

Tätigkeit des Notgeschäftsführers mit jener eines Kurators vergleichbarer zu sein, als mit jener eines Erwachsenenvertreters, weshalb mE § 283 ABGB für den Entlohnungsanspruch des Notgeschäftsführers zur Anwendung kommt. Dem Notgeschäftsführer gebührt daher im Wesentlichen eine Entschädigung zwischen 5% und 10% des Gesellschaftsvermögens ohne Abzug von Passiva, wobei auf die entsprechende Minderung bei einer kürzeren Dauer als einem Jahr (Abs 1), die Bemessungsgrundsätze (Abs 2) sowie ein allfällig zusätzliches Entgelt (Abs 3) hinzuweisen ist.

Könnte ein Notgeschäftsführer bei seiner Bestellung vorhersehen, dass er für seine Tätigkeit keine Entlohnung erhalten wird oder eine solche nicht durchsetzbar ist, so liegt bei seiner uneingeschränkten Zustimmung zu seiner Bestellung keine nachträgliche Umstandsänderung und somit kein wichtiger Grund für die Enthebung vor⁷⁶⁴.

Die **Haftung** des Notgeschäftsführers richtet sich nach § 25⁷⁶⁵.

2. Bestellungs Voraussetzungen

a) Vertretungsmangel

- 4.23** Für das Vorliegen eines Vertretungsmangels genügt es, dass die aktive Vertretungsmacht fehlt⁷⁶⁶.

b) Fehlen von Geschäftsführern

- 4.24** Ein Vertretungsmangel iSd § 15a entsteht primär durch **Fehlen von Geschäftsführern**, die in der Lage wären, die GmbH zu vertreten⁷⁶⁷. Diese Situation kann etwa in folgenden denkbaren Fällen durch **Abberufung, Rücktritt, Verlust der Handlungsfähigkeit**⁷⁶⁸, **Abwesenheit**⁷⁶⁹ oder **Tod** des oder der bestellten Geschäftsführer oder durch **einstweilige Verfügung**, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer Verfügungen über oder Belastungen des Gesellschaftsvermögens verbietet⁷⁷⁰, entstehen:

- Wegfall des einzigen Geschäftsführers,
- Wegfall aller Geschäftsführer,
- Wegfall so vieler Geschäftsführer, dass weder Einzel- noch Gesamtvertretung⁷⁷¹ möglich ist.

764 OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 190/19p ecolex 2020, 414 mwN.

765 Ratka in Straube/Ratka/Rauter § 15a Rz 42 mwN; s **Rz 4.112 ff.**

766 OGH 21. 2. 1985, 6 Ob 1/85 EvBl 1986/39 = GesRZ 1985, 100 = NZ 1986, 113 = RdW 1985, 180.

767 Bei der **Exekution nach § 354 EO** begründen fehlende Geschäftsführer oder Liquidatoren keine dauernde Unmöglichkeit der Vornahme einer unvertretbaren Handlung und somit auch keine Einstellung des Verfahrens (OGH 4. 8. 2010, 3 Ob 95/10g wbl 2011, 47; OGH 4. 8. 2010, 3 Ob 94/10k RdW 2011, 90).

768 Vgl § 15 Abs 1 zweiter Satz; OGH 28. 11. 2000, 1 Ob 137/00d RdW 2001/312 = ÖJZ 2001/93 = ÖJZ-LSK 2001/93 und 94 = wbl 2001/192; OGH 9. 7. 2014, 7 Ob 114/14m ecolex 2015, 303.

769 OGH 27. 2. 2019, 6 Ob 26/19w ecolex 2019, 782.

770 OGH 29. 1. 2015, 6 Ob 39/14z, 6 Ob 40/14x NZ 2020, 146.

771 Besteht eine **gesellschaftsvertragliche Vertretungsregelung**, die die gesetzliche Gesamtvertretungsregel des § 18 Abs 2 verdrängt, wird bei Wegfall eines kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführers der verbleibende, ebenfalls mit Gesamtvertretungsmacht bestellte Geschäftsführer

Aus welchem Grund die betreffenden Geschäftsführer ausgeschieden sind, ist unerheblich.

c) Gewöhnlicher Aufenthalt

Hat keiner der bestellten Geschäftsführer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, ist dies einem Vertretungsmangel gleichzusetzen (§ 15a Abs 2). Siehe **Rz 4.7, 4.25**.

d) Tatsächliche oder rechtliche Behinderung

Tatsächliche oder rechtliche Behinderungen der Vertretung können dann zu einem Vertretungsmangel als Voraussetzung für die Notbestellung führen, wenn durch diese Behinderung überhaupt kein Geschäftsführer oder bei Gesamtvertretung nicht die dafür notwendige Anzahl vorhanden ist. **4.26**

Zu solchen Verhinderungen kann es etwa durch **langdauernde**⁷⁷² schwere Krankheit oder Abwesenheit⁷⁷³ (zB Auslandsaufenthalt oder auch Haft) eines oder mehrerer Geschäftsführer kommen.

Die Weigerung eines Geschäftsführers, die ihm obliegenden Aufgaben und Pflichten zu erfüllen⁷⁷⁴, liefert nur dann einen Vertretungsmangel und damit eine taugliche Voraussetzung zur Notbestellung, wenn sich diese Weigerung auf die **gesamte Geschäftsführungstätigkeit grundsätzlich**, nicht aber auf die Vornahme bloß **einzelner und konkreter** Geschäftsführungsakte bezieht⁷⁷⁵. Nicht möglich ist es jedoch, mittels Notgeschäftsführerbestellung einen leistungsunwilligen Geschäftsführer zu ersetzen⁷⁷⁶.

nicht ex lege selbständig vertretungsbefugt. Der Wegfall führt daher in diesem Fall zu einem Vertretungsmangel, wenn nicht mehr als zwei Geschäftsführer bestellt sind (zuletzt wieder OGH 17. 2. 2005, 6 Ob 207/04s ecolex 2005/364 = GBU 2005/07-08/02 = SWK 2005, W 112).

772 Kleindiek in Lutter/Hommelhoff²⁰ Vor § 35 dGmbHG Rz 16.

773 OGH 4. 5. 2005, 8 Ob 41/05w wbl 2005/305 = GesRZ 2005, 194 = GBU 2005/09/01 = ecolex 2005/325.

774 OGH 27. 2. 2019, 6 Ob 26/19w ecolex 2019, 782.

775 OGH 21. 2. 1985, 6 Ob 1/85 EvBl 1986/39 = GesRZ 1985, 100 = NZ 1986, 112 (113) = RdW 1985, 180 (Lehnt der Geschäftsführer nur die Vornahme bloß **einzelner** und **konkreter** Geschäftsführungsakte ab, weil er der Auffassung ist, es würde damit der GmbH Schaden zugefügt, liegt es an der **Gesellschafterversammlung**, die ihr notwendig erscheinenden Maßnahmen zu ergreifen, die bis zur Abberufung des Geschäftsführers gem § 16 Abs 1 und Bestellung eines anderen Geschäftsführers reichen können.) (OGH 26. 1. 2006, 6 Ob 10/06y RdW 2006/408 = ecolex 2006/170 = wbl 2006/129 = GBU 2006/05/01 = WRInfo 2006/122 [Orac aktuell]) – **vgl aber dagegen** OGH 16. 10. 1986, 6 Ob 36/85 SZ 59/172 = JBl 1987, 117 (121) = NZ 1987, 289 (293) = RdW 1987, 83, wonach durch die Möglichkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers, aufgrund seiner Beteiligung am Stammkapital jede Beschlussfassung in der **Generalversammlung** über das Vorgehen gegen ihn als Geschäftsführer ua auch durch die Erteilung von Weisungen zu verhindern, **Interessenkollision** vorliegt und in diesem Fall die Bestellung eines Notgeschäftsführers selbst **dann zulässig** ist, wenn sich der Geschäftsführer nur weigert, bloß **einzelne konkrete** Geschäftsführungsakte vorzunehmen (in diesem Fall die Unterfertigung einer Firmenbucheingabe); OLG Frankfurt GmbHR 86, 432; vgl auch Gellis/Feil⁷ § 15a Rz 2f; Koppensteiner/Rüffler⁸ § 15a Rz 3 ff; Reich-Rohrwig Rz 2/55.

776 OGH 11. 5. 2011, 3 Ob 48/11x AnwBl 2011, 447; OGH 26. 4. 2018, 6 Ob 67/18y AnwBl 2018, 574; OGH 27. 2. 2019, 6 Ob 26/19w ecolex 2019, 782.

Auch eine **Interessenkollision** des bestellten Geschäftsführers ist ein Vertretungsmangel und kann zur Notbestellung führen⁷⁷⁷. Wegen gesellschaftsinterner **Meinungsverschiedenheiten** – beispielsweise zwischen den Geschäftsführern untereinander oder zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer – kann kein Notgeschäftsführer bestellt werden⁷⁷⁸.

e) Dringender Fall

- 4.27** Bei der Beurteilung der Frage, ob der für die Notbestellung erforderliche dringende Fall vorliegt, ist zwischen dem Eingreifen in die Gesellschafterkompetenz und jenen Nachteilen abzuwägen, die der Vertretungsmangel voraussichtlich nach sich ziehen wird⁷⁷⁹. Entscheidend ist, ob der Gesellschaft, den Gesellschaftern, Organmitgliedern oder Dritten ohne unverzügliche Abhilfe ein erheblicher Nachteil droht⁷⁸⁰.

Der OGH hat dazu zB festgestellt, dass ein dringender Fall iSd § 15a dann vorliegt, wenn es darum geht, dass der der gesellschaftlichen Wirklichkeit entsprechende Firmenbuchstand im Interesse der betroffenen GmbH und der Allgemeinheit herbeigeführt werden soll⁷⁸¹.

- 4.28** Ein dringender Fall liegt aber jedenfalls dann nicht vor, wenn die Gesellschaftsorgane in der Lage sind, den Vertretungsmangel in angemessener Frist zu beseitigen⁷⁸². So kommt dem Alleingesellschafter kein Antragsrecht zu, da er den Vertretungsnotstand selbst beheben kann⁷⁸³. Dies wird zumeist auch auf den Mehrheitsgesellschafter zutreffen. Dem Minderheitsgesellschafter kann ein Antragsrecht zukommen⁷⁸⁴.
- 4.29** Wurde bereits ein Prozesskurator (§ 8 ZPO)⁷⁸⁵ oder ein Prozessbevollmächtigter⁷⁸⁶ bestellt und sind, abgesehen von der Prozessführung, keine weiteren Vertretungssagenden notwendig, so mangelt es an der Dringlichkeit. Hingegen ist für das Insolvenzverfahren ein Notgeschäftsführer zu bestellen, da in diesem Fall die Vertretungshandlungen über die Befugnisse eines Prozesskurators hinausgehen⁷⁸⁷.

777 OGH 16. 10. 1986, 6 Ob 36/85 SZ 59/172 = JBl 1987, 117, 121 = NZ 1987, 289, 293 (Näheres zu dieser E in *Wünsch*, GesRZ 1982, 155 [159]; *Baumbach/Hueck*²² § 7 dGmbHG Rz 2; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*²⁰ § 7 dGmbHG Rz 1); OGH 17. 4. 2002, 9 ObA 92/02y GesRZ 2002, 209 = RdW 2002, 555, 603; OGH 6. 4. 2006, 6 Ob 53/06x ecolex 2006, 841; OGH 26. 4. 2018, 6 Ob 67/18y AnwBl 2018, 574.

778 OGH 21. 2. 1985, 6 Ob 1/85 NZ 1986, 112.

779 *Kleindiek in Lutter/Hommelhoff*²⁰ Vor § 35 dGmbHG Rz 14.

780 RIS-Justiz RS0059953.

781 SZ 59/172 (882).

782 OGH 15. 4. 1993, 6 Ob 8/93 GesRZ 1993, 234 = wbl 1993, 297 (LS); ähnlich auch BayObLG 28. 9. 1995, 3 Z BR 225/95 = BB 1995, 2388 = DB 1995, 2364 = GmbHR 1995, 896.

783 OLG Graz 6. 5. 2009, 4 R 55/09d NZ 2009, 288.

784 Vgl OGH 21. 5. 2003, 6 Ob 250/02m ecolex 2004, 381; **weiterführend** zum Antragsrecht *Kopensteiner/Rüffler*³ § 15a Rz 6 mwN; *Zib in U. Torggler* § 15a Rz 18.

785 RIS-Justiz RS0113944, zuletzt OGH 16. 6. 2011, 6 Ob 79/11b ecolex 2011, 825.

786 OGH 21. 2. 2008, 6 Ob 26/08d ecolex 2008, 439.

787 OLG Wien 19. 7. 2011, 28 R 81/11d NZ 2012, 284.

f) Antrag des Beteiligten

Die Notbestellung von Geschäftsführern auf der Grundlage des § 15a durch das Gericht ist immer nur auf Antrag eines Beteiligten und niemals von Amts wegen möglich⁷⁸⁸. Das Antragsrecht steht nach dem Wortlaut des Gesetzes den Beteiligten zu. **4.30**

Das sind zunächst aus dem Kreis der GmbH:

- die verbliebenen Geschäftsführer, die an der Vornahme von Vertretungshandlungen gehindert sind;
- die zurückgetretenen oder abberufenen Geschäftsführer⁷⁸⁹, wenn die GmbH nicht für eine Löschung im Firmenbuch sorgt;
- uU die Gesellschafter⁷⁹⁰ und
- einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder der Aufsichtsrat.

Darüber hinaus ist aber auch **jedem**, der gegen die Gesellschaft ein Recht verfolgt oder ihr gegenüber eine Pflicht erfüllen will, das Antragsrecht zuzusprechen⁷⁹¹. Außerhalb der Gesellschaft stehende Personen sind jedoch zu einer Antragstellung **nicht verpflichtet**. Für die Entgegennahme von Zustellungen (passive Vertretung) hat die Rsp sogar eine primäre Pflicht der Gesellschafter zur Behebung eines Mangels im Bereich der **passiven Vertretung** angenommen. Bei Säumnis der Gesellschafter gilt nämlich eine Willenserklärung der GmbH zu jenem Zeitpunkt zugegangen, in dem sie bei pflichtgemäßer Behebung des Vertretungsmangels zugegangen wäre⁷⁹². **4.31**

Das Antragsrecht ist regelmäßig immer dann zu bejahen, wenn die Vertretung der GmbH durch andere gesetzlich vorgegebene Maßnahmen nicht mehr erreicht werden kann. Gleiches gilt, wenn die Vertretung der GmbH zwar durch solche anderen Maßnahmen erreicht werden könnte, aber bescheinigt wird, dass wegen des Zeitaufwandes, der mit dieser Vorgangsweise verbunden ist, und der besonderen Dringlichkeit der anstehenden Geschäfte die Vertretung der GmbH nicht mehr rechtzeitig erfolgen würde⁷⁹³.

g) Gerichtliches Bestellungsverfahren

Das Firmenbuchgericht hat zunächst festzustellen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Von der beabsichtigten Notgeschäftsführerbestellung sind die Gesellschafter zu verständigen⁷⁹⁴. Wenn die Bestellungs Voraussetzungen vorliegen, hat das Gericht den oder die Notgeschäftsführer zu bestellen. Bei der Notbestellung hat sich das Firmenbuch- **4.31/1**

788 Vgl OLG Wien 30. 9. 1985, 5 R 55/85 NZ 1986, 135.

789 OLG Wien 3. 2. 1994, 6 R 151/93 NZ 1994, 263.

790 OGH 9. 6. 1982, 6 Ob 656/82 JBl 1983, 262 (264); OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 2378/96a = ÖJZ 1997/179 = ÖJZ-LSK 1997/207 = ÖJZ-LSK 1999/208.

791 Kastner/Doralt/Nowotny⁵ 370 FN 13; Leuschner in MünchKomm⁸ § 29 BGB Rz 13; St. Frotz, SWK 1986 II, 5; dieses Antragsrecht steht auch dem für die GmbH bestellten Prozesskurator zu (OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 125/99x ÖJZ 2000/143 = RdW 2000, 383 = wbl 2000/219).

792 OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 78/97d Arb 11.602 = GesRZ 1997, 261 = HS 28.087 = HS 28.095 = infas 1997, A 108 = RdA 1997, 403 = RdW 1997, 525 = SZ 70/89; OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 124/97 v ARD 4855/39/97 = ecolex 1998, 639 = RdA 1997, 403 = RdW 1998, 294.

793 Vgl OGH 15. 4. 1993, 6 Ob 8/93 GesRZ 1993, 234 = wbl 1993, 297 (LS); OLG Wien 21. 6. 1982, 5 R 70/82 = NZ 1983, 77.

794 Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer § 18 FBG Rz 64; Zib in U. Torggler § 15a Rz 25.

gericht grundsätzlich an die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Vertretung der Gesellschaft zu halten⁷⁹⁵. Eine strikte Bindung des Gerichtes an gesellschaftsvertragliche Vertretungsregelungen ist jedoch mit dem Zweck des § 15a nicht vereinbar⁷⁹⁶. Das Firmenbuchgericht kann somit entweder Einzelvertretung oder auch Gesamtvertretung⁷⁹⁷ anordnen. In der Auswahl des zu bestellenden Notgeschäftsführers ist das Gericht frei. Der Antragsteller hat kein subjektives Recht auf Bestellung der vorgeschlagenen Person⁷⁹⁸.

- 4.32** Da zur Annahme des Amtes eines Notgeschäftsführers niemand verpflichtet ist, wird die Bestellung nur mit **Zustimmung** des Bestellten wirksam⁷⁹⁹. Liegt eine solche vor, tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung an den bestellten Notgeschäftsführer ein. Der Bestellungsbeschluss kann aber auch anderes anordnen und somit den Wirksamkeitsbeginn ausdrücklich festlegen (§ 15a Abs 3). Die **Zustellung** des Bestellungsbeschlusses ist jedoch jedenfalls Wirksamkeitserfordernis⁸⁰⁰. Die Gesellschafter sowie der bestellte Notgeschäftsführer haben im Bestellungsverfahren **Parteistellung**, nicht jedoch ein verbliebener Geschäftsführer⁸⁰¹.

IdR erstreckt sich die Notbestellung auf die gesamte Geschäftsführung⁸⁰² und der Notgeschäftsführer ist auch in das Firmenbuch einzutragen. Die Einschränkung der **Geschäftsführungsbefugnis** auf **eine einzelne Rechtshandlung** in einem bestimmten Tätigkeitsbereich des Notgeschäftsführers ist jedoch **zulässig** und in einem solchen Fall **kann** auch die Firmenbucheintragung **entfallen**⁸⁰³. Zu beachten ist, dass der Notgeschäftsführer an die die Geschäftsführer bindenden Gesellschafterbeschlüsse in gleicher Weise gebunden ist und daher aus solchen resultierende Einschränkungen und Weisun-

795 OGH 23. 10. 1986, 6 Ob 11/86 und OLG Linz 20. 8. 1986, 2 R 219/86 NZ 1987, 351 (352), wonach das Firmenbuchgericht auch bei der Notbestellung nicht in die Willensbildung anderer Gesellschaftsorgane einzugreifen hat, was mE durch Festlegung einer Vertretungsberechtigung, die im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist, der Fall wäre. (Das OLG Linz hatte sich in seiner Entscheidung über die Vertretungsregelung ausdrücklich auf die Regelung im Gesellschaftsvertrag gestützt, was der OGH im anschließenden ao RevRek nicht als offenbare Gesetzeswidrigkeit iSd § 16 Abs 1 AußStrG ansah.) BayObLG NJW 81, 995.

796 OLG Wien 23. 10. 2012, 28 R 142/12 a; OLG Wien 23. 10. 2012, 28 R 143/12 y GesRZ 2013, 111 (UU kann die Bestellung von zwei Notgeschäftsführern erforderlich sein.).

797 OGH 23. 10. 1986, 6 Ob 11/86 NZ 1987, 351 RdW 1987, 83; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff²⁰ Vor § 35 dGmbHG Rz 21.

798 RIS-Justiz RS0118770.

799 OGH 18. 10. 2001, 6 Ob 252/01 d; ebenso OGH 18. 10. 2001, 6 Ob 253/01 a, beide E = ecolex 2002/78; OLG Innsbruck 2. 10. 1987, 3 R 251/87 = NZ 1988, 163.

800 So § 15a Abs 3; OLG Wien 4. 12. 2008, 28 R 150/08 x NZ 2009, 350 (Eine Vorwegzustimmung ersetzt nicht Zustellung und Annahme.).

801 OGH 6. 4. 2006, 6 Ob 53/06 x AnwBl 2007, 500; OGH 24. 10. 2019, 6 Ob 71/19 p RdW 2020, 100.

802 OGH 7. 12. 1994, 6 Ob 23/94 AnwBl 1995, 772 (LS) ecolex 1995, 264 (Reich-Rohrwig) = GesRZ 1995, 270 = RdW 1995, 180 (LS) = wbl 1995, 293.

803 OGH 21. 11. 1985, 6 Ob 31/85 JBl 1986, 242; BayObLG GmbHR 86, 190; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff²⁰ Vor § 35 dGmbHG Rz 21 („Das Amtsgericht kann und muss die Geschäftsführungsbefugnis ausdrücklich auf den Bereich derjenigen Handlungen und Rechtsgeschäfte beschränken, deren Wahrnehmung im Interesse des Antragstellers unumgänglich ist.“).

gen zu befolgen hat⁸⁰⁴. Einschränkungen des Tätigkeitsbereichs des Notgeschäftsführers durch den Bestellungsbeschluss oder durch Weisungen der Gesellschafter wirken nur im Innenverhältnis. Der Umfang der **Vertretungsbefugnis** ist daher auch beim Notgeschäftsführer dritten Personen gegenüber stets unbeschränkbar (§ 20 Abs 2)⁸⁰⁵. Die Einschränkung des Tätigkeitsbereichs kann nicht im Firmenbuch eingetragen werden⁸⁰⁶. Ergibt sich die Einschränkung des Tätigkeitsbereichs lediglich aus der Begründung des Bestellungsbeschlusses und nicht aus dem Spruch, so ist die Einschränkung nicht einmal im Innenverhältnis wirksam⁸⁰⁷.

Rechtsmittellegitimation gegen die Bestellung oder die Verweigerung der Notbestellung kommt dem **Antragsteller**, der **Gesellschaft** und den Gesellschaftern⁸⁰⁸, nicht jedoch dem verbleibenden Geschäftsführer im eigenen Namen⁸⁰⁹ zu⁸¹⁰. In der Lit wird vertreten, dass auch nicht im Firmenbuch eingetragene Geschäftsführer ein Rekursrecht gegen den Bestellungsbeschluss haben⁸¹¹.

Die Funktion des Notgeschäftsführers **endet** mit **Wegfall** der dem Bestellungsbeschluss zugrunde gelegten Notlage⁸¹², was in den meisten Fällen durch Bestellung eines Geschäftsführers durch die Gesellschafter erreicht wird⁸¹³. Einer ausdrücklichen Abberufung bedarf es daher nicht. Die **Insolvenzeröffnung** über das Vermögen der GmbH beendet dagegen die Funktion **nicht**⁸¹⁴. Stellt sich jedoch nach Bestellung heraus, dass der Notgeschäftsführer für diese Tätigkeit nicht geeignet ist, hat ihn das Firmenbuchgericht

4.33

804 OGH 6. 4. 2006, 6 Ob 53/06x GBU 2006/07-08/06 = wbl 2006, 434/196 – wbl 2006/196.

805 OGH 29. 1. 2001, 3 Ob 3/01 i ecolex 2001/244; OGH 15. 2. 2007, 6 Ob 292/06v wbl 2007, 398; OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 190/19p ecolex 2020, 414 mwN.

806 OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 190/19p ecolex 2020, 414 mwN.

807 OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 190/19p ecolex 2020, 414 mwN.

808 OGH 21. 2. 1985, 6 Ob 1/85 SZ 58/27; OGH 16. 10. 1986, 6 Ob 36/85 SZ 59/172 = JBl 1987, 117 = NZ 1986, 289 = RdW 1987, 83; OLG Hamm 4. 12. 1995, 15 W 399/95 = DB 1996, 369 = GmbHR 1996, 210 = WiB 1996, 434 (*Jasper*) (Bejahung der Rechtsmittelbefugnis auch für Gesellschaftsgläubiger).

809 OGH 6. 4. 2006, 5 Ob 53/06x AnwBl 2007, 500.

810 Vgl auch *Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter* § 15a Rz 33f; *Koppensteiner/Rüffler*³ § 15a Rz 9; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*² § 15a Rz 31; *Zib* in *U. Torggler* § 15a Rz 27.

811 *Reich-Rohrwig* I² Rz 2/62.

812 OGH 26. 4. 1984, 6 Ob 9/84 = NZ 1985, 16.

813 OLG Wien 4. 12. 2008, 28 R 150/08x NZ 2009, 350.

814 OGH 23. 2. 1995, 8 Ob 13/93 ecolex 1995, 493 = EvBl 1995/165 = ÖJZ 1995, 826 = ZIK 1995, 185. Nach Konkurseröffnung (nunmehr Insolvenzeröffnung) über das Vermögen der Gesellschaft stehen dem Notgeschäftsführer der Ersatz der Barauslagen und eine angemessene Entlohnung zu, wenn seine Tätigkeit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirtschaftung der Masse dient und dadurch eine Ersparnis in den sonst im Konkursverfahren (nunmehr Insolvenzverfahren) auflaufenden Verfahrens- und Massekosten, insbesondere im Bereich der Masseverwalterentlohnung eintritt. Der konkursrechtlich (nunmehr insolvenzrechtlich) als Masseforderung zu qualifizierende Anspruch ist vom Notgeschäftsführer gegenüber dem Firmenbuchgericht geltend zu machen (OGH 20. 6. 2002, 6 Ob 184/01 d = ecolex 2002/284 = JBl 2003, 184 = ZIK 2003/28; OGH 17. 10. 2002, 8 Ob S 205/02h ARD 5438/6/2003 = infas 2003, A 32 = wbl 2003/15).

abzuberufen und einen anderen Notgeschäftsführer zu bestellen⁸¹⁵. Die Funktion endet bei Verzichtserklärung durch den Notgeschäftsführer erst mit dem gerichtlichen Enthebungsbeschluss⁸¹⁶. Der Notgeschäftsführer hat grundsätzlich nur bei triftigen, bei der Bestellung nicht vorhersehbaren Gründen Anspruch auf Enthebung⁸¹⁷.

G. Exkurs: Faktischer Geschäftsführer

- 4.34** Nach hA in der L⁸¹⁸ und Rsp⁸¹⁹ versteht man unter einem faktischen Geschäftsführer eine Person, die das Unternehmen leitet, ohne (wirksam) zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein. Dabei ist es unerheblich, ob der faktische Geschäftsführer auch gleichzeitig Gesellschafter ist⁸²⁰. Als Beispiel für einen faktischen Geschäftsführer wird häufig der Fall genannt, dass die bestellten Geschäftsführer nur Strohleute sind, ihre Organfunktionen nicht ausüben und stattdessen ein anderer die Gesellschaft tatsächlich leitet, der nach außen auch wie ein Geschäftsführer auftritt und handelt⁸²¹.

Der OGH hat klargestellt, dass dem faktischen Geschäftsführer **keine organschaftliche Vertretungsbefugnis** zukommt⁸²². Es besteht auch keine Vertretungsbefugnis des faktischen Geschäftsführers, wenn er wirtschaftlicher Eigentümer ist. Eine solche ist auch nicht aus dem WiEReg⁸²³ abzuleiten, da dieses bloß der Transparenz und der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung dient und keine Vertretungsregelungen enthält⁸²⁴.

Die Zurechenbarkeit und Wirksamkeit von Vertretungshandlungen ist ausschließlich nach **vollmachtsrechtlichen Grundsätzen** zu beurteilen⁸²⁵. Die **sachliche gerichtliche Zuständigkeit** bestimmt sich beim faktischen Geschäftsführer auch nicht nach § 51 Abs 1 Z 6 JN⁸²⁶.

Zwar trifft den faktischen Geschäftsführer keine Insolvenzantragspflicht iSd § 69 IO (vormals § 69 KO), dennoch hat er auf die Antragstellung durch den formell bestellten

815 LGZ Wien 24. 7. 1987, 43 R 406/87 WR 311 (im Zusammenhang mit einer beantragten Nachlassseparation in einem Verlassenschaftsverfahren).

816 OGH 22. 2. 1994, 6 Ob 3/94 ecolex 1994, 472 = EvBl 1994/168 = ÖJZ 1994, 812 = RdW 1994, 174 = RZ 1995, 67 = wbl 1994, 312.

817 OGH 7. 12. 1994, 6 Ob 23/94 AnwBl 1995, 772 (LS) = ecolex 1995, 264 (Reich-Rohrwig) = GesRZ 1995, 270 = RdW 1995, 180 (LS) = WBl 1995, 293; OLG Wien 31. 3. 1998, 28 R 143/97y HS 29.084 = NZ 1998, 379.

818 *Straube/Ratka/Stöger/Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter* § 15 Rz 8; *Zib* in *U. Torggler* § 15 Rz 38, jeweils mwN.

819 OGH 15. 9. 2010, 2 Ob 238/09b EvBl 2011, 267; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 202/11s wbl 2012, 166; OGH 28. 2. 2018, 6 Ob 11/18p ecolex 2018, 738.

820 OGH 23. 2. 2009, 8 Ob 108/08b AnwBl 2009, 529.

821 OGH 15. 9. 2010, 2 Ob 238/09b EvBl 2011, 267.

822 OGH 15. 9. 2010, 2 Ob 238/09b EvBl 2011, 267; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 202/11s wbl 2012, 166.

823 BGBl I 2017/136.

824 OGH 28. 2. 2018, 6 Ob 11/18p ecolex 2018, 738.

825 OGH 15. 9. 2010, 2 Ob 238/09b EvBl 2011, 267; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 202/11s wbl 2012, 166.

826 OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 202/11s wbl 2012, 166.

Geschäftsführer hinzuwirken⁸²⁷. Für **Insolvenzverschleppung** haftet er gem § 69 IO iVm §§ 1295, 1311 ABGB⁸²⁸.

Eine Haftung des faktischen Geschäftsführers am **Maßstab des § 25** wird überwiegend bejaht⁸²⁹. Sie verdrängt freilich nicht die Haftung der bestellten Geschäftsführer.

III. Beendigung der Geschäftsführerfunktion

A. Allgemeines

Die Geschäftsführerfunktion endet durch **Abberufung, Rücktritt, Verlust der unbeschränkten Handlungsfähigkeit**⁸³⁰ oder **Tod**⁸³¹. **4.35**

Die Bestellung zum Geschäftsführer kann, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen, durch Beschluss der Gesellschafter **jederzeit** widerrufen werden (§ 16 Abs 1). Für die Beendigung des **arbeitsrechtlichen Dienstverhältnisses** ist bei Verknüpfung von Abberufung und Kündigung oder Beendigung des Anstellungsvertrages vor Abberufung die Generalversammlung⁸³², im Fall der Lösung des Dienstverhältnisses nach bereits erfolgter Abberufung der verbliebene oder neue Geschäftsführer zuständig, der jedoch wiederum vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen hat⁸³³. **4.36**

Diese Beschlüsse können als Generalversammlungsbeschlüsse, aber auch außerhalb einer Generalversammlung als schriftliche Gesellschafterbeschlüsse gem § 34 gefasst werden⁸³⁴.

Der Geschäftsführer hat keine **Rechtsmittellegitimation** zur Bekämpfung der Eintragung des Beschlusses über seine Abberufung⁸³⁵. Die Eintragung ist deklarativ und betrifft ausschließlich die Rechtswirkungen nach § 15 UGB und § 17 Abs 3 GmbHG. Dies gilt auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer⁸³⁶.

827 OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d ecolex 2008, 439; beachte jedoch **§ 69 Abs 3 a IO**, s dazu Rz 4.34.

828 RIS-Justiz RS0123113; Altgläubiger – dh solche Insolvenzgläubiger, die ihre Forderung vor Insolvenzverschleppung erworben haben – können nach rechtskräftiger Aufhebung der Insolvenz den Quotenschaden geltend machen, vgl OGH 23. 2. 2009, 8 Ob 108/08 b GES 2009, 269; vgl auch OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 173/12 p ecolex 2013, 1082, der gewerberechtliche Geschäftsführer haftete mangels Stellung als faktischer Geschäftsführer nicht für die Verletzung der Konkursanmeldepflicht (nunmehr Insolvenzanmeldepflicht).

829 Vgl *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler* 45 (52f) mwN; *Straube/Ratka/Stöger/Völkl in Straube/Ratka/Rauter* § 15 Rz 10 mwN.

830 OGH 9. 7. 2014, 7 Ob 114/14 m ecolex 2015, 303.

831 Vgl dazu oben RN 4.6.

832 Die Rsp verlangt die Fassung eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch der Kündigung (OGH 29. 4. 1998, 9 ObA 36/98 d = ecolex 1998, 786); OGH 11. 5. 2010, 9 ObA 71/09 w Arb 12.884; OGH 15. 7. 2011, 8 ObA 49/11 f ecolex 2013, 42; OGH 24. 9. 2015, 9 ObA 89/15 a NZ 2015, 466.

833 Ebenso *Harrer*, wbl 1998, 107.

834 OGH 29. 4. 1998, 9 ObA 36/98 d ecolex 1998, 786.

835 OGH 15. 2. 2007, 6 Ob 14/07 p ecolex 2007, 443; OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 35/07 a NZ 2008, 57; OGH 13. 9. 2007, 6 Ob 167/07 p AnwBl 2008, 483; OGH 27. 4. 2015, 6 Ob 32/15 x ecolex 2015, 1064.

836 OGH 13. 9. 2007, 6 Ob 168/07 k NZ 2008, 155.

Das GmbHG durchbricht das Prinzip der freien Widerruflichkeit der Geschäftsführerbestellung nur ausnahmsweise für **Gesellschafter**,

- die im **Gesellschaftsvertrag** zu Geschäftsführern bestellt werden, wenn darin gleichzeitig die Zulässigkeit des Widerrufs ihrer Bestellung auf **wichtige Gründe** beschränkt wird (§ 16 Abs 3 erster Satz; **Rz 4.11 f**);
- denen im **Gesellschaftsvertrag** ein **Sonderrecht** auf Geschäftsführung eingeräumt worden ist (§ 50 Abs 4; **Rz 4.13**).

4.37 Durch das IRÄG 1997 wurde eine Verpflichtung der Geschäftsführer gegenüber der GmbH eingeführt, auch nach Beendigung der Geschäftsführerfunktion noch für die Dauer von **fünf Jahren** im Rahmen des Zumutbaren **Auskunft** über die Geschäfte und Vermögenswerte der Gesellschaft zu erteilen (§ 24a). Die Bestimmung soll die für eine **Unternehmensfortführung** notwendige **Informationsbeschaffung** nach einem Geschäftsführerwechsel erleichtern.

B. Abberufung durch Gesellschafterbeschluss

4.38 Für die Abberufung von Geschäftsführern ist ein Beschluss der Gesellschafter erforderlich, für den zunächst dieselben Voraussetzungen wie für den Bestellungsbeschluss gelten:

Vor Eintragung der GmbH ist **Einstimmigkeit** erforderlich, nach Entstehen genügt **einfache Mehrheit**, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes festlegt⁸³⁷. Legt der Gesellschaftsvertrag für die Bestellung ein erhöhtes Konsensquorum fest, ist daraus jedoch noch nicht abzuleiten, dass dieses auch für die Abberufung zu gelten hat⁸³⁸. Schreibt der Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Mehrheit für die Bestellung und Abberufung vor, gilt dies nicht ohne weiteres auch für die Begründung oder Beendigung des Anstellungsverhältnisses⁸³⁹. Bei der Beschlussfassung sind **alle Gesellschafter stimmberechtigt**. Selbst wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen werden soll, ist dieser beim Abberufungsbeschluss in der Ausübung seines Stimmrechts auch dann **nicht beschränkt**, wenn die Abberufung aus wichtigen Gründen erfolgen soll (§ 39 Abs 5)⁸⁴⁰. Dies gilt jedoch nicht für die Beendigung des arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses zur GmbH. Zutreffend weist *Harrer*⁸⁴¹ darauf hin, dass **nach** bereits erfolgter Abberufung aus der organschaftlichen Geschäftsführerfunktion für die Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr die Generalversammlung, sondern der aktive Geschäftsführer zuständig ist und allfällige der Auflösung entgegenwirkende Weisungen an den aktiven Geschäftsführer in Form von Gesellschafterbeschlüssen dann rechtswidrig und anfechtbar sind, wenn

837 OGH 7. 11. 1978, 5 Ob 611/78 GesRZ 1979, 81 (Bestimmt der Gesellschaftsvertrag allgemein, dass die Abberufung von Geschäftsführern der Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Stimmen bedarf, reicht auch bei Vorliegen wichtiger Gründe für eine solche Abberufung die gesetzliche einfache Mehrheit nicht aus.).

838 OGH 16. 6. 2011, 6 Ob 99/11 v NZ 2012, 282.

839 OLG Wien 30. 1. 2017, 5 R 190/16x GES 2017, 202.

840 *Kastner/Doralt/Nowotny*⁵ 374 mwN; aA *Harrer*, wbl 1998, 107.

841 *Harrer*, wbl 1998, 107; aA *Fantur/Zehetner*, ecolex 1997, 846 und ecolex 1998, 918, die die Ansicht vertreten, der Gesellschafter-Geschäftsführer besitze auch bei Beendigung seines arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnisses in jedem Fall ein Stimmrecht.

der betroffene abberufene Geschäftsführer das Zustandekommen solcher Beschlüsse durch Ausübung seines Stimmrechts bewirkt.

Der Abberufungsbeschluss wirkt idR **konstitutiv** und unabhängig von der Eintragung im Firmenbuch⁸⁴². Die **Abberufung** stellt nach hA eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die mit Zugang an den Geschäftsführer **wirksam** wird⁸⁴³. Ist der Geschäftsführer bei der Beschlussfassung anwesend, wird er unmittelbar wirksam⁸⁴⁴. Solange aber die Eintragung nicht erfolgt ist, gilt der Grundsatz der negativen Publizität des Firmenbuchs (§ 15 Abs 1 UGB)⁸⁴⁵. Eine **rückwirkende Abberufung** ist **unzulässig**⁸⁴⁶. **4.39**

Selbst wenn der Abberufungsbeschluss durch **Nichtigkeitsklage** bekämpft wird (§ 41), bleibt der Widerruf der Bestellung so lange wirksam, als nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist (§ 16 Abs 3 zweiter Satz). In solchen Fällen kann aber durch **einstweilige Verfügung** die Ausführung des angefochtenen Beschlusses aufgeschoben werden, wenn ein der Gesellschaft drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht wird (§ 42 Abs 4). Daran hat auch die durch die GmbHG-Nov 1980 erfolgte Neufassung des § 16 Abs 3 nichts geändert und die Erlassung der einstweiligen Verfügung ist selbst dann noch zulässig, wenn die Geschäftsführerabberufung bereits in das Firmenbuch eingetragen wurde⁸⁴⁷. Im Fall der Bewilligung der einstweiligen Verfügung ist der Geschäftsführer wieder im Firmenbuch einzutragen⁸⁴⁸.

Nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des **IRÄG 1997** konnte der abberufene Geschäftsführer seine Löschung im Firmenbuch nicht mehr **selbst anmelden** oder daran mitwirken⁸⁴⁹. Dies war alleinige Aufgabe und Pflicht der verbliebenen oder neu bestellten **4.40**

842 OGH 20. 10. 1967, 2 Ob 193/67 SZ 40/132; OGH 23. 9. 1975, 3 Ob 182/75 = RZ 1976/39; OGH 31. 3. 1977, 6 Ob 575/77 NZ 1979, 8 = HS 11381; OGH 16. 5. 1979, 1 Ob 766/78 = GesRZ 1979, 120; OGH 22. 5. 1979, 5 Ob 309/79 EvBl 1979/202 = GesRZ 1979, 171; OGH 20. 11. 1979, 5 Ob 313/79 GesRZ 1980, 92; OGH 13. 2. 1986, 6 Ob 517/86 EvBl 1987/58 = ÖJZ 1987, 248; OGH 29. 11. 1989, 1 Ob 695/89 ecolex 1990, 32; OGH 29. 4. 1993, 8 Ob 13/92 = Die AG 1994, 42 = ecolex 1993, 815 = GesRZ 1993, 233 = RdW 1993, 243 = wbl 1993, 297 (LS); OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 2378/96s ARD 4884/22/97 = HS 28.100 = ÖJZ-LSK 1997/208 = ÖJZ 1997/179 (falsche GZ) = RdW 1997, 535 = SZ 70/81 = wbl 1997, 392; VwGH 5. 6. 1984, 84/04/0037, 0043 = AnwBl 1985, 494; VwGH 20. 12. 1991, 90/17/0112 wbl 1992, 170 (LS).

843 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*³ § 16 Rz 14 mwN; *N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer*² § 16 Rz 37, 39; vgl auch OLG Wien 18. 6. 2007, 28 R 120/07h ZIK 2008, 134 (Vor dem Zeitpunkt der Mitteilung ist der Geschäftsführer daher vertretungsbefugt und kann auch einen Konkursantrag [nunmehr Insolvenzantrag] stellen.); *krit Zib in U. Torggler* § 16 Rz 6.

844 *Zib in U. Torggler* § 16 Rz 6 mwN.

845 OGH 16. 5. 1979, 1 Ob 766/78 = GesRZ 1979, 120; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ 412.

846 OGH 28. 1. 1999, 6 Ob 290/98k wbl 1999, 324.

847 OGH 6. 8. 1981, 3 Ob 553/81 SZ 54/113 = GesRZ 1981, 231 = ÖJZ 1982, 104; OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 2378/96s ARD 4884/22/97 = HS 28.100 = ÖJZ-LSK 1997/208 = ÖJZ 1997/179 (falsche GZ) = RdW 1997, 535 = SZ 70/81 = wbl 1997, 392.

848 OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 2378/96a ÖJZ 1997/179 = ÖJZ-LSK 1997/207 = ÖJZ-LSK 1999/208; OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 2378/96s RdW 1997, 535 = wbl 1997, 392; OLG Graz 21. 1. 2009, 4 R 195/08s NZ 2009, 223.

849 OLG Wien 27. 12. 1990, 4 R 58/90 NZ 1991, 300 = ecolex 1991, 250.