

# Aufsichtsrat aktuell

**Fachinformation**

**für die verantwortungsvolle Kontrolle  
und Beratung von Unternehmen und Stiftungen**

## **Das aktuelle Interview**

- Benedikt Kommenda spricht mit Dr. Anne Christine d'Arcy

## **Rechtsfragen für den Aufsichtsrat**

- Die Neuerungen im Korruptionsstrafrecht
- OGH-Entscheidungen zur AG und zum Aufsichtsrat im Jahr 2012
- URG-Verfahren in der Übernahmeabwehr

## **Betriebswirtschaft**

- Gerechte Vorstandsvergütung: eine (An-)Reizfrage
- Aufsichtsrat und die D&O-Versicherung der Gesellschaft

## **Rechtsprechung**

- Privatstiftung mit Tochtergesellschaft

## **Literaturreisenschau**

Peter Melicharek

# Das URG-Verfahren als strategischer Schachzug bei der Übernahmeabwehr

anhand einer Case Study im Kulturbereich

*Die bei Einführung des Unternehmensreorganisationsgesetzes (URG) durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997 (IRÄG 1997) befürchtete Flut von Antragstellungen<sup>(1)</sup> blieb aus. Die heutige Lehre meint ernüchert, dass das URG nicht in die „Hitliste“ besonders erfolgreicher Gesetzeswerke eingehen werde, weil die betroffenen Unternehmen an einer Reorganisation unter gerichtlicher Aufsicht nicht das geringste Interesse hätten.<sup>(2)</sup> Tatsächlich blieb das URG eine Totgeburt, obwohl die oftmals kritisierte „Zwangsbewirtschaftung“<sup>(3)</sup> mit externer Hilfe, richtig eingesetzt, ein exzellentes Instrument zur Sanierung von Gebrechen in der Corporate Governance<sup>(4)</sup> eines Unternehmens bieten kann. Am Beispiel eines über Private Equity finanzierten Kulturunternehmens im Gesellschafterstreit (ausgestaltet als österreichische Kommanditgesellschaft [KG] mit einer UK Limited als einziger Komplementärin) soll hier aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten das URG bieten könnte, um ein unerwünschtes Ungleichgewicht zwischen Mitgesellschaftern auszugleichen und strukturelle Defizite zu beseitigen.*

## 1. DER ANLASSFALL

Im Kulturbereich trug sich ein erbitterter Kampf in einem klassischen Joint-Venture-Übernahmeszenario zu. Wie das Übernahmepfer in seine Lage geraten war, stellt beinahe schon ein echtes Lehrstück dar und verdient daher eine etwas ausführlichere Schilderung: Ein (natürlicher) Arbeitsgesellschafter war im Gegenzug für seine Leistungen von der Finanzgesellschafterin (eine juristische Person mit Sitz der tatsächlichen Verwaltung in Deutschland) zu 35 % an einer gemeinsam errichteten *private company limited by shares* (im Folgenden: UK Ltd.) beteiligt worden. Zweck und Aufgabe dieser mit nur 1.000 britischen Pfund an Kapital ausgestatteten UK Ltd. war es, als Komplementärin einer österreichischen KG, der UK Ltd. & Co. KG, zu dienen. Diese KG wiederum sollte das operative Geschäft, nämlich eine internationale Kulturinstitution, betreiben.

Dem Arbeitsgesellschafter gelang es, eine prominente Betriebsliegenschaft (Wert im oberen zweistelligen Millionen-Euro-Bereich) und einen ersten Kundenstock aufzutreiben. Weiters brachte er Investoren, die sich mit einem zweistelligen Millionenbetrag als Kommanditisten an der KG beteiligten. Er beschaffte auch noch einen weiteren Investor, der sich – ebenfalls mit einem zweistelligen Millionenbetrag – an der Finanzgesellschafterin selbst beteiligte. Die Finanzgesellschafterin stattete mit dem ihr nun zur Verfügung stehenden Kapital die KG aus und erwarb hierdurch eine qualifizierte Minderheitsbeteiligung (zirka 47 %) an der KG.

Der Arbeitsgesellschafter fungierte als einer von zwei *directors* (Geschäftsführern/Vorstandsmitgliedern) der UK Ltd. und damit auch der KG. Der zweite *director* wurde von der Finanzgesellschafterin entsandt; dieser hatte seinen Wohnsitz in Deutschland, hielt sowohl eine Beteiligung direkt an der KG (zirka 7 %)<sup>(5)</sup> als auch an der



(1) H. Torggler, Zum Ministerialentwurf für das IRÄG 1997, AnwBl. 1997, 183.

(2) Fritz, Die Kennzahlen nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz – worin liegt ihre praktische Bedeutung, wie werden sie ermittelt? (2012), online abrufbar unter <http://christian-fritz.blogspot.co.at/2012/01/die-kennzahlen-nach-dem.html>.

(3) H. Torggler, AnwBl. 1997, 183. Das URG ist meines Erachtens gerade dort einsetzbar, wo eine einvernehmliche Reorganisation aufgrund von Gesellschafterkonflikten nicht möglich ist, das objektive Wohl der Gesellschaft aber eine rasche Setzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Finanz-, Vermögens- und Ertragslage erfordert.

(4) Corporate Governance war 1997 in Österreich noch kein sonderlich breit diskutiertes Thema. Dass das URG aber – neben möglichen Finanzierungsmaßnahmen – auch der „Umstrukturierung, Entwicklung neuer Marktstrategien usw.“ dienen soll (JAB 813 BlgNR 20. GP), war dem Gesetzgeber ein erklärtes Anliegen. Das URG sei „bildlich gesprochen ein Gesetz, das einem Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, einen Facharzt aufzusuchen, eine Einweisung in ein Krankenhaus zu machen und mit einem Reorganisationsplan, mit einem Reorganisationsprüfer zu versuchen, sein Unternehmen wieder fit zu bekommen“ (Abgeordneter Schreiner [FPÖ], StProtNR 20. GP, 82. Sitzung, S. 184). Die prinzipielle Eignung des URG für Korrekturmaßnahmen aller Art steht meines Erachtens außer Frage.

(5) Beteiligungsquoten jeweils gerundet; gemeinsam übten die die Finanzgesellschafterin und der von ihr in die UK Ltd. entsandte *director* bereits die Mehrheit der Stimmen in der KG aus.

Mag. Peter Melicharek ist Rechtsanwalt in Wien und praktiziert vorwiegend im Bereich der stiftungs- und gesellschaftsrechtlichen Prozessführung.

Finanzgesellschafterin und er war bei Letzterer alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer.

Nach den *articles of association* (Teil des Gesellschaftsvertrages) der UK Ltd. gab es keinerlei qualifizierte Stimmerfordernisse im *shareholders' meeting* (Gesellschafterversammlung), daher konnte die Finanzgesellschafterin faktische jegliche Maßnahme alleine beschließen. Ein Syndikatsvertrag zur UK Ltd., den der Arbeitsgesellschafter in einer frühen Phase der Zusammenarbeit leichtfertig unterschrieben hatte, räumte für das *directors' meeting* (Geschäftsführersitzung) dem von der Finanzgesellschafterin entsandten *director* ein Dirimierungsrecht in jeglicher Angelegenheit bei Stimmgleichheit ein, sodass dieser auch über alle Geschäftsführungsmaßnahmen alleine entscheiden konnte. Interessenkonflikte wurden nach der Satzung sowohl im *shareholders' meeting* als auch im *directors' meeting* für unbeachtlich erklärt, sodass die Bedeutung von Stimmrechtsverboten faktisch sehr eingeschränkt war. Als Ergebnis stand nicht zuletzt auch stets die „Protokollhoheit“ der Finanzgesellschafterin bzw. dem von ihr entsandten *director* zu. Vor diesem gesellschaftsvertraglichen Hintergrund hatte die Finanzgesellschafterin ihren Beitrag zur UK Ltd. (bis auf das Stammkapital) in deren Büchern nicht als Eigenkapital, sondern als mit 11 % pro Jahr verzinsliches Gesellschafterdarlehen dargestellt. Den entsprechenden Vertrag hatte der Arbeitsgesellschafter nicht einmal zu sehen bekommen.

Die Finanzgesellschafterin installierte nun einen effizienten (wenn meines Erachtens auch rechtlich grenzwertigen) Kontroll- und Gewinnabschöpfungsmechanismus: Die KG musste an die UK Ltd. aufgrund eines für Jahrzehnte unkündbaren Geschäftsführungsvertrages ein fürstliches Entgelt zahlen – während alle anderen KG-Investoren laut Satzung der KG für zumindest die ersten fünf Jahre auf ihre Dividende verzichteten. Die UK Ltd. wiederum war an einen langfristigen Vertrag mit der Finanzgesellschafterin für verschiedene „Serviceleistungen“ gebunden, welche üppig abgegolten wurden. Alle diese Verträge waren seitens der UK Ltd. und der KG durch den von der Finanzgesellschafterin bestellten *director* verhandelt und abgeschlossen worden. Diese Verträge führten dazu, dass so gut wie sämtliche Liquidität sofort an die Finanzgesellschafterin floss. Wenn einmal Mittelknappheit herrschte, ließ die Finanzgesellschafterin ihre Forderung „liegen“ und verzinst diese auch als 11%iges Darlehen.

Die schwachbrüstig kapitalisierte UK Ltd. konnte es sich schon sehr bald nicht mehr leisten, ihren *directors* ein Entgelt zu zahlen, und

die Finanzgesellschafterin erklärte sich bereit, den Arbeitsgesellschafter anzustellen und ihn zu bezahlen. Nach dem Dienstvertrag hätte der Arbeitsgesellschafter verschiedene Marketing-Aufgaben für die Finanzgesellschafterin im Ausland zu erledigen gehabt, es war ihm aber die Ausübung der Tätigkeit als *director* der UK Ltd. ausdrücklich gestattet – faktisch war der Arbeitsgesellschafter freilich ausschließlich mit der Geschäftsführung der UK Ltd. (und damit auch der KG) ausgelastet. Die dienstvertragliche Konstruktion nutzte die Finanzgesellschafterin, um dem Arbeitsgesellschafter allerlei Weisungen zu erteilen, wie er im Tagesgeschäft die Geschäftsführung der UK Ltd. auszuführen habe. Wenn sie den Arbeitsgesellschafter disziplinieren wollte, so ließ sich die Finanzgesellschafterin beispielsweise auch einfach einmal mit der Rückerstattung von Barauslagen Zeit.

Als das Geschäft später lohnenswert wurde, machte die Finanzgesellschafterin Anstalten, ihren Mitgesellschafter ganz hinauszudrängen. In einem *directors' meeting* der UK Ltd. machte der von der Finanzgesellschafterin entsandte *director* von seinem Dirimierungsrecht Gebrauch und erließ eine Geschäftsordnung, die dem Arbeitsgesellschafter im Wesentlichen nur mehr Marketing-Aufgaben und die Repräsentation gegenüber dem Kuratorium<sup>(6)</sup> überließ. Als deswegen ein Streit über die Führung der UK Ltd. und der KG entstand, kündigte die Finanzgesellschafterin ihren Dienstvertrag mit dem Arbeitsgesellschafter, kappte seinen E-Mail- und Datenzugang und wies ihn an, sich von den Räumlichkeiten und Betriebsmitteln der UK Ltd. und der KG fernzuhalten. Wenig später wandelte die Finanzgesellschafterin die Kündigung in eine Entlassung um, weil der Arbeitsgesellschafter sich trotzdem weiter um seine Aufgaben als *director* der UK Ltd. kümmerte.

Kurz darauf erklärte die Finanzgesellschafterin, sie würde ihr Darlehen an die UK Ltd. zur Rückzahlung binnen weniger Tage fällig stellen. Es werde ein *directors' meeting* und anschließend ein *shareholders' meeting* einberufen, um die Gesellschaft aus der Insolvenzgefahr zu bringen und um den Arbeitsgesellschafter aus dem *board of directors* abzurufen. Die Rettung der UK Ltd. hätte nach erklärter Meinung der Finanzgesellschafterin so ausgesehen, dass sie eine Kapitalerhöhung über 100.000 Pfund zur Nominale beschlossen hätte. Nachdem der Arbeitsgesellschafter kein Gehalt mehr bezog und über keine nennenswerten Ersparnisse verfügte, hätte er nicht an der Kapitalerhöhung partizipieren können und wäre (pikanterweise mit Geld, das er der Finanzgesellschafterin einst

Wenn auch in der Praxis so gut wie totes Recht, stellt das URG ein praktisches Werkzeug dar, um Governance-Themen und strategische unternehmerische Entscheidungen auf einer alternativen Plattform und unter Einschaltung von Externen (Richter, Reorganisationsprüfer) zumindest zu besprechen und sich neu zu positionieren.

(6) Das als optionales Organ bei der KG mit vorrangig beratender Funktion ausgestattet war; der erkennbare Schwerpunkt in der Tätigkeit des Kuratoriums lag bei künstlerischen Agenden.

besorgt hatte) bei der UK Ltd. im Ergebnis von 35 % auf 0,0035 % verwässert worden.<sup>(7)</sup>

### 2. DER URG-ANTRAG ALS VERTEIDIGUNGSMASSNAHME

Wie also sollte der Arbeitsgesellschafter reagieren, dem die so gut wie entschädigungslose Verdrängung drohte und dem die zur Führung des gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Schiedsverfahrens in London erforderlichen Mittel fehlten (abgesehen davon, dass bei einer solchen Übernahme-Attacke Zeit oft ein wesentlich kritischerer Faktor ist als Geld)? Beschlussanfechtungen und Verfahren zur Durchsetzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht sind in Großbritannien wie in Österreich typischerweise relativ langwierig. Einstweilige Verfügungen zur Absicherung des gesellschaftlichen Status quo sind einerseits zunehmend schwer zu erlangen,<sup>(8)</sup> andererseits gegen einen Deutschen nicht vollstreckbar, da die deutschen Gerichte in der Praxis (meines Erachtens gemeinschaftsrechtswidrig) die Exekution von nicht in einem kontradiktorischen Verfahren ergangenen Beschlüssen – dies ist aber der Regelfall beim österreichischen Provisorialverfahren<sup>(9)</sup> – verweigern.<sup>(10)</sup>

Zur Vermeidung der Verwässerung des Arbeitsgesellschafters mittels Kapitalerhöhung erschien es zweckmäßig, darzustellen, dass diese nicht notwendig und nicht im Gesellschaftsinteresse der UK Ltd. wäre. Hierzu musste erst

einmal das Darlehen der Gesellschafterin verbindlich als Eigenkapital ersetzend im Sinne des § 1 Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) etabliert werden. Dritte Gläubiger, deren Beeinträchtigung drohte, gab es keine, aber ein Insolvenzverfahren einleiten wollte der Arbeitsgesellschafter dennoch nicht, um nachteilige Publizitätswirkungen<sup>(11)</sup> zu vermeiden. Um diskret trotzdem die Governance-Lücken<sup>(12)</sup> bei der UK Ltd. mit Hilfe von außen zu stopfen, entschied sich der Arbeitsgesellschafter für ein Verfahren nach dem URG. Hierbei erwog er, dass die UK Ltd. eine sogenannte Scheinauslandsgesellschaft war, die ihre Geschäfte von Wien aus führte, dort steuerpflichtig war und auch ihre Büroräumlichkeiten dort hatte, und dass daher österreichische Rechtsnormen wie die Insolvenzordnung (IO), das URG sowie das EKEG zur Anwendung gelangen müssten.<sup>(13)</sup> Mit nur 1.000 Pfund an Stammkapital und dank der Serviceverträge mit der Finanzgesellschafterin war es nicht schwer, die Kriterien der Eigenmittelquote unter 8 % im Sinne der §§ 22, 23 URG und einer fiktiven Schuldentilgungsdauer von über 15 Jahren nachzuweisen.

### 3. INTERNATIONALE UND ÖRTLICHE ZUSTÄNDIGKEIT FÜR DIE REORGANISATION

Obwohl das Personalstatut<sup>(14)</sup> einer *UK private company limited by shares* prinzipiell dem Recht des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Irland unterliegt,<sup>(15)</sup> rich-

Für den Prüfer sollte man allerdings Reserven in der „Kriegskasse“ haben und auch für die bei erfolgreicher Einleitung folgende Phase der intensiven Verhandlung und Planung ausreichend Ressourcen einkalkulieren.

(7) Die einem solchen Anteil entsprechende Abfindung bei einem in näherer Zukunft zu erwartenden Gesellschafterausschluss wäre nicht mehr attraktiv gewesen.

(8) Siehe RIS-Justiz RS0005291; OLG Wien 5 R 21/07f u. a. („ein schwer wiedergutzumachender Schaden ist kein unwiederbringlicher Schaden i. S. d. § 381 Abs. 2 EO (MGA EO<sup>14</sup>, § 381 E 68)“).

(9) Dies ergibt sich aus § 402 Abs. 4 i. V. m. § 3 Abs. 2 EO; siehe auch *Angst*, EO<sup>2</sup> (2008) § 389 Rz. 18, 20 und § 397 Rz. 1.

(10) LG Berlin 3. 9. 2012, 51 O 22/12, mit Verweis auf BGH 21. 12. 2006, IX ZB 150/05, Leitsatz und Rn. 7, 13; *Kodek*, Einstweilige Maßnahmen im Europäischen Justizraum – Bilanz und Zukunftsperspektiven, in *Fucik* u. a., Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010 (2010) 151.

(11) Den Bestand der KG hätte es streng genommen rechtlich sogar nicht einmal berührt, wenn die UK Ltd. wegen des Liquiditätsabzugs durch die Finanzgesellschafterin insolvent geworden wäre; vgl. *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 436.

(12) Die es in der Praxis gerade im Kulturbereich aufgrund der notorisch knapp geschnürten Beratungsbudgets leider ziemlich häufig gibt.

(13) *Gstraunthaler/Mildner*, Die Company Law Reform Bill und deren Auswirkungen auf die Stellung der Directors – eine weitere Stärkung der Limited gegenüber der GmbH? GesRZ 2006, 296.

(14) Maßgeblich für Partei- und Prozessfähigkeit sowie für die Rechte und Pflichten der Organe und deren Vertretungsmacht; siehe RIS-Justiz RS0112341; OGH 19. 10. 2011, 4 Ob 119/11w, m. w. N.; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 253.

(15) Soweit ersichtlich, wird in der österreichischen Lehre überwiegend vertreten, dass die grundlegende Organisationsverfassung der Gesellschaft sich nach dem Gründungsrecht richtet, allerdings mit der Einschränkung, dass die Mitgliedstaaten die missbräuchliche oder betrügerische Ausnützung der Niederlassungsfreiheit nicht zulassen müssen; vgl. EuGH 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, *Centros*; 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, *Überseering*; 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, *Inspire Art*. Die Benützung einer Briefkastenfirma allein ist zwar noch nicht missbräuchlich, meines Erachtens kann dies wohl aber für eine treuwidrige Verdrängung eines Minderheitsgesellschafters argumentiert werden, oder etwa bei einer von Beginn an gezielt und bewusst unterkapitalisierten Gesellschaft mit einem eindeutig auf den operativen Betrieb ausschließlich in Österreich ausgerichteten Zweck. Im Fall einer treuwidrigen vorzeitigen Rückführung von Vermögensmitteln der Gesellschaft an einen der Gesellschafter (Verletzung des Ausschüttungsverbots) käme meines Erachtens zudem eine Leistungsklage am Gerichtsstand des Erfül-

ten sich verschiedene verkehrsrelevante Rechtsfragen nach österreichischem Recht. Freilich war zuerst die Zuständigkeit eines österreichischen Gerichts zu etablieren. Nach der anwendbaren Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO) ist der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten begründet (Art. 2 Abs. 1 EuGVVO).<sup>(16)</sup> Gesellschaften und juristische Personen haben gemäß Art. 60 EuGVVO ihren Wohnsitz am Satzungssitz, dem Sitz der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung. Diese Anknüpfungspunkte sind alternativ zu verstehen, sodass der Kläger bzw. Antragsteller prinzipiell wählen kann, worauf er sich stützt.<sup>(17)</sup> Die Hauptverwaltung liegt dort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in Geschäftsführungsakte umgesetzt werden; die Hauptniederlassung dort, wo die Gesellschaft mit der Umwelt in geschäftlichen Kontakt tritt, wo etwa produziert wird oder die unternehmensgegenständlichen Dienstleistungen erbracht werden. Beide Anknüpfungspunkte wiesen bei der UK Ltd. ins Inland. Dass die UK Ltd. in Österreich als Zweigniederlassung zu registrieren gewesen wäre, aber tatsächlich nicht registriert war, schadet nicht.<sup>(18)</sup>

Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 60 EuGVVO regelt nur die internationale Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach nationalem Recht. Weil § 75 Abs. 1 Jurisdiktionsnorm (JN) bestimmt, dass der allgemeine Gerichtsstand einer Gesellschaft oder juristischen Person im Zweifel am Sitz der Hauptverwaltung begründet wird, ist auch die örtliche Zuständigkeit der Scheinauslandsgesellschaft weitgehend problemlos im Inland zu verorten.<sup>(19)</sup> Nach herrschender Lehre verdrängt Art. 5 EuGVVO zwar die Vorschriften der österreichischen JN,

aber auch insoweit ergibt sich für Klagen gegen eine Scheinauslandsgesellschaft eine örtliche Zuständigkeit am Sitz der Hauptverwaltung (siehe hierzu oben).

Aber gibt es im Bereich des Insolvenzrechts vielleicht Normen, die von den obigen Regeln abweichen? Oder ist die *lex fori concursus* ein hinreichend verlässlicher Anhaltspunkt? Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) sind für die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens die Gerichte jenes Mitgliedstaates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Die Lehre spricht sich dafür aus, dass dies ausschließlich der Hauptverwaltungssitz sein soll, und meint, es werde in der Praxis ohnedies regelmäßig zu diesem Ergebnis kommen.<sup>(20)</sup> Scheinauslandsgesellschaften würden daher stets in Österreich abgewickelt werden. Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass jüngst ein deutsches Gericht die persönliche Haftung eines *directors* einer *limited company* unter anderem wegen Insolvenzverschleppung in Deutschland mit der Begründung bejaht hat, dass nach der EuInsVO das Insolvenzrecht des verfahrenseröffnenden Staates zur Anwendung komme und in diesem Sinn der § 64 Abs. 1 des deutschen GmbHG als insolvenzrechtliche Vorschrift zu werten sei.<sup>(21)</sup> In diesem Zusammenhang sei auch daran zu denken, dass die Bestimmungen über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen in der Krise der *limited* anzuwenden sind.<sup>(22)</sup> Für Österreich gilt meines Erachtens grundsätzlich das zum deutschen GmbH-Recht Gesagte. Das österreichische URG ist nach der Rechtsprechung<sup>(23)</sup> zwar keine Gläubigerschutznorm, als materiell-insolvenzrechtliche Vorschriften aber auf die *private company limited by shares* anzuwenden.<sup>(24)</sup> Im

lungsortes in Frage (Art. 5 Abs. 1 EuGVVO); vgl. Rüdfler, Die Behandlung von Scheinauslandsgesellschaften, GES 2005, 411, mit Verweis auf Leible in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften (2005) § 11 Rz. 4.

(16) Nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO besteht eine ausschließliche internationale Zuständigkeit für bestimmte gesellschaftliche Streitigkeiten, und zwar für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung der Gesellschaft sowie die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben. Zuständig dafür sind die Gerichte des Mitgliedstaates, in dem die Gesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Der Sitz ist dabei nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts der *lex fori* zu bestimmen. Bei einem IO- oder URG-Verfahren handelt es sich allerdings nicht um eine Angelegenheit im Sinne des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO.

(17) Rüdfler, GES 2005, 411, mit Verweis auf Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht<sup>2</sup> (2003) Art. 60 Rz. 3; Eckert, Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO bei Kapitalgesellschaften, ecolex 2003, 76 (77); Leible in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 11 Rz. 4.

(18) Leible in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 11 Rz. 4.

(19) Rüdfler, GES 2005, 411.

(20) Rüdfler, GES 2005, 411.

(21) § 64 Abs. 1 deutsches GmbHG sei weiters als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu verstehen, sodass seine schuldhaftige Verletzung durch den *director* einen Schadenersatzanspruch begründe; vgl. Gstraunthaler/Mildner, GesRZ 2006, 296.

(22) LG Kiel 20. 4. 2006, 10 S 44/05, GmbHR 2006, 710; Gstraunthaler/Mildner, GesRZ 2006, 296.

(23) OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 269/05k.

(24) Gstraunthaler/Mildner, GesRZ 2006, 296, mit Verweis auf Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts (2006) 458. Im Ergebnis im hier besprochenen Fall bestätigt vom HG Wien 8. 8. 2012, 4 Rv 1/12t; unwidersprochen OLG Wien 8. 10. 2012, 28 R 189/12p.

besprochenen Fall sah das Handelsgericht Wien das ebenso und bejahte seine internationale, örtliche (und naturgemäß auch sachliche) Zuständigkeit.<sup>(25)</sup> Den Reorganisationsbedarf sah das Handelsgericht Wien als bescheinigt an.

#### 4. ANTRAGSTELLUNG, INHALT UND FOLGEN DES URG-VERFAHRENS

Der Arbeitsgesellschafter hatte im Innenverhältnis die Zustimmung seines Mitgeschäftsführers zur Einleitung des URG-Verfahrens nicht eingeholt, weil eine solche voraussichtlich nicht erteilt worden wäre – schließlich wollten die Finanzgesellschafterin und der von ihr entsandte *director* ihre Kontrolle über die UK Ltd. nicht gefährden. Der Arbeitsgesellschafter vertrat hierzu die Meinung, er könne die UK Ltd. allein vertreten, da § 17 URG normiert, dass die allgemeinen Verfahrensbestimmungen der IO sowie die ZPO sinngemäß anzuwenden sind. § 69 IO wiederum bestimmt, dass über einen Antrag, der nicht von allen natürlichen Personen ausgeht, welche aufgrund ihrer Organstellung zur Antragstellung verpflichtet wären, prinzipiell Einvernehmen herzustellen ist. Könne aber kein Einverständnis beispielsweise zwischen den gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführern hergestellt werden, so sei das Verfahren trotzdem einzuleiten, wenn dessen Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden. Ein jeder einzelner Geschäftsführer, auch wenn dieser nur kollektivvertretungsbefugt sein mag, ist hierzu berechtigt. Dies gelte selbst im Falle von gegenteiligen Weisungen der Gesellschafterversammlung an die Geschäftsführung.<sup>(26)</sup>

Das Erstgericht folgte dieser Argumentation und der Arbeitsgesellschafter nutzte das erfolgreich eingeleitete URG-Verfahren, um strukturelle Verbesserungen und Einsparungen (Verlegung auch des rechtlichen Sitzes der Gesellschaft nach Österreich) bei gleichzeitiger Möglichkeit zur Stärkung des Eigenkapitals durch „Umgründung“ in eine GmbH, Einschaltung dritter Dienstleister zur Verbesserung der EDV-Infrastruktur im Unternehmen,<sup>(27)</sup> verbesserte

Governance und Transparenz (Offenlegung der Verträge der UK Ltd. mit der Finanzgesellschafterin und mit seinem Mitgeschäftsführer, allenfalls Sanierung bei Interessenkonflikten) zu fordern. Der Mitgeschäftsführer erhob, und zwar auch im Namen der UK Ltd., Rekurs gegen die Eröffnung des Unternehmensreorganisationsverfahrens und beantragte die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung. Diese wurde nicht gewährt, weil nach (dem i. V. m. § 17 URG anwendbaren) § 71c IO einem Rekurs gegen die Verfahrenseinleitung ausdrücklich keine aufschiebende Wirkung zukommen kann.<sup>(28)</sup>

Damit war der Übernahmeversuch der Finanzgesellschafterin verlässlich gestoppt. Ihr Gesellschafterdarlehen war als Eigenkapital ersetzend anzusehen und durfte nicht wie geplant abgezogen werden. Die Gesellschafterversammlung, in deren Rahmen die verdrängende Kapitalerhöhung hätte stattfinden sollen, wurde abgesagt. Der gerichtlich bestellte Reorganisationsprüfer befand im Zuge der Prüfung, dass die UK Ltd. bereits mit Stichtag des letzten Jahresabschlusses als überschuldet und damit insolvenzreif anzusehen war. Auf diese Weise war die Finanzgesellschafterin angehalten, eine Rückstehungserklärung für ihre Forderung abzugeben. Wesentliche Verträge der Finanzgesellschafterin mit der UK Ltd. wurden endlich offengelegt, die *directors* setzten sich an einen Tisch und erstatteten Vorschläge zur Reorganisation; schließlich gelang es sogar, Gespräche über einen abschließenden Vergleich der Streitteile einzuleiten.<sup>(29)</sup>

#### 5. EPILOG: DIE ENTSCHEIDUNG DES OLG WIEN

Leider lässt sich die oben besprochene Case Study nicht (mehr) verlässlich in vergleichbaren Fällen einsetzen,<sup>(30)</sup> denn einige Wochen später entschied das OLG Wien<sup>(31)</sup> über den Rekurs<sup>(32)</sup> des von der Finanzgesellschafterin entsandten Mitgeschäftsführers. Möchte man das Ergebnis positiv verklausulieren, könnte man vertreten, das OLG Wien habe wohl aus-

(25) HG Wien 8. 8. 2012, 4 Rv 1/12t; OLG Wien 8. 10. 2012, 28 R 189/12p.

(26) OGH 16. 12. 1986, 5 Ob 336/86; siehe auch *Fink*, Insolvenzzrecht<sup>3</sup> (2002) 25; *Mohr*, IO<sup>11</sup> (2012) § 69 Rz. 1.

(27) Nebenzweck dieser Überlegung war es naheliegenderweise, die Allmacht der Finanzgesellschafterin als „Serviceleisterin“ in diesem Bereich zu durchbrechen.

(28) Schutzzweck ist erkennbarerweise, dass bei objektivem Vorliegen von Sanierungsbedarf keine „taktischen“ Verzögerungen durch ein Rechtsmittel erlaubt sein sollen.

(29) Ausscheiden des Arbeitsgesellschafters durch Abtretung seines Geschäftsanteils zu einer marktüblichen Formel (im Rahmen dieses Aufsatzes nicht weiter behandelt).

(30) Es sei denn freilich, der das URG-Verfahren Einleitende ist zur Alleinvertretung berechtigt.

(31) OLG Wien 8. 10. 2012, 28 R 189/12p.

(32) Die Entscheidung über die Einleitung des Reorganisationsverfahrens ist nicht als „*bloß verfahrensleitend*“ im Sinne der ständigen Rechtsprechung (siehe Nachweise in OGH 16. 10. 2009, 6 Ob 201/09s), nämlich als „*prozessleitend im engeren Sinne*“ zu verstehen. Das Rekursverfahren ist daher zweiseitig und eine Rekursbeantwortung ist zulässig.

gesprochen, dass es sich beim URG-Verfahren um ein konsensuales Verfahren handle; bei einer meines Erachtens eher gebotenen kritischen Betrachtung der Entscheidung muss man wohl eher sagen, dass übermäßiger Formalismus das zarte Pflänzchen eines aufkeimenden Nutzens des URG als volkswirtschaftlich erwünschte Konfliktlösungshilfe wieder ersticke: Das OLG Wien befasste sich vorwiegend mit der Frage der Antragslegitimation. Eine Auseinandersetzung mit der Meinung des Arbeitsgesellschafters, wonach gemäß § 17 URG i. V. m. § 69 IO jeder einzelne – wenn auch nur kollektiv vertretungsbefugte – Geschäftsführer zur Antragstellung ermächtigt sei, vermied das OLG Wien dabei (und zwar nicht sehr geschickt). Es erwog wie folgt:

Für Gesellschaften aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union sei nämlich die Gründungstheorie maßgeblich, hier also englisches Recht. Die Funktion der Geschäftsführung bzw. des Vorstands erfüllt im englischen Gesellschaftsrecht der *director*. Gemäß sec. 154 para. 1 Companies Act 2006 muss eine *private limited company* über zumindest einen *director* verfügen; wurden mehrere *directors* bestellt, so gilt der Grundsatz der Gesamtvertretung.<sup>(33)</sup> Das aus den *directors* bestehende Gremium „*board of directors*“ vertrete die Gesellschaft gemeinschaftlich. Sofern in den *articles of association* nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde, besitzt jedoch das *board of directors* grundsätzlich die Möglichkeit, seine Befugnisse an einzelne seiner Mitglieder zu delegieren und diese mit Einzelvertretungsbefugnis auszustatten.<sup>(34)</sup>

Die Geschäftsordnung, nach welcher der von der Finanzgesellschaftlerin entsandte *director* dem Arbeitsgesellschaftler einige Repräsentationsaufgaben überlassen, sich selbst aber „*das operative Geschäft, Finanzen und Finanzierung, Liegenschaften sowie Geschäftsangelegenheiten, die nicht von den Kompetenzen [des Arbeits-*

*sellschaftlers] abgedeckt werden*“, zugewiesen hatte, würde – so das OLG Wien – Auswirkungen auf die Außenvertretung der UK Ltd. entfalten. Aus der Aufteilung der Kompetenzen ergebe sich, dass der von der Finanzgesellschaftlerin entsandte *director* ohne weiteres Zustimmungserfordernis seitens des Arbeitsgesellschafters zur Vertretung der UK Ltd. in einem gerichtlichen Verfahren befugt sei. Der Arbeitsgesellschaftler sei hingegen nicht zur Vertretung der UK Ltd. als betroffene Gesellschaft in einem Verfahren nach dem URG berechtigt. Und der Antrag auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens nach § 1 Abs. 1 URG könne nur vom Unternehmen gestellt werden, das der Reorganisation bedarf.<sup>(35)</sup>

Mit seiner 35%igen Beteiligung an der UK Ltd. sei der Arbeitsgesellschaftler möglicherweise zwar im Sinne des Unternehmerbegriffs nach § 1 Abs. 2 KSchG als „Unternehmer“ anzusehen, für die Unternehmerqualifikation eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters sei es aber erforderlich, dass dieser die Mehrheit der Geschäftsanteile oder zumindest 50 % hiervon halte; eine geringere Beteiligung ohne gesellschaftsvertraglich eingeräumte Sperrminorität verschaffe dem Gesellschafter typischerweise keinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung.<sup>(36)</sup> Im vorliegenden Fall, so das OLG Wien, sei aber nicht die Unternehmereigenschaft nach § 1 UGB maßgeblich, sondern es gehe darum, ob ein Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 1 URG der Reorganisation bedarf. Unter den Unternehmerbegriff nach § 1 UGB (den das OLG Wien also offenbar doch als wesentlich ansieht) fallen aber bei Kapitalgesellschaften weder die Gesellschafter noch die gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter.<sup>(37)</sup>

Im eigenen Namen sei der Arbeitsgesellschaftler daher nicht zur Antragstellung nach §§ 1, 4 URG legitimiert. „*Dass ein solcher Antrag von der ... [UK Ltd] nicht gestellt wurde, ist im Rekursverfahren nicht mehr strittig*“, erklärte

(33) Vgl. *Feltl*, Der Director der englischen Limited (2008) 55 und 93; *Ebert/Levedag* in *Süß/Wachter*, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts<sup>2</sup> (2011) 775; *Silberberger*, Die britische Limited im Einsatz in Deutschland und Österreich<sup>2</sup> (2007) 20.

(34) Nach Ansicht des OLG Wien (gestützt auf *Feltl*, Director, 93 ff.; *Ebert/Levedag* in *Süß/Wachter*, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts<sup>2</sup>, 775 [Rz. 514]) besteht eine durch Delegation eingeräumte Einzelvertretungsbefugnis nur mit dem Inhalt und in den Grenzen dieser Ermächtigung.

(35) Das OLG Wien nennt als Quellen für diese Ansicht: *Mohr*, URG (1997) § 1 Anm. 4 und § 3 Anm. 1; *Lichtkoppeler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung (2010) 184; *Jenatschek* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009) § 1 URG Rz. 17; *Mohr*, Der Ministerialentwurf des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 1997, ZIK 1996, 194 (199). Meines Erachtens lässt sich aber aus keiner einzigen dieser Fundstellen ableiten, dass eine besondere Vertretungsbefugnis erforderlich wäre, oder gar, dass interne Vertretungsbeschränkungen maßgeblich wären; alle obigen Autoren stellen erkennbar bloß darauf ab, dass Dritte nicht zur Antragstellung legitimiert sind, und zwar insbesondere keine Gläubiger (*Mohr*, URG, § 4 Abs. 1 Satz 2; siehe auch die ErlRV 734 BlgNR 20. GP).

(36) OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11h; vgl. RIS-Justiz RS0121109.

(37) Vgl. *Artmann/Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I<sup>4</sup> (2010) § 1 Rz. 12, 16; *Straube* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup>, § 1 Rz. 10, 26 – jeweils m. w. N.

das OLG Wien hierzu.<sup>(38)</sup> Ob der Arbeitsgesellschafter als *director* im Namen der UK Ltd. „i. S. d. § 69 Abs. 4 IO ohne Zustimmung des weiteren Geschäftsführers zur Antragstellung berechtigt wäre“, könne daher dahingestellt bleiben, schloss das OLG Wien seine Ausführungen. Der ordentliche Revisionsrekurs wurde gemäß § 528 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 17 URG zugelassen, weil eine Rechtsprechung des OGH zur Frage der Antragslegitimation nach §§ 1, 4 URG nicht vorliegt. Wegen seiner knappen Mittel und weil die anderweitige Erledigung des Konflikts zwischenzeitlich in Reichweite war,<sup>(39)</sup> beschritt der Arbeitsgesellschafter nicht den Weg zum OGH; es wäre meines Erachtens freilich ziemlich spannend gewesen, wie dieser entschieden hätte. Da das Unternehmenswohl im Vordergrund des URG steht, hätte der OGH meines Erachtens eine § 69 Abs. 4 IO nachgebildete Antragslegitimation wohl bejaht und damit jedem auch nur kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer die Einleitung einer Unternehmensreorganisation gestattet, wenn die wirtschaftlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen.

### 6. CONCLUSIO

Erreicht man in einem Gesellschafterstreit eine Pattsituation oder muss man eine unmittelbar drohende Gefahr in Form von Maßnahmen eines dominierenden Mitgesellschafter abwenden, bietet sich in manchen Konstellationen aus Sicht des Schwächeren die Einleitung eines Unternehmensreorganisationsverfahrens an. Wenn

auch in der Praxis so gut wie totes Recht,<sup>(40)</sup> stellt das URG ein praktisches Werkzeug dar, um Governance-Themen und strategische unternehmerische Entscheidungen auf einer alternativen Plattform und unter Einschaltung von Externen (Richter, Reorganisationsprüfer) zumindest zu besprechen und sich neu zu positionieren. Für den Prüfer sollte man allerdings Reserven in der „Kriegskasse“ haben und auch für die bei erfolgreicher Einleitung folgende Phase der intensiven Verhandlung und Planung ausreichend Ressourcen einkalkulieren: Werden auftragene Kostenvorschüsse nicht erlegt und/oder mangelt es an der gebotenen Mitwirkung, hat das Gericht das Reorganisationsverfahren einzustellen. Wenn die strategischen Ziele bis dahin erreicht sind, sollte das kein Problem sein; wenn nicht, könnte dies sich auf allfällige insolvenzrechtliche Fortbestandsprognosen niederschlagen.

Sind Sie hingegen in der Rolle des kontrollierenden Gesellschafter und möchten Sie einen „Befreiungsschlag“ ihres Mitgesellschafter/Geschäftsführers unterbinden, achten Sie besonders darauf, die Vertretungsbefugnis förmlich zu beschränken. Kontrollieren Sie den Gesellschaftsvertrag und stellen Sie sicher, dass auch für Reorganisationsmaßnahmen ein Zustimmungsvorbehalt besteht, über den Sie entscheiden können. Sollte Ihr Mitgesellschafter zur Vertretung befugt sein, sorgen Sie rechtzeitig für Weisungen und gegebenenfalls einen Widerspruch gemäß § 21 Abs. 2 GmbHG (oder vergleichbaren Normen).

(38) Was ein wenig verwunderlich (um nicht zu sagen: aktenwidrig) ist, weil im gesamten Verfahren als Antragstellerin die UK Ltd., diese vertreten durch den Arbeitsgesellschafter, und dieser vertreten durch seinen Rechtsanwalt, auftrat.

(39) Einmal mehr zeigt sich jedenfalls, dass ein Gerichtsverfahren sehr oft wohl ein Mittel zum Zweck sein kann, aber niemals zum wirtschaftlichen Hauptzweck eines Vorhabens gemacht werden sollte.

(40) Seit Inkrafttreten des URG im Jahr 1998 bis Ende des Jahres 2012 gab es gerade einmal 8 (!) URG-Verfahren (1998: 2; 2001: 3; 2004: 1; 2005: 1; 2012: 1) – Quelle: Betriebliches Informationssystem der Justiz.



**Reger/Nordmeyer/Hacker/Kuroki**  
Band 1, 4., bearb. Aufl. 2013, 1.000 Seiten, geb.  
ISBN 978-3-7073-0963-8  
EUR 158,-

## Die Neuauflage des Standardkommentars

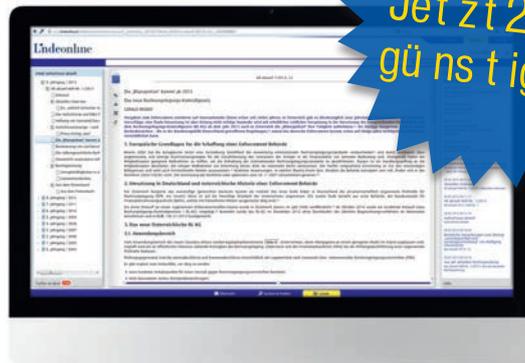
von Reger/Nordmeyer/Hacker/Kuroki!

Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise inkl. 10 % MwSt.

# aufsichtsrat aktuell- Halb JaHr eSabo

inklusive **Onlinezugang**  
und **app** zum Heft-download

**Aktion**  
Jetzt **20%**  
günstiger!



## BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**Aufsichtsrat aktuell-Halbjahresabonnement 2013 inkl. Onlinezugang  
und App** (10. Jahrgang 2013, Heft 4-6)

**EUR 54,40**  
(Jahresabo 2013 EUR 136,-)

**Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten.** Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma  Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort  E-Mail

Telefon (Fax)  Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Wien Ges.m.b.H.  
Scheydgasse 24,  
PF 351, 1210 Wien  
Tel: 01 24 630-0,  
Bestellen Sie online unter  
**www.lindeverlag.at**  
oder via E-Mail an  
**office@lindeverlag.at**  
oder per Fax  
**01/24 630-53**