

A. Wesensmerkmale, Lebensphasen und innere Organisation einer GmbH

1. Begriff, Grundsätzliches

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine

- aus einem oder mehreren Gesellschaftern bestehende
- juristische Person und
- Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Anteile („Stammeinlagen“) zerlegte Stammkapital¹ beteiligt sind, ohne den Gläubigern der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten persönlich zu haften.

Wie ein Mensch besitzt auch eine GmbH **Rechtsfähigkeit**.² Als juristischer Person kommen ihr selbständige Rechte und Pflichten als Außengesellschaft zu. Sie kann Eigentum sowie andere dingliche Rechte an (un)beweglichen Gegenständen, Forderungen und sonstigen Rechten begründen.³ Eine GmbH ist rechts- und parteifähig und somit auch insolvenzfähig; vor Gericht ist die Gesellschaft aktiv und passiv prozessfähig (§ 61 Abs 1). In das Gesellschaftsvermögen kann nur mit einem gegen die Gesellschaft gerichteten Titel vollstreckt werden. Im Gegensatz zu ihrer selbständigen Rechtsfähigkeit ist die GmbH jedoch nicht von sich aus handlungsfähig; hierfür benötigt sie immer zumindest einen Geschäftsführer.⁴

Volle Rechtsfähigkeit erlangt die GmbH erst mit der Eintragung im Firmenbuch (§ 2 Abs 1); sie ist nunmehr (endgültig) Trägerin von Rechten und Pflichten.⁵ Der Vergleich mit einem volljährig gewordenen Erwachsenen liegt auf der Hand: Obwohl zum Zeitpunkt des 18. Geburtstages eines jungen Menschen die weitere persönliche Entwicklung zwar geahnt werden kann, so steht sie doch keinesfalls im Vorhinein fest. Manch Überraschendes wird passieren. Genauso ist es auch bei einer GmbH: eine Vielzahl von Geschäftsfällen ist abzuwickeln und rechtliche sowie wirtschaftliche **Aufgabenstellungen** sind zu lösen. Darunter fallen unter anderem

- die Abwicklung von Rechtsbeziehungen zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern, insbesondere auch im Hinblick auf die überaus komplexen Rechtsbereiche der (steuerlichen) verdeckten Ausschüttungen und (zivilrechtlichen) verbotenen Einlagenrückgewähr;
- die Aufstellung des Jahresabschlusses;

¹ Das Stammkapital dient der Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens. Da in der GmbH die persönliche (Erfolgs-)Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausgeschlossen ist, hat das Stammkapital eine Ersatzfunktion für ebendiese persönliche Haftung; vgl in diesem Sinne OGH 13.7.1995, 6 Ob 570/94 = NZ 1996, 240 = JBl 1996, 528 = SZ 68/129 = ecolex 1997, 99. Das Stammkapital gewährleistet anlässlich der Gründung der Gesellschaft ein *Mindestanfangsvermögen*. Im Übrigen ist das Stammkapital jedoch vom Gesellschaftsvermögen zu unterscheiden: Während das Stammkapital eine starre rechnerische Größe darstellt, ist das Gesellschaftsvermögen die einer laufenden Veränderung unterliegende Summe aller Vermögenswerte der Gesellschaft (*Berger in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG² [2024] § 4 Rz 21).

² Eine Einschränkung ihrer Rechtsfähigkeit betrifft die GmbH nur insoweit, als sie nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, welche (zwangsläufig) ausschließlich natürlichen Personen zukommen; dazu gehören insbesondere familienrechtliche Berechtigungen. Siehe hierzu im Detail *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 61 Rz 24.

³ *Pelinka in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG² (2024) § 61 Rz 7.

⁴ Mangels selbständiger Handlungsfähigkeit kann etwa die Gesellschaft für sich selbst keine wirksamen Prozesshandlungen setzen; vgl hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 61 Rz 19.

⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 2 Rz 28.

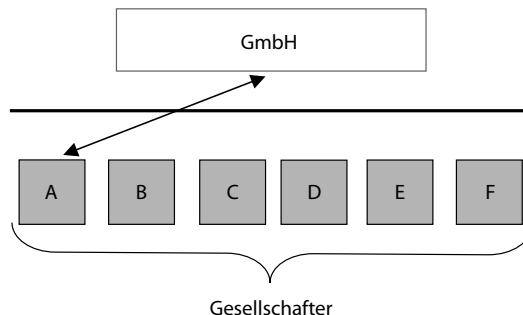
- die professionelle Durchführung von Generalversammlungen;
- die Abtretung von Geschäftsanteilen und allfällige Haftungsfreistellung ausscheidender Gesellschafter für Verbindlichkeiten gegenüber Dritten;
- Wechsel der Geschäftsführung;
- Änderungen im Stande der Gesellschafter sowie Verschiebung der Machtverhältnisse;
- die Lösung von Streitigkeiten zwischen Gesellschaftsorganen und innerhalb des Kreises ihrer Mitglieder;
- eine allfällige Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmenserfolg;
- die Bewältigung einer wirtschaftlichen Krise durch geeignete Sanierungsmaßnahmen.

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

5 **Rechtsgrundlage** für GmbHs ist das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG), RGBI 1906/58, zuletzt geändert durch BGBl I 2023/179. Im **Innenverhältnis** der GmbH, also in der Beziehung zu und unter den Gesellschaftern, der Rechtsstellung der Organe sowie der Organisation von Willensbildungsprozessen kennt das Gesetz nur wenige zwingende Regeln. Die daraus resultierende Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag individuell zu gestalten, erfordert klare Zielsetzungen unter Wahrung einer gesamtheitlichen unternehmerischen Betrachtungsweise.

2. Das Trennungsprinzip

6 Ein wesentliches (Organisations-)Merkmal einer GmbH ist das **Trennungsprinzip** zwischen ihr als Körperschaft und ihren Gesellschaftern, das sich grafisch wie folgt darstellen lässt:



7 Die GmbH ist als juristische Person gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt. Das Gesellschaftsvermögen ist daher vom Vermögen der Gesellschafter zu trennen (§ 61 Abs 1); es ist mit diesem auch nicht identisch.⁶ Das (feste) Stammkapital⁷ bleibt

⁶ Diese getrennte Rechts- und Vermögenssphäre besteht selbst in jenen Fällen, in denen an der Gesellschaft nur eine einzige Person beteiligt ist, welche die Geschäftsführung ausübt („Alleingesellschafter und einziger Geschäftsführer“). Vgl hierzu auch OGH 7.7.1983, 8 Ob 517/82; OGH 31.3.1977, 6 Ob 575/77 = EvBl 1977/240 = SZ 50/51 = NZ 1979, 8.

⁷ Zum Stammkapital in historischer/rechtspolitischer Hinsicht vgl *Kleinszig/Olechowski*, Das Stammkapital der GmbH – Rechtshistorischer Rückblick und aktuelle Anforderungen für die Rechtspolitik aus Anlass der Austrian Limited, GES 2023, 61.

A. Wesensmerkmale, Lebensphasen und innere Organisation einer GmbH

durch einen Gesellschafterwechsel unberührt und kann nur durch einen Generalversammlungsbeschluss geändert werden. Eine unzulässige *Vermischung* von Gesellschaftsvermögen mit dem Privatvermögen der Gesellschafter zum offensichtlichen Schaden der Gläubiger kann einen Haftungsdurchgriff zur Folge haben.⁸ Vorbehaltlich einer sonstigen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit sind GmbH-Gesellschafter keine Unternehmer.⁹

Als Folge des Trennungsprinzips werden gesellschafts- und schuldrechtliche Leistungsbeziehungen zwischen einer GmbH und ihren Gesellschaftern grundsätzlich anerkannt.¹⁰ Wesentliche **Voraussetzung** ist jedoch, dass dieser **Leistungsaustausch** zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt.¹¹ Von der steuerlichen Subjektfähigkeit der GmbH ist die **steuerliche Behandlung** der aus der Beteiligung der Gesellschafter resultierenden Vorgänge zu unterscheiden. Gesellschafter und GmbH sind zwei verschiedene Steuer-subjekte, die jeweils selbständig zur Ermittlung ihrer Einkünfte verpflichtet sind.¹²

3. Wirtschaftliche Bedeutung, praktische Eignung und Erscheinungsformen einer GmbH

In Österreich ist die GmbH – mit Ausnahme des nicht protokollierten Einzelunternehmens – die am meisten verbreitete und bevorzugte Rechtsform für Klein- und Mittelbetriebe. Etwa 60 % aller im Firmenbuch eingetragenen Rechtsträger betreffen die GmbH als Unternehmensform; sie nimmt eine Zwischenstellung zwischen echten Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften ein.¹³ Trotz ihrer körperschaftlichen Organisation lässt sie eine personalistische Gestaltung zu und zeichnet sich durch ihre Anpassungsfähigkeit an individuelle wirtschaftliche und organisatorische Bedürfnisse der jeweils beteiligten Personen aus. Das bedeutet für die Praxis: Es gibt zwar *Grundtypen* einer GmbH, trotzdem ist jede Gesellschaft – schon allein wegen den hinter ihr stehenden Eigentümern – anders.

Die **Anwendungsmerkmale** sowie rechtlichen und praktischen Gesichtspunkte einer GmbH lassen sich folgendermaßen charakterisieren:

- Die GmbH ist
 - eine Körperschaft und nach außen in Erscheinung tretende Kapitalgesellschaft;
 - personalistisch strukturiert und daher für Kleinunternehmen und Familiengesellschaften – unter der Voraussetzung, dass einige grundlegende Regeln beachtet werden – leicht administrierbar;
 - eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (dieser Umstand führt zu einer Verselbständigung der Rechtsform gegenüber ihren Mitgliedern);
 - unabhängig vom (Unternehmens-)Gegenstand der Gesellschaft immer Unternehmerin kraft Rechtsform (§ 2 UGB).

⁸ OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 = eclex 2004/444 = AnwBl 2006/03, 123; vgl hierzu auch Rz 17.

⁹ OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b = eclex 2007/214, 517 (*Leithenmair*) = GeS 2007, 240 = ZfRV-LS 2007/20 = wbl 2007, 444/199 (*Heidinger*) = RdW 2007/550, 529 = ÖBA 2007, 824/1441 (*Haas*) = JBI 2007, 660 = RZ 2007, 227 EU355 = SZ 2007/26; OGH 11.2.2002, 7 Ob 315/01a.

¹⁰ Die konsequente Trennung der Sphäre der GmbH von jener ihrer Gesellschafter hat ihre Grundlage in der Maßgeblichkeit der (zivilrechtlichen) Rechtsform für das Steuerrecht. Leistungsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern wirken sich aufgrund dieses Trennungsprinzips grundsätzlich wie Beziehungen zwischen fremden Personen aus, sodass sich aus der Verrechnung eine Gewinnrealisierung ergibt.

¹¹ Vgl hierzu weiterführend Rz 837 ff.

¹² Mit der Anknüpfung an die Rechtsformgrundsätze einer GmbH folgt das Körperschaftsteuerrecht dem zivilrechtlichen Trennungsprinzip. Zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern können alle Arten von Rechtsbeziehungen und Rechtsverhältnissen vereinbart werden, ohne dass in steuerlicher Hinsicht eine gemeinsame Behandlung erfolgt. Vgl hierzu auch Rz 822 f.

¹³ *Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis⁶ (2008) Rz 4.

- Die Gesellschaft
 - kann aufgrund ihrer „Zweckoffenheit“ zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden;¹⁴
 - haftet mit ihrem Vermögen den Gläubigern **unbeschränkt**;
 - kann von einer einzigen Person errichtet werden und während aller *Lebensphasen* nur einen Gesellschafter haben;
 - ist gekennzeichnet durch die Möglichkeit der **Drittorganschaft** (Geschäftsführer, die nicht an der Gesellschaft beteiligt sind);
 - muss ein Mindeststammkapital von 10.000 € haben;
 - zeichnet sich durch eine hohe Anpassungsfähigkeit an individuelle wirtschaftliche und organisatorische Bedürfnisse der beteiligten Personen aus.
- Die Gesellschafter
 - sind mit ihren Einlagen am in individuelle Geschäftsanteile zerlegten Stammkapital beteiligt (*übernommene Stammeinlage*);
 - müssen die von ihnen übernommenen Stammeinlagen anlässlich der Gesellschaftsgründung nicht zur Gänze bar einzahlen;
 - haben im Regelfall *nur* für die vollständige Leistung ihrer Stammeinlagen gegenüber der GmbH einzustehen;
 - haften nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft und umgekehrt;¹⁵
 - können den Gesellschaftsvertrag auch im Hinblick auf ihre wechselseitigen vermögenswerten Verpflichtungen beliebig ausgestalten;
 - sind berechtigt, physische Personen zu Geschäftsführer zu bestellen und durch einen Generalversammlungsbeschluss auch ohne Vorliegen wichtiger Gründe von dieser Organfunktion abzuberufen.

11 Das bisher Gesagte gilt grundsätzlich für alle GmbHs; trotzdem ist GmbH nicht 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.¹⁶

12 Mit dem GesRÄG 2023 wurde § 6 Abs 1 zweiter Satz insoweit geändert, als das **Mindeststammkapital** von 35.000 € auf 10.000 € **herabgesetzt** wurde, worauf zumindest 5.000 € bei der Gründung der Gesellschaft zu leisten sind (§ 10 Abs 1 zweiter Satz). Österreich hat mit dieser – im Übrigen sehr kontroversiell diskutierten – Herabsetzung des Mindeststammkapitals seine weltweite Spitzenposition in demokratischen Staaten verloren und befindet sich im europäischen Vergleich nunmehr im „Mittelfeld“ des gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisses.

4. Haftungssystem

13 Ein wesentlicher Grund für die Beliebtheit der GmbH ist der Rechtsformzusatz „**mit beschränkter Haftung**“; insoweit bestehen allerdings vielfach völlig falsche Vorstellungen, weil bei einer GmbH „niemand“ beschränkt haftet:

- Die Gesellschaft haftet als Trägerin des **unternehmerischen Risikos** mit ihrem gesamten Vermögen.

¹⁴ *Schmidsberger/Duursma in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 1 Rz 6.

¹⁵ Das Gesellschaftsvermögen ist als Sondervermögen zu betrachten; vgl hierzu OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03h = GesRZ 2004, 381 = ecollex 2004/444, 951 = GBU 2004/11/05 = AnWB 2006, 123.

¹⁶ Vgl hierzu weiterführend *Moser*, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbH-Gesetz, GES 2014/3, 103 (108); *Stanek in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) Anh § 10b: StR Rz 15 ff.

A. Wesensmerkmale, Lebensphasen und innere Organisation einer GmbH

- Im Falle einer dauernden Erfolglosigkeit der GmbH verlieren die Gesellschafter ihr in Form von Stammeinlagen übernommenes eingesetztes Kapital; ein solcher Kapitalverlust bedeutet jedoch nicht Haftung.
- Es gilt der Grundsatz der **Nichthaftung** eines redlichen Gesellschafters.
 - Eine Haftung besteht demnach nur in den im Gesetz genannten Fällen (die es allerdings *in sich haben!*).
- Sorgfältig handelnde Geschäftsführer haften nicht.
 - Sorgfalt bedeutet vor allem: Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Pflichten.
- Eine **sorgfaltswidrige Geschäftsführung** führt in jenen Fällen, in denen einem Dritten (das ist in erster Linie die Gesellschaft!¹⁷) ein Vermögensschaden entstanden ist und zwischen dem Schadenseintritt und dem rechtswidrigen Verhalten des Geschäftsführers ein kausaler Zusammenhang besteht, zu einer unbeschränkten solidarischen Haftung¹⁸ sämtlicher Geschäftsführer mit ihrem Privatvermögen.¹⁹

Aus der vorangeführten Charakteristik ergibt sich der wesentliche Unterschied zwischen der **verschuldensabhängigen Haftung** der GmbH-Geschäftsführung und der unbeschränkten und auch nicht beschränkbaren **Erfolgshaftung** von Einzelunternehmern, Gesellschaftern einer Offenen Handelsgesellschaft sowie Komplementären. Diese beiden völlig unterschiedlichen Haftungssysteme werden nachfolgend kurz dargestellt:

• **Beispiel 1**

Ein unternehmerisch tätiger Rechtsträger hat ein Vermögen von 900, der bei einem Dritten eingetretene Schaden beträgt 1.000. Erfolgshaftung bedeutet, dass ein Einzelunternehmen bzw der/die unbeschränkt haftende(n) Gesellschafter für die nicht durch das unternehmerische Vermögen gedeckte Differenz von 100 aufzukommen haben; dies gilt auch und gerade für den Fall, dass der kraft Gesetzes haftenden Person überhaupt kein Verschulden vorzuwerfen ist (Erfolgshaftung = Haftung für den Eintritt eines rechtswidrigen Erfolges, die kein Verschulden voraussetzt).

Unter der Voraussetzung, dass bei einer GmbH die Geschäftsführer am Schadenseintritt des Dritten kein Verschulden trifft oder sie nachweisen können, dass der Schaden auch ohne ihr rechtswidriges Handeln eingetreten wäre, erleidet der Geschädigte einen Vermögensausfall von 100. Diese (wirtschaftliche) Rechtsfolge hat der historische Gesetzgeber bei der Konzeption des GmbH-Gesetzes bewusst in Kauf genommen („*Wer mit einer GmbH kontrahiert, hat ein höheres Risiko zu tragen [...]*“). Es überrascht allerdings nicht, dass im Österreich des Jahres 2024 immer weniger geschädigte Dritte bereit sind, einen solchen aus einer Geschäftsbeziehung mit einer GmbH resultierenden Vermögensausfall sang- und klanglos zu akzeptieren.²⁰

Von dem im Gesetz ausdrücklich verankerten Grundsatz, dass „für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet“ (§ 61 Abs 2),

¹⁷ Vgl hierzu stellvertretend OGH 27.11.2018, 4 Ob 222/18b = RdW 2019/233, 307 = EvBI-LS = NZ 2019/34, 103 = eclex 2019/148, 337 (*Reich-Rohrwig*) = GES 2019, 76.

¹⁸ *Felt/Told* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 25 Rz 133.

¹⁹ Vgl hierzu stellvertretend für viele OGH 28.2.2018, 6 Ob 11/18p = GES 2018, 132 = wbl 2018, 410/129 = AnWB 2018/160, 493 = eclex 2018/316, 738 = RdW 2018/331, 427 = GesRZ 2018, 245 (*Zehentmayer*). Kommt es zur gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Geschäftsführer, so richtet sich der zwischen ihnen bestehende interne Regress nach dem jeweiligen Verursachungs-, Schuld- und Rechtswidrigkeitsanteil, im Zweifel aber nach Köpfen (§ 896 ABGB). Siehe auch OGH 30.5.2000, 1 Ob 118/00k = RdW 2001, 8.

²⁰ Exemplarisch hierzu etwa OGH 17.1.2024, 6 Ob 228/23g = GES 2024, 95: Ein schuldhaft handelnder Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft einer GmbH & Co KG haftet gegenüber einem Kommanditisten für Vermögensschäden bei Verletzung vertraglicher Pflichten, absolut geschützte Rechte, von Schutzgesetzen sowie im Fall einer deliktischen sittenwidrigen Schädigung seiner Vermögensbeteiligung an der Kommanditgesellschaft.

14

15

haben sich im Laufe der Zeit einige wesentliche Ausnahmen herauskristallisiert, die allesamt durch die Lehre und Rechtsprechung aus Gründen des Gläubigerschutzes geschaffen wurden.²¹

16

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;²²
- c. für einen faktischen Geschäftsführer;²³
- d. bei einer qualifizierten materiellen Unterkapitalisierung;²⁴
- e. im Falle einer pflichtwidrigen Beherrschung;
- f. bei Missbrauch der Organisationsfreiheit²⁵ oder der Rechtsform²⁶;
- g. im Falle einer Vermögensvermischung;²⁷
- h. bei Überbewertung einer anlässlich der Gesellschaftsgründung oder durch Kapitalerhöhung geleisteten Sacheinlage.²⁸

17

Die unter **d.** 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.²⁹ 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 Gesellschaftern rückerstattet wird.

²¹ Vgl hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 61 Rz 46.

²² „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).

²³ Siehe die detaillierten Ausführungen in Rz 684 ff.

²⁴ Eine qualifizierte Unterkapitalisierung ist dann anzunehmen, wenn eine eindeutige, für die Gesellschafter erkennbare unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft vorliegt, deren Misserfolg zu Lasten der Gläubiger sich bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko mit deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt (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). Vgl auch die Schlussfolgerungen des Höchstgerichts in OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b: „Schon die Gründung der GmbH mit dem Mindestkapital [...] sei ein gefahr begründendes Verhalten.“

²⁵ 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/Spendel in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (2023) § 61 Rz 69, *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³* (2007) § 61 Rz 37, *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 61 Rz 88.

²⁶ Vgl hierzu OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k = ecolex 2010, 577 = ZIK 2010, 77 = ASoK 2010, 200.

²⁷ Als (haftungsrechtlich relevante, aber per se nicht unzulässige) Vermögensvermischung wird jener offenkundig *willkürlich herbeigeführte* Fall angesehen, in welchem eine buchmäßige Trennung zwischen dem Vermögen der GmbH und jenem des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters nicht (mehr) möglich ist.

²⁸ Im Falle einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Überbewertung einer Sacheinlage haften alle Gesellschafter als Solidarschuldner. Vgl hierzu auch Rz 619.

²⁹ Stellvertretend für mehrere OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 = ecolex 2004/444 = AnwBl 2006/03, 123. Das Wesen der Durchgriffshaftung besteht im Ergebnis darin, dass auf die „Hintermänner“ zurückgegriffen werden kann. Ein umgekehrter Haftungsdurchgriff – also eine Haftung der GmbH für Schulden ihrer Gesellschafter – kommt daher nicht in Betracht (OGH 29.8.2017, 6 Ob 113/17m = GES 2017, 366 = ZFR 2017/294, 612 = wbl 2017, 660/210 = JAP 2017/2018/19, 167 [Rauter] = AnwBl 2018/37, 181 = RdW 2018/21, 24 = ecolex 2018/73, 156). Die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelte Durchgriffshaftung ist mit einer Vielzahl von (Beurteilungs-)Problemen verbunden (Wann liegt sie vor, wann nicht?), auf die in diesem SWK-Spezial aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann. Vgl jedoch hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 61 Rz 68 ff.

PRAXIS

Vermeidung unerwünschter (finanzieller) Folgen für GmbH-Gesellschafter

Bei einem abstrakten Versuch, ein *Sicherheitspaket* für GmbH-Gesellschafter zu schnüren, auf dessen Grundlage auch in rechtstheoretischer Hinsicht *nichts passieren* kann, sind folgende Kriterien zu beachten:

- Volleinzahlung aller Stammeinlagen durch sämtliche Gesellschafter;³⁰
- Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung zur Leistung von Nachschüssen;³¹
- nicht gegen die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens stimmen (Rz 929);
- Änderungen des Gesellschaftervertrages entweder einstimmig oder mit Zustimmung des betreffenden Gesellschafters beschließen (Rz 90);
- kein kridaträchtiges Verhalten in der Generalversammlung setzen;
- keine bewusste qualifizierte materielle Unterkapitalisierung der Gesellschaft, welche die Gläubiger gefährdet;
- keine Vornahme nicht fremdüblicher Zahlungen oder sonstiger Vorteilsgewährungen an Gesellschafter (oder diesen nahestehende Personen), die als unzulässige Einlagenrückgewähr qualifiziert werden könnten (Rz 833 ff);
- 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 (Rz 28);
- Vorhandensein so vieler Geschäftsführer, dass eine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft gewährleistet ist;
- die Höhe des Stammkapitals der Gesellschaft steht in einem vernünftigen Verhältnis zu ihrem Geschäftsumfang³²;
- keine faktische Geschäftsführung durch einen Gesellschafter (Rz 684 ff).

5. Innere Organisation

Jede GmbH besteht grundsätzlich aus zwei **zwingenden Gesellschaftsorganen**: dem **18** Eigentümerorgan *Generalversammlung* und der Geschäftsführung als dem ausführenden Organ einer mit allen Rechten und Pflichten ausgestatteten, aber für sich nicht handlungsfähigen juristischen Person. Die Generalversammlung wird durch sämtliche Gesellschafter repräsentiert; diese treffen Entscheidungen in den gesetzlich vorgegebenen Beschlussgegenständen.³³ Die Gesellschafter können darüber hinaus Zuständigkeiten anderer Organe an sich ziehen und in deren Wirkungskreis eingreifen. Der **Aufsichtsrat** als Überwachungsorgan stellt bei der GmbH die Ausnahme dar.³⁴

³⁰ Ist dieses Kriterium gegeben, so ist der betreffende Gesellschafter *viele Sorgen* – insbesondere im Hinblick auf die *Ausfallhaftung* gemäß § 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 Beteiligungsquoten zueinander aufzubringen. Siehe auch Rz 618.

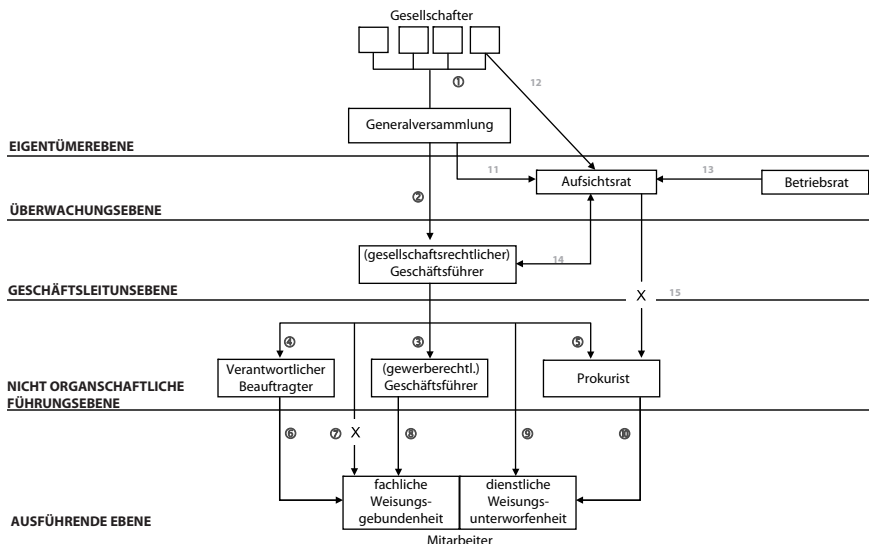
³¹ Zum (Un-)Sinn von Nachschüssen vgl. *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ (2021) Rz 3/45, 4/418, 5/32 und 9/18.

³² Die empfohlene Beachtung dieses Grundsatzes wird in sehr vielen Fällen ein höheres Stammkapital als das Mindestfordernis von 10.000 € bedingen.

³³ Zu den Beschlussgegenständen siehe umfassend Rz 421.

³⁴ Vgl. hierzu im Detail Rz 289 ff.

Das **Zusammenspiel** zwischen der Eigentümer-, Geschäftsleitungs- und Überwachungsebene unter Berücksichtigung weiterer möglicher Funktionen – Prokurist, gewerberechtlicher Geschäftsführer, verantwortlicher Beauftragter – wird anhand der nachfolgenden Grafik dargestellt und erläutert.



Erläuterungen:

- ① Sämtliche Gesellschafter bilden unabhängig von der Höhe ihrer übernommenen Stammeinlagen die Generalversammlung.
- ② Die Generalversammlung bestellt (zumindest) einen Geschäftsführer mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen oder einem gesellschaftsvertraglich höheren Quorum. Die Bezeichnung *gesellschaftsrechtlicher Geschäftsführer* dient der besseren Unterscheidbarkeit zum gewerberechtlichen Geschäftsführer.
- ③ Die gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführer bestellen in vertretungsberechtigter Zahl die für die Ausübung der von der GmbH ausgeübten Gewerbe erforderlichen gewerberechtlichen Geschäftsführer. Es ist zulässig – und kommt in kleineren Gesellschaften sehr häufig vor –, dass ein gesellschaftsrechtlicher Geschäftsführer sich namens der GmbH selbst zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt. Obwohl die Gesellschafter durch Ausübung ihres Weisungsrechtes sogar auf die Bestellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers Einfluss nehmen könnten, kommt dies in der Praxis dennoch nicht vor. Ganz im Gegenteil: die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers ist jene Funktion, bei der üblicherweise keine Interessengegensätze zwischen den (verschiedenen Gruppen von) Gesellschaftern herrschen. Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist im Hinblick auf das von der GmbH ausgeübte Gewerbe in fachlicher Hinsicht an keine Weisungen der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführung bzw der Gesellschafter gebunden.
- ④ Der (gesellschaftsrechtliche) Geschäftsführer ist berechtigt – und ausnahmsweise auch verpflichtet –, verantwortliche Beauftragte namhaft zu machen und diese auch zu überwachen.
- ⑤ Nach der gesetzlichen Regelung, erfordert die Entscheidung, **ob** Prokura erteilt wird, die Zustimmung der Generalversammlung (§ 35 Abs 1 Z 4). Die konkrete Auswahl der Person des Prokuristen ist eine Angelegenheit der Geschäftsführung. Grundsätzlich könnten die Gesellschafter sogar entscheiden, **wem** Prokura (in welcher Form) auch immer erteilt wird. Aus durchaus guten Gründen belässt man die Entscheidung hierüber der Geschäftsführung.
- ⑥ Im Rahmen des von ihm übernommenen Verantwortungsbereiches ist ein verantwortlicher Beauftragter zur Erteilung von fachlichen Weisungen gegenüber Mitarbeitern berechtigt und – sofern es für die Erfüllung der gesetzlich geschuldeten Sorgfalt erforderlich ist – auch verpflichtet.
- ⑦ Ein gesellschaftsrechtlicher Geschäftsführer ist grundsätzlich zur Weisungserteilung gegenüber allen Dienstnehmern berechtigt. Erteilt er fachliche Weisungen im Verantwortungsbereich des namhaft gemachten verantwortlichen Beauftragten, greift er in dessen Pflichtenkreis ein. In diesem Fall kann die für eine verwaltungsstrafrechtliche Schuldlosigkeit erforderliche Pflichtdelegation sowie Schaffung

A. Wesensmerkmale, Lebensphasen und innere Organisation einer GmbH

- und Aufrechterhaltung der fachlichen Weisungsbefugnis des verantwortlichen Beauftragten nicht erfolgsversprechend behauptet werden.
- ⑨ Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist zur Erteilung von fachlichen Weisungen gegenüber Mitarbeitern sowie zur Überwachung ihrer Tätigkeit im Rahmen des von der GmbH ausgeübten Gewerbes berechtigt und verpflichtet.
 - ⑩ Der gesellschaftsrechtliche Geschäftsführer ist Dienstvorgesetzter sämtlicher Mitarbeiter der GmbH. Mit Ausnahme der dem gewerberechtlichen Geschäftsführer sowie allfälligen verantwortlichen Beauftragten kraft Gesetzes eingeräumten Anordnungsbefugnis in fachlichen Angelegenheiten ist der gesellschaftsrechtliche Geschäftsführer zur Erteilung von Weisungen sowie Kontrolle der Mitarbeiter berechtigt und verpflichtet.
 - ⑪ Der Umfang der Weisungsbefugnis von Prokuristen gegenüber Mitarbeitern ist abhängig von den im Zusammenhang mit der Erteilung der Prokura eingeräumten (sonstigen) Rechten. In wesentlichen dienstlichen Angelegenheiten bleibt es trotz einer allfälligen Weisungsbefugnis des Prokuristen bei der Gesamtverantwortung der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführung.
 - ⑫ Im Falle einer gesetzlichen Verpflichtung oder einer ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Regelung müssen (in allen anderen Fällen: können) die Gesellschafter einen Aufsichtsrat einrichten.
 - ⑬ Im Gesellschaftsvertrag kann einzelnen Gesellschaftern das höchstpersönliche oder mit dem Geschäftsanteil verbundene Recht eingeräumt werden, eine (oder auch mehrere) Person(en) in den Aufsichtsrat zu entsenden oder diese zu nominieren.
 - ⑭ Wenn ein Betriebsrat eingerichtet ist, so ist dieser zur Entsendung von mindestens einem Betriebsratsmitglied (oder einer sonstigen Person) berechtigt und verpflichtet. Es gilt der Grundsatz, dass auf zwei Kapitalvertreter im Aufsichtsrat ein Belegschaftsvertreter kommt. Das Entsendungsrecht des Betriebsrats besteht unabhängig davon, ob es sich um einen gesetzlich zwingenden, gesellschaftsvertraglich obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat handelt.
 - ⑮ Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung der Geschäftsführung. Für die in § 32 Abs 5 angeführten Rechtsgeschäfte ist die vorherige Zustimmung durch den Aufsichtsrat erforderlich. Der Katalog der genehmigungspflichtigen Geschäfte kann durch eine entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers oder eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung über das gesetzliche Maß hinaus erweitert werden.
 - ⑯ Der Aufsichtsrat hat nicht die Befugnis, Prokuristen und sonstige nicht organschaftliche Führungskräfte – sozusagen an der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführung *vorbei* – zu überwachen.

Anhand obiger Darstellung ist augenscheinlich, dass für den Geschäftsbetrieb einer GmbH eine Vielzahl von Funktionen erforderlich ist, die vielfach in Personalunion ausgeübt werden; dies betrifft vor allem die Einpersonen-Gesellschaft. 20

PRAXIS

Welche Funktionen dürfen nebeneinander ausgeübt werden?

- Ein Gesellschafter kann auch gleichzeitig (gesellschaftsrechtlicher) Geschäftsführer sein.
- Die Bestellung eines gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführers zum gewerberechtlichen Geschäftsführer ist zulässig und kommt bei kleineren GmbHs sehr häufig vor.
- Sind mehrere (gesellschaftsrechtliche) Geschäftsführer bestellt, so kann entweder einer von ihnen oder beide – in diesem Fall in unterschiedlichen Verantwortungsbereichen – auch als verantwortlicher Beauftragter namhaft gemacht werden.
 - Unter der Voraussetzung, dass neben ihm noch ein weiterer gesellschaftsrechtlicher Geschäftsführer bestellt ist, kann der Alleingesellschafter sowohl gesellschaftsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer als auch verantwortlicher Beauftragter sein.
- Ein Gesellschafter kann gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied sein und sich in diesen selbst entsenden.
- Die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied schließt die Funktion als Geschäftsführer sowie als Angestellter der GmbH aus.
 - Diese Unvereinbarkeit gilt nicht für von der Belegschaftsvertretung entsendete Personen in den Aufsichtsrat;³⁵ diese müssen zwangsläufig Dienstnehmer der Gesellschaft sein.

³⁵ A. Heidinger in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG² (2018) § 30e Rz 9.