



universität  
wien

# EXPOSÉ

Vorläufiger Titel der Dissertation  
„Führungslose GmbH“

Verfasserin  
Dipl.-Jur. Univ. Johanna Jakubowski

angestrebter akademischer Grad  
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)

Wien, im November 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Studienrichtung lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

## 1. Themeneinführung und Problemstellung

Die GmbH ist eine juristische Person, die ausschließlich durch ihre Organe handeln kann.<sup>1</sup> Gesetzlich vorgeschrieben sind zwei Organe. Ein oder mehrere Geschäftsführer gem § 15 Abs 1 S 1 GmbHG und eine aus Gesellschaftern bestehende Generalversammlung. Ein Aufsichtsrat als Kontrollorgan muss nur unter den Voraussetzungen des § 29 GmbHG zwingend bestellt werden. Eine fakultative Bestellung ist jedoch jederzeit, wie auch bei der Einrichtung weiterer Organe, zB einem gesetzlich nicht geregelten Beirat, möglich.<sup>2</sup> Während die Generalversammlung als oberstes Willensbildungsorgan verstanden wird<sup>3</sup>, obliegen dem Geschäftsführer die Vertretung der GmbH Dritten gegenüber und die Leitung des Unternehmens im Rahmen der Geschäftsführung.<sup>4</sup>

Die Vertretung der GmbH durch den Geschäftsführer bezieht sich auf das Außenverhältnis und den Erwerb von Rechten und Pflichten Dritten gegenüber. Im Außenverhältnis ist die Vertretungsmacht nicht beschränkbar. Durch die Handlungen des Geschäftsführers wird die GmbH daher berechtigt und verpflichtet, auch wenn der Geschäftsführer zB interne Weisungen überschreitet oder missachtet.<sup>5</sup>

Die Leitung des Unternehmens im Rahmen der Geschäftsführung bezieht sich demgegenüber auf das Innenverhältnis, auf die geschäftlichen Aktivitäten der Gesellschaft und auf die innere Organisation.<sup>6</sup> Die Geschäftsführung wird als eine Tätigkeit verstanden, die alle Handlungen, Maßnahmen und Vorkehrungen organisatorischer, kaufmännischer, personeller und technischer Art betrifft, die im Interesse der Gesellschaft und des gesellschaftlichen Unternehmens erforderlich sind und die durch den Geschäftsführer im Innenverhältnis für die Gesellschaft ausgeführt werden.<sup>7</sup> Das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis ist frei beschränkbar.

---

<sup>1</sup> Gellis, Komm zum GmbH-Gesetz, § 15 Rn 1.

<sup>2</sup> Straube, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 8; Gellis, Komm zum GmbH-Gesetz, § 15 Rn 1; Ginthör/Hasch/Hochedinger, Der GmbH-Geschäftsführer, 13, Rn 2.

<sup>3</sup> Straube, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 8.

<sup>4</sup> Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 108, Rn 225.

<sup>5</sup> Ginthör/Hasch/Hochedinger, Der GmbH-Geschäftsführer, 17, Rn 10.

<sup>6</sup> Ginthör/Hasch/Hochedinger, Der GmbH-Geschäftsführer, 15, Rn 4.

<sup>7</sup> Gellis, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, §15, Rn 2.

Der Geschäftsführer ist ein notwendiges Organ der GmbH, da er praktisch ausschließlich die Geschäfte der Gesellschaft führt und diese vertritt.<sup>8</sup> Er kann auch nicht durch ein anderes Organ der Gesellschaft ersetzt werden. Das zeigt bereits die Vorschrift des § 15 Abs 1 GmbH, die bestimmt, dass die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer haben muss.<sup>9</sup> Daher wird auch von einem Vertretungsmonopol des Geschäftsführers gesprochen.<sup>10</sup> Der Geschäftsführer muss bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft vorhanden sein, damit die GmbH ins Firmenbuch eingetragen werden kann.<sup>11</sup> Nach der Eintragung der GmbH im Firmenbuch hat der Wegfall des Geschäftsführers für die Existenz der GmbH keine Relevanz. Die GmbH ist weder aufgelöst noch ist eine amtswegige Löschung möglich. Wenn kein Geschäftsführer mehr vorhanden ist, kann das Gericht die Gesellschafter zur Bestellung von Geschäftsführern anhalten.<sup>12</sup>

Zu Geschäftsführern bestellt werden können gem § 15 Abs 1 S 2 GmbHG nur natürliche und handlungsfähige Personen. Eine Bestellung einer juristischen Person ist nicht möglich. Gemäß § 30 e Abs 1 GmbHG dürfen Geschäftsführer nicht zugleich dem Aufsichtsrat angehören.<sup>13</sup> Darüber hinausgehende Voraussetzungen an die Eigenschaft des Geschäftsführers stellt das Gesetz nicht auf. Es wird keine bestimmte Befähigung verlangt. Gleichwohl kann die Bestellung an weitere Voraussetzungen geknüpft werden, die im Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden können, wie eine bestimmte Vorbildung, Mindestalter, Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand etc.<sup>14</sup> Die Geschäftsführungsfunktion und die Vertretungsmacht enden mit dem Tod des Geschäftsführers. Seine Verlassenschaft besitzt keine Organstellung mehr.<sup>15</sup>

In diesem Zusammenhang ergibt sich eine Reihe strittiger Punkte, wie zum Beispiel, ob eine Bestellung von gesellschaftsfremden Personen im Gesellschaftsvertrag aus-

---

<sup>8</sup> Auer, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, 24, Rn 5.

<sup>9</sup> Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 84, Rn 179.

<sup>10</sup> Auer, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, 24, Rn 7; Ginthör/Hasch/Hochedinger, Der GmbH-Geschäftsführer, 16, Rn 6.

<sup>11</sup> Auer, Horst, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, 25, Rn 10; Gellis, Komm zum GmbH-Gesetz, § 15 Rn 2, 14.

<sup>12</sup> Gellis, Komm zum GmbH-Gesetz, § 15 Rn 2; Auer, Horst, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, 24, Rn 5; Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 84, Rn 178.

<sup>13</sup> Eine Ausnahme ist in § 30 e Abs 2 GmbHG vorgesehen. Hiernach können für einen im Voraus begrenzten Zeitraum einzelne Aufsichtsratsmitglieder durch Gesellschafterbeschluss zu Vertretern von behinderten Geschäftsführern bestellt werden.

<sup>14</sup> Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 85, Rn 180.

geschlossen ist<sup>16</sup>, ob die Bestellung zum Geschäftsführer annahmepflichtig ist oder ob ein Geschäftsführer seinen Wohnsitz im Inland haben muss.<sup>17</sup>

Wie dargestellt, ist ein Geschäftsführer notwendig, damit eine GmbH durch ihn handeln kann. Fraglich ist jedoch was passiert und was zu tun ist, wenn der einzig vorhandene Geschäftsführer, alle vorhandenen Geschäftsführer oder so viele Geschäftsführer wegfallen, dass weder Einzel- noch Kollektivvertretung möglich ist. Hier muss zum einen die Frage beantwortet werden, wann ein Geschäftsführer wegfällt, sprich wann er fehlt, um im Anschluss zu beurteilen, welche Rechtsfolgen sich aus dem Fehlen eines Geschäftsführers einer GmbH ergeben, zB wer die Geschäfte der GmbH fortführt, wann ein Notgeschäftsführer bestellt werden kann und ob auch den faktischen Geschäftsführer eine Insolvenzantragspflicht trifft.

Zu der Frage, wann von einem Fehlen des Geschäftsführers ausgegangen werden kann, haben sich in der Literatur drei Konstellationen herausgebildet. Das Formelle Fehlen, die tatsächliche oder rechtliche Behinderung und die Amtsverweigerung des Geschäftsführers.

Unter dem Begriff des formellen Fehlens werden all jene Fälle verstanden, in denen das Amt des Geschäftsführers formell unbesetzt ist.<sup>18</sup> Dies kann sich aus verschiedenen Gründen ergeben, wie zB einem unwirksamen Bestellungsakt, der Abberufung des Geschäftsführers, dem Rücktritt, den Wegfall der Geschäftsfähigkeit oder dem Tod des Geschäftsführers. Strittig ist, wann ein Bestellungsakt nur nichtig oder nur anfechtbar ist. Fehlt zB die Zustimmung eines berechtigten Gesellschafters, dem die Satzung ein Zustimmungsrecht einräumt, soll der Beschluss nur anfechtbar sein.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> *Kostner/Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 85, Rn 179.

<sup>16</sup> Nach *Kastner/Doralt/Novotny*, 370, ergibt sich dies aus dem klaren Wortlaut der Norm; so auch *Koppensteiner*, § 15 Rz 8; *Gellis*, § 15, Rz, 4; aA *Schummer*, GesRZ 1994, 124.

<sup>17</sup> Strittig ist, ob nicht mindestens ein Geschäftsführer, seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben muss. *Kastner/Doralt/Novotny*, 369, leiten diese Ansicht aus § 9 Abs 2 Z 3 und § 15 a Abs 2 ab. Gem § 15 a Abs 2 ist ein Notgeschäftsführer zu bestellen, wenn kein Geschäftsführer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. *Reich-Rohrwig* hingegen ist der Ansicht, dass keiner der Geschäftsführer Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben muss.

<sup>18</sup> *Fritz*, Handbuch der GmbH-Beratung, Register 10, Teil A, Kap 2.10.6.1, 11.

<sup>19</sup> *Koppensteiner* ist für eine schwebende Unwirksamkeit des Beschlusses; *Umlauf* will in diesem Fall eine Leistungsklage zulassen. Siehe hierzu *Schummer*, Gedanken zur Bestellung des Geschäftsführers und dessen Abberufung, GesRZ 1994, 124.

Neben dem formellen Fehlen eines Geschäftsführers sind auch Fälle denkbar, in denen der Geschäftsführer sein Geschäftsführeramt zwar formell besetzt, die Geschäftsführung jedoch aufgrund anderer Umstände lahm gelegt ist.<sup>20</sup> Auch hier wird in besonderen Fällen von einem Fehlen des Geschäftsführers ausgegangen. Eine tatsächliche Behinderung wird zB bei einer schweren langandauernden Krankheit oder bei einer langandauernden Abwesenheit, wie einem Auslandsaufenthalt oder auch Haft angenommen.<sup>21</sup> Ein Fall rechtlicher Behinderung wird angenommen, wenn eine Rechtsnorm es dem Geschäftsführer verbietet, die Gesellschaft zu vertreten, etwa bei Insichgeschäften oder bei Befangenheit des Geschäftsführers.<sup>22</sup>

Fraglich und strittig ist, ob und in welchem Umfang eine Amtsverweigerung des Geschäftsführers einem Fehlen gleichzusetzen ist. Nach Auffassung der Rechtsprechung und Teilen der Literatur soll ein Vertretungsmangel und demnach ein Fehlen des Geschäftsführers dann vorliegen, wenn die Vertretung der Gesellschaft aufgrund Amtsverweigerung einzelner oder aller Geschäftsführer lahmgelegt ist. Ob ein Vertretungsmangel jedoch auch bei einer Amtsverweigerung bloß einzelner Geschäftsführungshandlungen vorliegt, wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.<sup>23</sup>

Mit diesen und möglichen weiteren Fragestellungen werde ich mich in meiner Dissertation auseinandersetzen.

## 2. Gang der Untersuchung

Nach einer Einleitung werden im ersten Kapitel die Funktion, die Bedeutung und die Bestellung eines Geschäftsführers einer GmbH dargestellt.

---

<sup>20</sup> Fritz, Handbuch der GmbH-Beratung, Register 10, Teil A, Kap 2.10.6.1, 11.

<sup>21</sup> Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, Band I, 210, Rn 2/55; Ginthör/Hasch/Hochedinger, Der GmbH-Geschäftsführer, 40, Rn 76; Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 94, Rn 197.

<sup>22</sup> Vgl hierzu ausführlich Pöltner, Der Notgeschäftsführer in der GmbH, 30 ff.

<sup>23</sup> Bejahend OGH 16.10.1986, 6 Ob 36/85, der bei einer einzelnen konkreten Weigerung des Geschäftsführers eine Firmenbucheingabe zu unterfertigen, einen Vertretungsmangel annimmt. Verneinend OGH wbl 2006, 287; auch OGH 21.2.1985, 6 Ob 1/85 der annimmt, dass es an der Gesellschafterversammlung liegt, notwendig erscheinende Maßnahmen zu ergreifen, die bis zur Abberufung und Bestellung eines neuen Geschäftsführers reichen können. Verneinend auch Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 95, Rn197; Gellis, Komm zum GmbH-Gesetz, § 15 a Rn 1; Griehser/Likar, Die (angemessene) Entlohnung des Notgeschäftsführers - Probleme in der Praxis, RdW 2008, 508; Fritz, SWK - Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften, 50, Rn 117.

Im zweiten Kapitel erfolgt eine Darstellung diverser Fallgestaltungen, wann und unter welchen Voraussetzungen von einem Fehlen eines Geschäftsführers ausgegangen werden kann. Untersucht wird das formelle Fehlen, die tatsächliche oder rechtliche Behinderung und die Amtsverweigerung eines Geschäftsführers.

Im dritten Kapitel werden die Rechtsfolgen des Fehlens eines Geschäftsführers einer GmbH untersucht. Im Einzelnen erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Fragen, wer die Geschäfte der GmbH fortführt, unter welchen Voraussetzungen ein Notgeschäftsführer bestellt werden kann und wann den (faktischen) Geschäftsführer eine Pflicht zur Insolvenzantragstellung trifft. Die Frage, wann ein faktischer Geschäftsführer zur Insolvenzantragstellung verpflichtet ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich behandelt. Teile der Rechtsprechung und Literatur äußern, dass der faktische Geschäftsführer auf die Stellung eines Insolvenzantrages hinzuwirken hat, andernfalls würde er aus freiwilliger Pflichtenübernahme bzw Ingerenz und Garantstellung haften.<sup>24</sup> Er selbst sei aber nicht zur Insolvenzantragstellung verpflichtet, da der Kreis der zur Stellung eines Antrages verpflichteten Personen in der InsO abschließend sei.<sup>25</sup> Auch mit diesem Problem möchte ich mich in meiner Dissertation vertiefend befassen.

Erfolgen wird auch ein Vergleich und eine Auseinandersetzung mit den Regelungen zur GmbH light betreffend die Insolvenzantragspflicht.

Im letzten Kapitel erfolgt ein Rechtsvergleich zu Deutschland. Eingegangen wird hier auf die gesetzliche Verankerung der Passivvertretung der Gesellschafter einer führungslosen GmbH und die gesetzliche Verankerung der Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter einer führungslosen GmbH in Deutschland. Eingegangen wird hier insbesondere auf die Problematik, dass mit dem MoMiG auch die Strafbarkeit für die Insolvenzverschleppung auf die Gesellschafter führungsloser Gesellschaften ausgedehnt wurde und sich Gesellschafter nunmehr genau überlegen müssen, ob sie einen Insolvenzantrag stellen und das Haftungsrisiko eingehen wollen, wenn sich her-

---

<sup>24</sup> Vgl *Fantur*, Haftung des faktischen Geschäftsführers für Konkursverschleppung, GeS 2008, 62; *Luschin*, Zur Konkursantragspflicht bei Kapitalgesellschaften, ZIK 1997, 215; OGH, 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, JBI 2008, 455 f. Der OGH hat bereits einmal die Verpflichtung des de facto Geschäftsführers zur Insolvenzantragstellung bejaht, vgl *ecolex* 1998, 327.

<sup>25</sup> OGH, 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, JBI 2008, 455.

ausstellt, dass doch kein Insolvenzgrund vorliegt. Aufgrund des möglichen Haftungsrisikos hat diese Neuregelung Kritik erfahren.

Dargestellt werden weiters die Unterscheide zu Österreich und die Vor- und Nachteile der jeweiligen Regelungen gegenübergestellt und analysiert.

Abschließend erfolgen ein Resumee und ein Ausblick.

### **3. Zielsetzung**

Ziel der Arbeit ist es darzustellen, welche Bedeutung der Geschäftsführer einer GmbH hat, wann und unter welchen Voraussetzungen eine GmbH als führungslos anzusehen ist und welche Rechtsfolgen sich aus der Führungslosigkeit ergeben. Erfolgen wird zudem eine Auseinandersetzung und Gegenüberstellung mit der Rechtslage in Deutschland.

### **4. Voraussichtlicher Zeitplan**

**Sommersemester 2012:** Themensuche, Literaturrecherche und Betreuersuche, Absolvierung der Pflichtveranstaltungen VO Juristische Methodenlehre und KU Judikatur – und Textanalyse

**Wintersemester 2012/13:** Themensuche, Literaturrecherche und Betreuersuche

**Sommersemester 2013:** Absolvierung des Seminars zur Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens

**Wintersemester 2013/14:** Einreichen des Dissertationsvorhabens und fakultätsöffentliche Präsentation, Absolvierung eines Seminars im Dissertationsfach und eines Seminars außerhalb des Dissertationsfaches, Absolvierung von Lehrveranstaltungen aus dem Bereich der Wahlfächer, Abfassung der Dissertation

**Sommersemester 2014:**, Absolvierung der Lehrveranstaltungen aus dem Bereich der Wahlfächer, Abfassung der Dissertation

**Wintersemester 2014/2015:** Abfassung der Dissertation

**Sommersemester 2015:** Fertigstellung und Abgabe der Dissertation, Defensio

### **5. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis**

1. Einleitung
2. Geschäftsführer einer GmbH
  - 2.1. Funktion und Bedeutung

- 2.2. Bestellung
- 3. Fehlen eines Geschäftsführers
  - 3.1. Formelles Fehlen
  - 3.2. Tatsächliche oder rechtliche Behinderung
  - 3.3. Amtsverweigerung
- 4. Rechtsfolgen des Fehlens eines Geschäftsführers einer GmbH
  - 4.1. Fortführung der Geschäfte der GmbH
  - 4.2. Bestellung eines Notgeschäftsführers
  - 4.3. Insolvenzantragspflicht eines (faktischen) Geschäftsführers
  - 4.4. Insolvenzantragspflicht bei einer GmbH light
- 5. Rechtsvergleich zu Deutschland
  - 5.1. Gesetzliche Verankerung der Passivvertretung der Gesellschafter einer führungslosen GmbH
  - 5.2. Gesetzliche Verankerung der Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter einer führungslosen GmbH
- 6. Resümee
- 7. Ausblick

## **6. Vorläufiges Literaturverzeichnis**

*Altmeyden Holger/Roth Günther*, Kommentar, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage, Wien (2012).

*Auer Horst*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer. 3. Auflage, Wien (1997).

*Baumbach Adolf/Hueck Alfred*, Beck'sche Kurz-Kommentare, GmbH-Gesetz, 18. Auflage, München (2006).

*Bydlinski Peter*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, Wien (1991).

*Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftrecht, 1. Auflage (2007).



*Fantur Lukas*, Haftung des faktischen Geschäftsführers für Konkursverschleppung, GeS 2008, 62.

*Fest Timo*, Gesetzliche Vertretung und Prozessfähigkeit einer führungslosen Gesellschaft nach dem MoMiG, NZG 2011, 130.

*Fritz Christian*, Handbuch der GmbH-Beratung, umfassende zivil-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Grundlagen, Loseblattausgabe, Grundwerk Oktober 1996, aktueller Stand Februar 2013.

*Fritz Christian*, SWK Steuer- und Wirtschaftskartei, Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften, Sydney und Innsbruck (2008).

*Gellis Max*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage, Wien.

*Ginthör Oliver/Hasch Alexander/Hochedlinger Gerhard*, Der GmbH-Geschäftsführer, Rechte und Pflichten, Wien (2006).

*Griehser Peter/Likar Arno F.*, Die (angemessene) Entlohnung des Notgeschäftsführers - Probleme in der Praxis, RdW 2008, 508.

*Hagen Prühs*, GmbH Geschäftsführer: Rechte und Pflichten, Die 100 wichtigsten Rechte und Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers, 4. Auflage, Bonn (2010).

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007).

*Kostner/Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Wien, 5. Auflage (1998).

*Luschin Wolfgang*, Zur Konkursantragspflicht bei Kapitalgesellschaften, ZIK 1997, 215.

*Michalski*, GmbHG, 2. Auflage 2010.

*Müller Welf/Winkeljohann Norbert*, Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht - Steuerrecht, 4. Auflage, München (2009).

*Priester Hans-Joachim/Mayer Dieter*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. Auflage, München (2009).

*Reich-Rohrwig Johannes*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, 2. Auflage I. Band, Wien (1997).

*Schuhmacher Hubertus*, Konkursverschleppung und Gesellschafterhaftung, RdW 1987, 394.

*Straube Manfred P.*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 8. Auflage, Wien (2004).

*Straube Manfred*, Ausgewählte Fragen zu Abberufung, Rücktritt und Fehlen des GmbH-Geschäftsführers in Festschrift für Franz Zehetner zum 60. Geburtstag "Ein Jurist im Spannungsfeld von Wirtschaft, Technik und Recht, Wien und Graz (2009).