

# Erstes Kapitel

## Rechtsfolgen der Firmenbucheintragung – Grundsätzliches zur Mitgliedschaft

Mit der Eintragung im Firmenbuch ist die Gesellschaft auch nach außen entstanden; in ihrem werbenden Stadium als wichtigster Phase im Leben einer GmbH ist sie unbeschränkt rechtsfähig. Es entstehen aber auch wechselseitige Rechte sowie Pflichten zwischen der GmbH einerseits und den Gesellschaftern andererseits sowie zwischen diesen untereinander. Was diese Mitgliedschaftsrechte im Einzelnen bedeuten, ist Gegenstand dieses ersten Kapitels. Auf Grund ihrer großen Bedeutung wird auch die gesellschaftliche Treuepflicht anhand von mehreren praktischen Beispielen dargestellt.

### Inhalt

|        |   |    |
|--------|---|----|
| 1.     | <b>Einführung</b> .....   | 2  |
| 2.     | <b>Die Rechtsverhältnisse nach der Eintragung im Firmenbuch</b> .....         | 7  |
| 3.     | <b>Was bedeutet es, Gesellschafter einer GmbH zu sein?</b> .....              | 10 |
| 3.1.   | Einführung .....  | 10 |
| 3.2.   | Mitgliedschaftsrechte .....   | 15 |
| 3.2.1. | Einführung .....  | 15 |
| 3.2.2. | Sonderrechte .....  | 16 |
| 3.2.3. | Gewinnbezugsrecht .....   | 17 |
| 3.2.4. | Informationsrechte der Gesellschafter .....                                   | 18 |
| 3.2.5. | „Gemeinsam oder einsam ...“ – die abgestimmte Ausübung des Stimmrechtes ..... | 26 |
| 3.3.   | Einzelne Pflichten der Gesellschafter .....                                   | 35 |
| 3.3.1. | Treuepflichten .....  | 35 |
| 3.3.2. | Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen .....                             | 39 |
| 3.3.3. | Wettbewerbsverbot für GmbH-Gesellschafter? .....                              | 40 |

# 1. Einführung

1/1 **Wie ein Mensch verschiedene Lebensphasen hat, so verhält es sich auch mit einer GmbH.** In der nachfolgenden Übersicht wird dieser Lebenszyklus kurz dargestellt.<sup>1</sup>

## Checkliste Der Lebenszyklus einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung



1 Zu den Lebensphasen einer GmbH vgl umfassend *Fritz, Die GmbH in der Praxis* (2007) Rz 79 ff.

2 Für den Übergang von Rechten und Pflichten auf die GmbH bedarf es einer ausdrücklichen vertraglichen Übernahme. Vgl hierzu etwa OGH 4.3.2013, 8 Ob 100/12g = ecolex 2013/218 = GES 2013, 188 = AnwBl 2013/09, 473.

Der ungemein facettenreichen Themenkomplex „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ wurde zweigeteilt: Im Praxishandbuch *Wie gründe ich eine GmbH richtig?* beginne ich sehr früh, nämlich mit **Fragen**, die nur am Rande dem eigentlichen Gründungsprocedere zuzuordnen sind:

- Welche Ziele sollen mit der beabsichtigten Gesellschaftsgründung verfolgt werden?
- Muss es überhaupt eine GmbH sein oder gibt es sinnvolle Rechtsformalternativen?
- Bleibe ich alleine oder verwirkliche ich meinen Traum (?) von der Selbstständigkeit mit Partnern?
- Wer sind geeignete Mitgesellschafter?
- Wie sollen die Beteiligungsverhältnisse geregelt werden?
- Wie schnell wird uns der Markteintritt gelingen? Oder: Was ist unsere *Unique Selling Proposition* (einzigartiger Verkaufsvorteil)? Auf Deutsch: Wo sind wir besser als andere, warum sollen die potenziellen Kunden ausgerechnet zu uns kommen?

Der geschätzte Leser wird sich vorstellen können, dass bei rund 8.000 GmbH-Gründungen jährlich – durch die GmbH-Reform (?) des vergangenen Jahres sollen noch etwa eintausend dazukommen – nicht in allen Fällen die oben genannten Fragen (und natürlich auch andere) beantwortet werden. Wozu auch? Es könnte ja unbequem sein!

*Wie gründe ich eine GmbH richtig?* endet mit der **Firmenbucheintragung** und dem Vorliegen sämtlicher Genehmigungen. In den meisten Fällen ist das die rechtswirksame Beantragung einer Gewerbeberechtigung. Und genau hier beginnt das vorliegende Werk: Die Gesellschaft ist im Firmenbuch eingetragen und alle für die Geschäftstätigkeit erforderlichen Genehmigungen sind vorhanden. Die GmbH befindet sich im sog *werbenden Stadium* – in den allermeisten Fällen (zum Glück) bildet dies die längste Phase in ihrem Leben.

### Checkliste Was ist eine GmbH eigentlich?

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist

- eine aus einem oder mehreren Gesellschafter(n) bestehende
- juristische Person und
- Kapitalgesellschaft<sup>3</sup>
- mit eigener Rechtspersönlichkeit,
- deren Gesellschafter mit Einlagen
- auf das in Anteile („Stammeinlagen“) zerlegte Stammkapital beteiligt sind,
- ohne den Gläubigern der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten persönlich zu haften.

<sup>3</sup> Im Vergleich zu einer Aktiengesellschaft ist die GmbH wesentlich stärker personalistisch geprägt. Dies zeigt sich vor allem in der sehr intensiven Einbindung der Gesellschafter in Entscheidungsfindungsprozesse sowie in deren weitreichenden Möglichkeiten der Mitwirkung an der Geschäftsführung.

- 1/5 Wie ein **Mensch** besitzt auch eine GmbH **Rechtsfähigkeit**.<sup>4</sup> Als juristische Person kommen ihr selbständige Rechte und Pflichten als Außengesellschaft zu. Sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben. Eine GmbH ist rechts- und parteifähig und somit auch insolvenzfähig. Im Gegensatz zu ihrer selbständigen Rechtsfähigkeit ist die GmbH jedoch nicht von sich aus handlungsfähig; hierfür benötigt sie immer zumindest einen Geschäftsführer<sup>5</sup>. Rechtsfähigkeit erlangt die GmbH erst mit der Eintragung im Firmenbuch (§ 2 Abs 1); sie ist nunmehr (endgültig) Trägerin von Rechten und Pflichten. Der Vergleich mit einem volljährig gewordenen Erwachsenen liegt auf der Hand: Zum Zeitpunkt des **18.** Geburtstages eines jungen Menschen kann die weitere persönliche Entwicklung zwar erahnt werden, doch steht sie keinesfalls im Vorhinein fest. Manches Überraschende wird passieren.
- 1/6 Genauso ist es auch bei einer GmbH: Eine Vielzahl von Geschäftsfällen ist abzuwickeln und rechtliche sowie wirtschaftliche **Aufgabenstellungen** sind zu lösen. Darunter fallen insbesondere
- Rechtsbeziehungen zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern, insbesondere auch der überaus komplexe Bereich der verdeckten Ausschüttungen bzw unzulässigen Einlagenrückgewähr;
  - die Aufstellung des Jahresabschlusses;
  - die professionelle Abwicklung von Generalversammlungen;
  - die Abtretung von Geschäftsanteilen und allfällige Enthftung ausscheidender Gesellschafter für Verbindlichkeiten gegenüber Dritten;
  - Änderungen in der Geschäftsführung;
  - allfällige Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern;
  - die Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmenserfolg;
  - die Bewältigung einer wirtschaftlichen Krise durch geeignete Sanierungsmaßnahmen.
- 1/7 Ein wesentliches Merkmal einer GmbH ist das **Trennungsprinzip** zwischen ihr als Körperschaft und ihren Gesellschaftern. Die GmbH ist als juristische Person gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt. Das Gesellschaftsvermögen ist daher vom Vermögen der Gesellschafter zu trennen (§ 61 Abs 1). Das Vermögen der GmbH ist mit jenem der Gesellschafter nicht identisch. Das (feste) Stammkapital bleibt von einem Gesellschafterwechsel unberührt und kann nur durch einen Generalversammlungsbeschluss geändert werden. Eine unzulässige *Vermischung* des Gesellschaftsvermögens mit dem Privatvermögen der Gesellschafter zum offensichtlichen Schaden der Gläubiger hat einen **Haftungsdurchgriff** zur Folge haben<sup>6</sup>. Ein

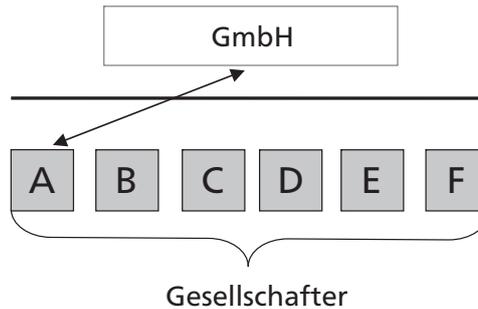
4 Eine Einschränkung ihrer Rechtsfähigkeit betrifft die GmbH nur insoweit, als sie nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, welche ausschließlich natürlichen Personen zukommen können; dazu gehören insbesondere familienrechtliche Berechtigungen. Vgl hierzu weiterführend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 61 Rz 24.

5 Mangels selbständiger Handlungsfähigkeit kann etwa die Gesellschaft für sich selbst keine wirksamen Prozesshandlungen setzen; vgl hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG (2014) § 61 Rz 19.

6 OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 = ecorex 2004/444 = AnwBl 2006/03, 123.

Gesellschafter ist nur dann Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 2 KSchG, wenn er zumindest mit 50% an der GmbH beteiligt ist<sup>7</sup>.

### Übersicht Das Trennungsprinzip als Organisationsmerkmal einer GmbH



Das bisher Gesagte gilt grundsätzlich für alle GmbHs. Trotzdem ist GmbH nicht 1/8 gleich GmbH: Im werbenden Stadium können gegenwärtig drei Erscheinungsformen auftreten, die sich im Hinblick auf den Zeitpunkt ihrer Gründung, das Stammkapitalerfordernis sowie die Mindestkörperschaftsteuer voneinander unterscheiden<sup>8</sup>.

### Checkliste Gründungszeitraum einer GmbH und die praktischen Folgen

| Gründungszeitraum  | vor dem 1.7.2013, seit dem 1.3.2014 | 1.7.2013 bis 28.2.2014 | seit dem 1.3.2014                         |
|--|-------------------------------------|------------------------|---|
| Mindeststammkapital  | 35.000 €                            | 10.000 €               | 35.000 €                                  |
| Stammkapitalerfordernis anlässlich der Gesellschaftsgründung | mindestens 35.000 €                 | mindestens 10.000 €    | mindestens 10.000 € („Gründungsprivileg“) |
| Mindest(bar)einzahlung bei Gründung                          | mindestens 17.500 €                 | mindestens 5.000 €     | mindestens 5.000 €                        |
| Stammkapitalerhöhung erforderlich?                           | nein                                | ja                     | ja  |

7 OGH 24.4.2012, 2 Ob 169/11h = GES 2012, 304 = JBl 2012, 524 = ÖBA 2012/1838 (P. Bydlinski). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Minderheitsgesellschafter, zu dessen Gunsten im Gesellschaftsvertrag keine Sperrminorität vereinbart ist, Verbrauchereigenschaft im Sinne der Konsumentenschutzgesetzes zukommt.

8 Vgl hierzu weiterführend Moser, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbH-Gesetz, GES 2014/3, 103 (108).

## Erstes Kapitel

| Gründungszeitraum                                   | vor dem 1.7.2013, seit dem 1.3.2014 | 1.7.2013 bis 28.2.2014                                   | seit dem 1.3.2014   |
|---|-------------------------------------|--|---|
| Spätester Termin für die Erhöhung des Stammkapitals | entfällt                            | 1.3.2024   | Innerhalb von längstens 10 Jahren ab Eintragung im Firmenbuch |
| Mindestkörperschaftsteuer                           | 1.750 € pa                          | 5 Jahre ab Gründung:<br>6.–10. Jahr:<br>ab dem 11. Jahr: | 125 € pro Quartal<br>250 € pro Quartal<br>1.750 € pa          |

1/9 Ein ehemaliger österreichischer Bundeskanzler würde sagen: *Alles sehr kompliziert*. Ist es auch, vor allem jedoch nicht zwangsläufig. Warum dies so ist, kann in einem Praxisbuch nur ganz kurz aufgezeigt werden: Einem europäischen Trend folgend wurde mit dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013<sup>9</sup> das Stammkapital von 35.000 € auf 10.000 € herabgesetzt. So weit, so gut oder schlecht, jedenfalls ungemein kontrovers diskutiert<sup>10</sup>. Der Gesetzgeber hatte zwei Dinge nicht bedacht: Durch das geringere Mindeststammkapital (auf welches viele Unternehmensgründer *gierig* zugegriffen haben) hat sich auch die Bemessungsgrundlage für die Mindestkörperschaftsteuer reduziert<sup>11</sup>. Dazu ist gekommen, dass unerwartet viele wirtschaftlich gesunde GmbHs ihr Stammkapital von 35.000 € auf 10.000 € herabgesetzt haben und über den Herabsetzungsbetrag im Verhältnis ihrer übernommenen Stammeinlagen steuerfrei verfügen konnten. Jedenfalls hat der Gesetzgeber mit dem Abgabenänderungsgesetz 2014<sup>12</sup> wiederum zurückgerudert und das Stammkapital auf – an sich – 35.000 € festgelegt. Um sich aber nicht völlig zu blamieren, wurde die sog *gründungsprivilegierte GmbH* geschaffen<sup>13</sup>.

**Rz 1/10 einstweilen frei.**

9 Vgl hierzu GesRÄG 2013 BGBl I 2013/109.

10 Da waren einige ausgesprochene *Reißer* dabei: Vgl zB die APA-Meldung vom 22.3.2013, Schwarzer Tag für die österreichische GmbH; *Krejci*, GmbH-Reform öffnet Türe weit zum Missbrauch, Die Presse vom 22.4.2013; *ders*, Zum Entwurf eines GesRÄG 2013, GES 2013, 171 ff.

11 Vgl hierzu ausführlich *Fritz*, Die Highlights aus dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013, SWK 20/21/2013, 949 ff.

12 Vgl hierzu AbgÄG 2014 BGBl I 2014/13.

13 Stellvertretend für mehrere *Schuschnigg*, Die Änderungen im GmbH-Gesetz, SWK 8/2014, 413 ff; *Fida/Pflug*, Die vereinfachte Gründung einer GmbH, SWK 10/2014, 508 ff; *Fritz-Schmied/Kanduth-Kristen*, Bilanzielle Abbildung des Stammkapitals einer GmbH mit Gründungsprivilegierung, SWK 12/2014, 591 ff.

## 2. Die Rechtsverhältnisse nach der Eintragung im Firmenbuch

Mit der Eintragung wird aus der Vor-GmbH eine juristische Person und ein *Unternehmer*<sup>14</sup>. Die Gesellschaft verliert nicht ihre (bisherige) Identität. Sämtliche Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft sind nunmehr solche der GmbH, ohne dass eine besondere Übertragung von Rechten oder eine Übernahme von Verbindlichkeiten erforderlich ist<sup>15</sup>. Im Regelfall endet jede persönliche **Außenhaftung** der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft<sup>16</sup>.

Von dem im Gesetz ausdrücklich verankerten Grundsatz, dass „für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet“ (§ 61 Abs 2), haben sich im Laufe der Zeit einige wesentliche Ausnahmen herauskristallisiert, die allesamt durch die Lehre und Rechtsprechung aus Gründen des Gläubigerschutzes geschaffen wurden<sup>17</sup>.

### Praxishinweis Wann haften Gesellschafter?

Eine Haftung der Gesellschafter für GmbH-Verbindlichkeiten besteht ausnahmsweise

- a. in Form einer Insolvenzverschleppungshaftung des Mehrheitsgesellschafters, wenn die Gesellschaft über keinen Geschäftsführer verfügt und dessen Bestellung nicht erfolgt;
- b. im Falle eines kridaträchtigen Verhaltens<sup>18</sup>;
- c. bei einer qualifizierten materiellen Unterkapitalisierung:  
Eine qualifizierte Unterkapitalisierung ist dann anzunehmen, wenn
  - eine eindeutige, für die Gesellschafter erkennbare,
  - unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft vorliegt,
  - deren Misserfolg zu Lasten der Gläubiger
  - bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher,
  - das gewöhnliche Geschäftsrisiko mit deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist<sup>19</sup>;

14 Die Gesellschaft ist *Unternehmer kraft Rechtsform* (§ 2 UGB) und unterliegt damit den unternehmensrechtlichen Bestimmungen unabhängig davon, ob ihr Zweck auf die Ausübung eines gewerblichen Geschäftsbetriebes ausgerichtet ist oder nicht.

15 Etwaige Prozesse der Vorgesellschaft laufen als Prozess der GmbH weiter; es ist nur die Parteienbezeichnung zu berichtigen, sofern sie bisher den Zusatz „in Gründung“ geführt hat. Stand die Vorgesellschaft als Grundstückseigentümerin im Grundbuch, so ist auch insoweit lediglich die Bezeichnung zu berichtigen.

16 Die Haftung der Gesellschafter setzt sich als *Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung* im Innenverhältnis fort, die Handelndenhaftung erlischt, wenn sich der Normzweck des § 2 mit der Eintragung erledigt. Die Haftung der eingetragenen GmbH und der Wegfall der Haftung der Handelnden sowie der Gründer setzen allerdings Identität der eingetragenen GmbH mit jener der Vorgesellschaft voraus.

17 Vgl hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHHG (2014) § 61 Rz 46.

18 Ein GmbH-Gesellschafter, der für einen Gesellschafterbeschluss stimmt, mit welchem dem Geschäftsführer die Unterlassung des pflichtgemäß gebotenen Insolvenzantrages aufgetragen wird, haftet [...] (OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90 = *ecolex* 1993, 168 = *RdW* 1993, 75 = *AnwBl* 1993, 377 = *SZ* 65/155; OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86 = *SZ* 59/132 = *JBl* 1986, 713 = *GesRZ* 1987, 46 = *RdW* 1986, 336).

19 Vgl hierzu OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k = *ecolex* 2010, 577 = *ZIK* 2010, 77 = *ASoK* 2010, 200; OGH 15.12.1994, 8 Ob 629/92 = *EvBl* 1995/144 = *ecolex* 1996, 605. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen sind bei der Feststellung materieller Unterkapitalisierung grundsätzlich zu berücksichtigen.

- d. im Falle der Betätigung als faktischer Geschäftsführer;
- e. im Falle einer pflichtwidrigen Beherrschung;
- f. bei Missbrauch der Organisationsfreiheit<sup>20</sup> oder der Rechtsform<sup>21</sup>;
- g. im Falle einer Vermögensvermischung<sup>22</sup>;
- h. bei Überbewertung einer anlässlich der Gesellschaftsgründung oder durch Kapitalerhöhung geleisteten Sacheinlage<sup>23</sup>.
- i. im Falle schädigender, sorgfaltswidriger Weisungen gegenüber der GmbH-Geschäftsführung<sup>24</sup>;
- j. für die Weisung an die Geschäftsführung einer prüfungspflichtigen Gesellschaft, einen Antrag auf Eröffnung eines Unternehmensreorganisationsverfahrens zu unterlassen (§ 25 URG);
- k. für existenzvernichtende Eingriffe in die GmbH zu Lasten der Gläubiger<sup>25</sup>;
- l. im Falle einer grob schuldhaft beantragten Sonderprüfung sowie Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, ohne dass hierfür der geringste Anlass besteht.
- j. bei Abgabe von Erklärungen, die besonderes Vertrauen in die Bonität der Gesellschaft bewirken sollen.<sup>26</sup>

**1/13** Die unter **c.** bis **g.** angeführten Fälle werden gemeinhin als **Durchgriffshaftung** bezeichnet. Darunter wird die Durchbrechung des Trennungsprinzips zwischen dem Vermögen der GmbH und jenem der Gesellschafter in besonderen **Ausnahmefällen** verstanden, in denen Gläubiger in geradezu eklatanter Weise geschädigt werden<sup>27</sup>. Darüber hinaus haften die Gesellschafter für den Abgang am Stammkapital, der durch eine **unzulässige Einlagenrückgewähr** verursacht wurde, die weder von ihrem Empfänger noch von den solidarisch haftenden Geschäftsführern rückerstattet wird<sup>28</sup>.

- 20 Darunter wird die *künstliche Aufspaltung* eines einheitlichen Unternehmens in zahlreiche Gesellschaften verstanden, um diese in der Folge vorsätzlich als Risikoträger zu missbrauchen. Vgl hierzu weiterführend *Aicher/Kraus in Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2010) § 61 Rz 69, *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>* (2007) § 61 Rz 37, *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG (2014) § 61 Rz 88.
- 21 Vgl hierzu OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k = ecolex 2010, 577 = ZIK 2010, 77 = ASoK 2010, 200; OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 (*Harrer*) = RWZ 2004, 366 (*Wenger*) = ÖZW 2005, 21 (*Artmann*)
- 22 Als (haftungsrechtlich relevante, aber per se nicht unzulässige) Vermögensvermischung wird jener offenkundig *willkürlich herbeigeführte* Fall angesehen, bei welchem eine buchmäßige Trennung zwischen dem Vermögen der GmbH und jenem des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters nicht (mehr) möglich ist.
- 23 Im Falle einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Überbewertung einer Sacheinlage haften alle Gesellschafter als Solidarschuldner.
- 24 Vgl hierzu insbesondere OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w = RdW 2001/505, 469 = ecolex 2003/142, 347 = SZ 64/65.
- 25 Notwendige Voraussetzungen für die Existenzvernichtungshaftung sind die Insolvenz der GmbH und die Verwendung des zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens für gesellschaftsfremde Zwecke. Vgl hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG (2014) § 61 Rz 89 f.
- 26 OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b = wbl 2004, 486 = ZiK 2004, 179 = ecolex 2004, 951 = GesRZ 2004, 379 (*Harrer*) = SZ 2004/63 = RWZ 2004, 366 (*Wenger*) = GeS 2005, 19 (*Fantur*).
- 27 Den gelehrten Österreicher wird es nicht überraschen, dass die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelte Durchgriffshaftung mit einer Vielzahl von (Beurteilungs-)Problemen (Wann liegt sie vor, wann nicht?) verbunden sein kann. In diesem Praxiswerk kann daher nicht einmal ansatzweise an eine nähere Darstellung dieser Materie erfolgen. Vgl jedoch hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg) GmbHG (2014) § 61 Rz 68 ff.
- 28 Vgl hierzu im Detail Rz 4/439.

### Checkliste Vermeidung unerwünschter (finanzieller) Folgen für GmbH-Gesellschafter

Wenn man jetzt versucht ist, ein *Sicherheitspaket* für GmbH-Gesellschafter zu schnüren, auf dessen Grundlage auch in rechtstheoretischer Hinsicht *nichts passieren* kann, so sind folgende Kriterien zu beachten:

- Volleinzahlung aller Stammeinlagen durch sämtliche Gesellschafter<sup>29</sup>;
- Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung zur Leistung von Nachschüssen;
- nicht gegen die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens stimmen;
- Änderungen des Gesellschaftervertrages entweder einstimmig oder mit Zustimmung des betreffenden Gesellschafters beschließen;
- kein kridaträchtiges Verhalten in der Generalversammlung setzen;
- keine bewusste qualifizierte materielle Unterkapitalisierung der Gesellschaft, welche die Gläubiger gefährdet;
- keine Vornahme fremdüblicher Zahlungen oder sonstiger Vorteilsgewährungen an Gesellschafter (oder diesen nahestehende Personen), die als unzulässige Einlagenrückgewähr qualifiziert werden könnten;
- keine Bürgschaftsübernahmen für GmbH-Verbindlichkeiten, die zu einer rechtsgeschäftlichen Haftung des betreffenden Gesellschafters führen;
- kein Missbrauch der Organisationsfreiheit;
- keine Verletzung des Prinzips der Trennung des Vermögens der Gesellschaft von jenem der Gesellschafter;
- kein Handeln in der Vor(gründungs)gesellschaft;
- Vorhandensein so vieler Geschäftsführer, dass eine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft gewährleistet ist;
- höheres Stammkapital als das Mindestkapital von 35.000 €<sup>30</sup>;
- keine faktische Geschäftsführung durch einen Gesellschafter.

**Rz 1/14 bis Rz 1/20 einstweilen frei.**

29 Ist dieses Kriterium gegeben, so ist der betreffende Gesellschafter *viele Sorgen* – insbesondere im Hinblick auf die Haftungsvorschrift des § 70 – sprichwörtlich los. Kann eine Stammeinlage weder von dem (den) Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteiles gedeckt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen (sog *Ausfallhaftung* gemäß § 70). Von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangende Beiträge werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die Übrigen verteilt.

30 Es dürfte dem Insolvenzverwalter einer GmbH schwerfallen, eine qualifizierte materielle Unterkapitalisierung bei einem Stammkapital, welches höher als das gesetzliche Mindestkapital ist, zu behaupten.