

A. Wesensmerkmale, Lebensphasen und innere Organisation einer GmbH

Inhalt

	Rz
1. Begriff, Grundsätzliches	1
2. Das Trennungsprinzip	6
3. Wirtschaftliche Bedeutung, praktische Eignung und Erscheinungsformen einer GmbH	9
4. Haftungssystem	13
5. Innere Organisation	18
6. Die Lebensphasen einer GmbH: Von der Vorgründungsgesellschaft bis zur Auflösung	21
6.1. Einführung	21
6.2. Vorgründungsgesellschaft	23
6.3. Vorgesellschaft	30
6.3.1. Grundlagen	30
6.3.2. Haftungsfragen	35
6.4. Eingetragene GmbH mit aufrechter Geschäftsbetrieb – das werbende Stadium	43
6.5. Auflösung und Liquidation	46

1. Begriff, Grundsätzliches

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine

1

- 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

2

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 = JBI 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), GmbHG [2017] § 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 Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 61 Rz 24.

³ Pelinka in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 61 Rz 7.

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

3 **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;
- 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.

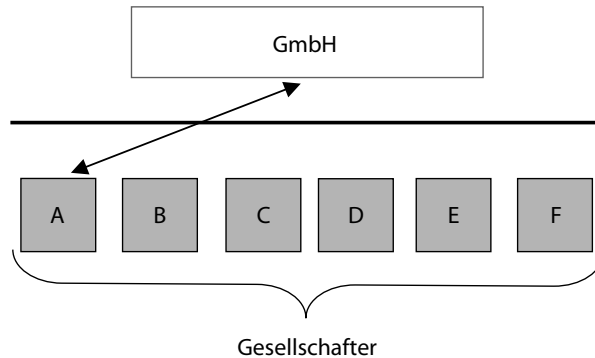
5 **Rechtsgrundlage** für GmbHs ist das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG), RGBI 1906/58, zuletzt geändert durch BGBl I 2018/71. Im **Innenverhältnis** der GmbH, also in der Beziehung zu und unter den Gesellschaftern, der Rechtsstellung der Organe 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:

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 GmbH ist als juristische Person gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt. Das ⁷ Gesellschaftsvermögen ist daher vom Vermögen der Gesellschafter zu trennen (§ 61 Abs 1); es ist mit diesem auch nicht identisch.⁶ Das (feste) Stammkapital bleibt 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 haben⁷. Vorbehaltlich einer sonstigen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit sind GmbH-Gesellschafter keine Unternehmer.⁸

Als Folge des Trennungsprinzips werden gesellschafts- und schuldrechtliche Leistungsbeziehungen zwischen einer GmbH und ihren Gesellschaftern grundsätzlich anerkannt⁹. Wesentliche **Voraussetzung** ist jedoch, dass dieser **Leistungsaustausch** zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt¹⁰. 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 Steuersubjekte, die jeweils selbständig zur Ermittlung ihrer Einkünfte verpflichtet sind¹¹. ⁸

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 Mittelbe- ⁹

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

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Vgl hierzu weiterführend **Rz 837 ff**.

¹¹ 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**.

triebe. Etwa 60 % aller im Firmenbuch eingetragenen Rechtsträger betreffen die GmbH als Unternehmensform; sie nimmt eine Zwischenstellung zwischen echten Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften ein.¹² 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 alleine wegen den hinter ihr stehenden Eigentümern – anders.

10

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).
- Die Gesellschaft
 - kann auf Grund ihrer „Zweckoffenheit“ zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden;¹³
 - 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 35.000 € 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;¹⁴
 - 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 abzurufen.

¹² *Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis⁶ (2008) Rz 4.

¹³ *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 1 Rz 6.

¹⁴ Das Gesellschaftsvermögen ist als Sondervermögen zu betrachten; vgl hierzu OGH 29.4.2004, 6 Ob 313h = GesRZ 2004, 381 = ecolex 2004/444, 951 = GBU 2004/11/05 = AnwBl 2006, 123.

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 unterscheiden¹⁵.

PRAXIS

Gründungszeitraum einer GmbH und die damit verbundenen Rechtsfolgen

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 € („Gründungsprivilegierung“)
Mindest(bar)einzahlung bei Gründung	mindestens 17.500 €	mindestens 5.000 €	mindestens 5.000 €
Stammkapitalerhöhung erforderlich?	nein	ja	nein
Spätester Termin für die Erhöhung des Stammkapitals	entfällt	1. März 2024	Volleinzahlungsverpflichtung innerhalb von längstens zehn Jahren ab Eintragung im Firmenbuch
Mindestkörperschaftsteuer	1.750 € pa	5 Jahre ab Gründung: 6. – 10. Jahr: ab dem 11. Jahr:	125 € pro Quartal 250 € pro Quartal 1.750 € pa

Die *Entstehungsgeschichte* der vorangeführten Dreiteilung soll an dieser Stelle nur ganz kurz aufgezeigt werden: Einem europäischen Trend folgend wurde mit dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013¹⁶ das Stammkapital von 35.000 € auf 10.000 € herabgesetzt haben; diese Maßnahme wurde ungemein kontrovers diskutiert¹⁷. Der Gesetzgeber hatte jedenfalls zwei Aspekte nicht bedacht: Durch das Erfordernis eines geringeren Mindeststammkapitals hat sich auch die Bemessungsgrundlage für die Mindestkörperschaftsteuer reduziert¹⁸. Dazu kam, dass unerwartet viele wirtschaftlich gesunde GmbHs ihr Stammkapital von 35.000 € auf 10.000 € herabsetzten und über den Herabsetzungsbetrag im Verhältnis ihrer übernommenen Stammeinlagen steuerfrei verfügen konnten. Jedenfalls ist der Gesetzgeber mit dem Abgabenänderungsgesetz 2014¹⁹

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

¹⁶ BGBl I 2013/109.

¹⁷ Siehe hierzu stellvertretend die APA-Meldung vom 22.3.2013, „Schwarzer Tag für die österreichische GmbH“; Krejci, GmbH-Reform öffnet Türen weit zum Missbrauch, Die Presse vom 22.4.2013; ders, Zum Entwurf eines GesRÄG 2013, GES 2013, 171 ff.

¹⁸ Vgl hierzu ausführlich Fritz, Die Highlights aus dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013, SWK 20/21/2013, 949 ff.

¹⁹ BGBl I 2014/13.

wiedermehr *zurückgerudert* und hat das Stammkapital auf die vormaligen 35.000 € erhöht. Um sich aber nicht ganz zu blamieren, hat er die *gründungsprivilegierte GmbH* erschaffen²⁰, bei der die Gesellschafter sog *gründungsprivilegierte Stammeinlagen* in Höhe von 10.000 € übernehmen können, von denen lediglich die Bareinzahlung von 5.000 € Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch ist²¹.

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.
- 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!²²) ein Vermögensschaden entstanden ist und zwischen dem Schadenseintritt und dem rechtswidrigen Verhalten des Geschäftsführers ein kausaler Zusammenhang besteht, zu einer unbeschränkten solidarischen Haftung²³ sämtlicher Geschäftsführer mit ihrem Privatvermögen.²⁴

14 Aus der vorangeführten Charakteristik ergibt sich der wesentliche Unterschied zwischen der **verschuldensabhängigen Haftung** der GmbH-Geschäftsführung und der unbeschränkten und auch nicht beschränkbareren **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 Gesetz haftenden Person überhaupt kein Ver-

²⁰ 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.

²¹ Weitere Ausführungen hierzu in **Rz 265** und **Rz 617**.

²² Vgl hierzu stellvertretend OGH 27.11.2018, 4 Ob 222/18b = RdW 2019/233, 307 = EvBl-LS = NZ 2019/34, 103 = ecolex 2019/148, 337 (*Reich-Rohrwig*) = GES 2019, 76.

²³ *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 25 Rz 133.

²⁴ Vgl hierzu stellvertretend für viele OGH 28.2.2018, 6 Ob 11/18p = GES 2018, 132 = wbl 2018, 410/129 = AnwBl 2018/160, 493 = ecolex 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.

schulden 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 2016 immer weniger geschädigte Dritte bereit sind, einen solchen aus einer Geschäftsbeziehung mit einer GmbH resultierenden Vermögensausfall sang- und klanglos zu akzeptieren.

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 wurden²⁵. **15**

Wann haften Gesellschafter? Eine Haftung der Gesellschafter für GmbH-Verbindlichkeiten besteht **ausnahmsweise** **16**

- a. in Form einer Insolvenzverschleppungshaftung des Mehrheitsgesellschafters, wenn die Gesellschaft über keinen Geschäftsführer verfügt und dessen Bestellung nicht erfolgt;
- b. im Falle eines kridaträchtigen Verhaltens²⁶;
- c. für einen faktischen Geschäftsführer²⁷;
- d. bei einer qualifizierten materiellen Unterkapitalisierung²⁸;
- e. im Falle einer pflichtwidrigen Beherrschung;
- f. bei Missbrauch der Organisationsfreiheit²⁹ oder der Rechtsform³⁰;
- g. im Falle einer Vermögensvermischung³¹.
- h. bei Überbewertung einer anlässlich der Gesellschaftsgründung oder durch Kapitalerhöhung geleisteten Sacheinlage³².

Die unter **d.** bis **g.** angeführten Fälle werden gemeinhin als **Durchgriffshaftung** bezeichnet. Darunter wird die Durchbrechung des Trennungsprinzips zwischen dem Ver- **17**

²⁵ Vgl hierzu weiterführend *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 61 Rz 46.

²⁶ 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).

²⁷ Siehe die detaillierten Ausführungen in **Rz 684 ff.**

²⁸ 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).

²⁹ 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/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (2018) § 61 Rz 69, *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³* (2007) § 61 Rz 37, *Winkler/Gruber in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² (2018) § 61 Rz 88.

³⁰ Vgl hierzu OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k = *ecolex* 2010, 577 = *ZiK* 2010, 77 = *ASoK* 2010, 200.

³¹ 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.

³² Im Falle einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Überbewertung einer Sacheinlage haften alle Gesellschafter als Solidarschuldner. Vgl hierzu auch **Rz 619.**

mögen der GmbH und jenem der Gesellschafter in besonderen **Ausnahmefällen** verstanden, in denen Gläubiger in geradezu eklatanter Weise geschädigt werden³³. 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.

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 Gesellschafter³⁴;
- Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung zur Leistung von Nachschüssen³⁵;
- 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 nahe stehende 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 Geschäftsumfang³⁶;
- keine faktische Geschäftsführung durch einen Gesellschafter (**Rz 684 ff**).

³³ Stellvertretend für mehrere OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 = ecolex 2004/444 = AnwBI 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] = AnwBI 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.

³⁴ 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**.

³⁵ Zum (Un-)Sinn von Nachschüssen vgl *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig² (2015) Rz 3/45, 4/418, 5/32 und 9/18.

³⁶ Die empfohlene Beachtung dieses Grundsatzes wird in sehr vielen Fällen ein höheres Stammkapital als das Mindestfordernis von 35.000 € bedingen.