend *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (509 ff).

⁵² *Trenker*, JBl 2018, 434 (442 f); *G. Kodek*, Schaden, Anspruchsgrundlagen und Geltendmachung - ein Überblick, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017 (2018) 165 (176 f); *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 84 Rz 85.

⁵³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die Grundlage dieser Haftung in § 69 IO erblickt, was auch als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger zu sehen wäre (so *Trenker*, JBI 2018, 354 [362]; vgl schon RG II 255/09 RGZ 73, 30 [34]; aA aber *Drobnik*, Scheinauslandsgesellschaft 287 ff, 292 ff mwN; gegen die Qualifikation als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft auch OGH 1 Ob 228/99g, 10 Ob 5/11z [jeweils *obiter dicta*]). Zu weit ginge es aber, der systemwidrigen Anordnung des § 69 Abs 3a IO zu entnehmen, auch das Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und die damit verbundene Haftung für den "Gläubigerschaden" würde analog für "verschleppende Mehrheitsgesellschafter" gelten (idS schon S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 61 Rz 27).

⁵⁴ Umstritten ist, ob es auf das "formelle" Fehlen organschaftlicher Vertreter ankomme (so *Schumacher* in KLS, IO² § 69 Rz 49; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 45 [57]) oder auch deren "materielle" Verhinderung infolge von Krankheit oder Abwesenheit genügt (so *Pucher*, Zur Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters, GeS 2013, 493; wohl auch *Trummer*, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 - Insolvenzantragspflicht des "Mehrheitsgesellschafters", ZIK 2013, 126 [129]).

⁵⁵ Wegen der Bezugnahme auf das "Stammkapital" strittig, aber mE ebenfalls zu bejahen, ist die Anwendung auf eine AG (zutr *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 45 [54 mwN auch der Gegenansicht]).

⁵⁶ ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 15.

⁵⁷ Vgl zur Anwendung gewisser (teilweise "schwellenabhängiger") Minderheitsrechte auf UWA-Inhaber *Told*, Die FlexCo im Spannungsfeld multipler Gesellschafterkategorien, ÖJZ 2023, 897 (901) mit einer Ausnahme für § 30b Abs 1 GmbHG; teilweise aA allerdings *Rastegar/Rastegar/Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 9 Rz 154 ff.

⁵⁸ Vgl allgemein *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBI 2011, 762.

⁵⁹ Die Norm gilt nicht für Personengesellschaften, zutr *Schumacher* in KLS, IO² § 72d IO Rz 3 f, gegen *Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (55. Lfg; 2016) § 72d IO Rz 3 f.

⁶⁰ Vgl *Schumacher* in KLS, IO² § 72d Rz 6.

⁶¹ Ebenso bereits zur AG *Kalss/Zollner*, Eigene Anteile im EKEG, GeS 2004, 202 (204 f); *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht Erster Zusatzband (2010) § 5 EKEG Rz 35.

⁶² Siehe nur ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 2 f.

⁶³ Durch das RIRUG (BGBl I 2021/147) ist die Beschränkung des Wortlauts auf § 5 EKEG weggefallen; ausf *Trenker* in *Fidler/Konecny/Riel/Trenker*, ReO (2022) § 32 IO Rz 1 ff.

⁶⁴ Ausf *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020) Rz 4.65 ff.

⁶⁵ *Trenker*, Gesellschafter als Anfechtungsgegner, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 123 (133); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 4.63.

⁶⁶ RIS-Justiz RS0060098; RS0105318 mit T1; OGH 6 Ob 17/90; 6 Ob 166/19h; 6 Ob 191/20m.

⁶⁷ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 6; ausf *Rastegar/Rastegar/Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 9 Rz 85 ff; vgl allerdings *Aubrunner/Fürst*, GesRZ 2023, 359 (364).

