

## B. Bestellung des Geschäftsführers

### I. Allgemeines

Anders als bei Personengesellschaften können bei den Kapitalgesellschaften (sowohl Aktiengesellschaft als auch GmbH) auch Personen, die nicht Gesellschafter sind, zu Geschäftsführern bestellt werden. Es gilt also der Grundsatz der Drittorganschaft. Gesellschafter sind von ihrer Bestellung zum Geschäftsführer der GmbH selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

Gemäß § 15 Abs 1 GmbHG **muss** die Gesellschaft **einen oder mehrere Geschäftsführer haben**. Über die Eigenschaften der Geschäftsführer wird lediglich vorgeschrieben, dass es sich um physische und handlungsfähige Personen handeln muss.<sup>1</sup> Die Bestellung von juristischen Personen ist ausgeschlossen. In der Regel dürfen Geschäftsführer auch nicht dem Aufsichtsrat angehören.<sup>2</sup>

Anders als im Gewerberecht werden an die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Geschäftsführers keine besonderen Anforderungen gestellt. Es muss lediglich sichergestellt sein, dass der Geschäftsführer – allenfalls auch vom Ausland aus – seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen kann. Im Fall der Anstellung ausländischer Staatsangehöriger als Geschäftsführer kann – sofern diese nicht Staatsbürger eines EWR-Staates sind – nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes eine behördliche Bewilligung erforderlich sein.

Die Gesellschafter einer GmbH können dessen ungeachtet allerdings im Gesellschaftsvertrag zusätzliche **Eignungsvoraussetzungen** (zB bestimmte Qualifikationen, Mindestalter, österreichische Staatsbürgerschaft, Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand oder zu einem bestimmten Familienstamm) vorsehen.

### II. Bestellungsarten (Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss)

#### 1. Allgemeines

Die Geschäftsführer werden regelmäßig durch **Beschluss** der Gesellschafter bestellt,<sup>3</sup> und zwar gleichgültig, ob es sich um Fremdgeschäftsführer oder Gesellschafter-Geschäftsführer handelt. Gesellschafter können für die Dauer ihres Gesellschaftsverhältnisses darüber hinaus auch direkt im **Gesellschaftsvertrag** zu Geschäftsführern bestellt werden.<sup>4</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann die Befugnis zur Bestellung von Geschäftsführern nicht dem Aufsichtsrat oder anderen Organen übertragen.<sup>5</sup> Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag bestimmten Gesellschaftern oder Gesellschaftergruppen das Recht zur Namhaftmachung von Geschäftsführern einräumen. Die übrigen Gesell-

schafter haben in diesem Fall für den namhaft gemachten Geschäftsführer zu stimmen, soweit nicht wichtige Gründe dagegen sprechen. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag auch Zustimmungs- oder Vetorechte eines Gesellschafters vorsehen. Beschlüsse, welche die Regeln des Gesellschaftsvertrags über die Bestellung von Geschäftsführern verletzen, sind anfechtbar.

## 2. Bestellung im Gesellschaftsvertrag

Die Bestellung von Geschäftsführern im Gesellschaftsvertrag ist **nur für Gesellschafter** möglich. Sie ist grundsätzlich im Gründungsstadium der GmbH von größerer praktischer Bedeutung.

Es besteht allerdings auch nach Entstehen der GmbH die Möglichkeit, einen Gesellschafter durch Abänderung des Gesellschaftsvertrags zum Geschäftsführer zu bestellen. Im Unterschied zur Geschäftsführerbestellung durch Gesellschaftsvertrag im Gründungsstadium (hier ist Einstimmigkeit erforderlich) reicht für diesen Gesellschafterbeschluss eine Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen.<sup>6)</sup> Die Bestellung wird erst **mit Eintragung** der Änderung des Gesellschaftsvertrages in das Firmenbuch **rechtswirksam**.

Die **Abberufbarkeit** des im Gesellschaftsvertrag bestellten Gesellschafter-Geschäftsführers kann im Gesellschaftsvertrag auf **wichtige Gründe beschränkt** werden.

Die Bestellung eines Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag ohne weitere Bestimmungen bedeutet noch nicht, dass er nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann. Die Beschränkung der Zulässigkeit des grundsätzlich jederzeit möglichen Widerrufs der Geschäftsführerbestellung muss ausdrücklich geschehen. Ist dies nicht der Fall, ist die jederzeitige Abberufung eines im Gesellschaftsvertrag bestellten Geschäftsführers auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes unbeschränkt möglich.<sup>7</sup>

Ein „**wichtiger Grund**“ liegt regelmäßig bei Verstößen des Geschäftsführers vor, die zur Unzumutbarkeit einer weiteren Beibehaltung dieses Geschäftsführers führen (zB grobe Pflichtverletzungen wie die Nichteinholung einer erforderlichen Gesellschafterzustimmung<sup>8</sup>, ein Verstoß gegen interne Geschäftsführungsbeschränkungen und Weisungen<sup>9</sup>, die Zerstörung der Vertrauensbasis<sup>10</sup> oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung wie zB mangelhafte Führung des Kassabuches<sup>11</sup>, Falschbuchungen und unrichtige Bilanzerstellungen<sup>12</sup>. Ein Verschulden des Geschäftsführers für das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ ist grundsätzlich nicht erforderlich. Ein „wichtiger Grund“, der bereits zum Zeitpunkt der Bestellung bekannt war, kann keinesfalls für eine spätere Abberufung herangezogen werden. In der Praxis werden die „wichtigen Gründe“ oft demonstrativ aufgezählt und nach den individuellen Bedürfnissen erweitert. Unzulässig ist es hingegen, den Kreis der „wichtigen Gründe“ im Gesellschaftsvertrag einzuengen.<sup>13</sup> Durch derartige Vereinbarungen darf auch der Grundsatz der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Geschäftsführerbestellung<sup>14</sup> in keinem Fall zur Gänze untergraben werden.

Schließlich kann einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auch ein echtes **Sonderrecht auf Geschäftsführung** im Sinne des § 50 Abs 4 GmbHG eingeräumt werden, welches keinesfalls mit einer gesellschaftsvertraglichen Beschränkung der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers auf wichtige Gründe gleichgesetzt werden darf.<sup>15</sup> Ein gesellschaftsvertraglich eingeräumtes Sonderrecht darf nur mit Zustimmung des sonderberechtigten Geschäftsführers geändert und/oder beeinträchtigt werden.<sup>16</sup> Demnach muss für eine wirksame Änderung eines eingeräumten Sonderrechts neben einem Beschluss mit qualifizierter Mehrheit nach § 50 Abs 1 GmbHG auch die Zustimmung des sonderberechtigten Geschäftsführers vorliegen.<sup>17</sup> Ein Eingriff in das Sonderrecht ist darüber hinaus als Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu qualifizieren, die durch alle Geschäftsführer zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet werden muss<sup>18</sup> und erst mit Eintragung rechtswirksam wird.<sup>19</sup>

Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein sonderberechtigter Geschäftsführer selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gegen seinen Willen nur durch **Abberufungsklage** enthoben werden kann.<sup>20</sup>

### 3. Bestellung durch Gesellschafterbeschluss

In der Praxis erfolgt die Bestellung zum Geschäftsführer am häufigsten durch **Gesellschafterbeschluss**, wobei jedem Gesellschafter ein Stimmrecht zukommt.<sup>21</sup> Vor Eintragung der GmbH bedarf ein solcher Beschluss der Einstimmigkeit. Nach Eintragung der GmbH im Firmenbuch ist die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichend, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag andere Mehrheitserfordernisse festgelegt sind.<sup>22</sup>

Hinsichtlich der Beschlussform verlangt das Gesetz lediglich den Nachweis der Bestellung in beglaubigter Form.<sup>23</sup> Das bedeutet, dass der Gesellschafterbeschluss über die Geschäftsführerbestellung entweder in einer förmlich einberufenen Generalversammlung oder auf schriftlichem Weg<sup>24</sup> gefasst werden kann. Bei Beschlussfassung im schriftlichen Weg sind sämtliche Unterschriften der abstimmenden Gesellschafter zu beglaubigen.

## III. Bestelldauer

Die Bestellung zum Geschäftsführer kann im Gesellschafterbeschluss für bestimmte oder für unbestimmte Dauer erfolgen. Sie kann grundsätzlich jederzeit – wiederum durch Gesellschafterbeschluss – widerrufen werden.<sup>25</sup>

Die Bestellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag gilt längstens für die Dauer des Gesellschafterverhältnisses. Da die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers bei Ausscheiden aus der GmbH kraft Gesetz erlischt, bedarf es keines formellen Abberufungsbeschlusses.<sup>26</sup> Sie lebt auch nicht wieder auf, wenn der Geschäftsführer neuerlich Gesellschafter der GmbH wird.<sup>27</sup> Eine Wiederbestellung ist allerdings wie für jeden anderen Geschäftsführer möglich.

#### IV. Eintragung im Firmenbuch

Die Bestellung von Geschäftsführern ist – ebenso wie das Erlöschen oder eine Änderung der Vertretungsbefugnis – ohne Verzug zum **Firmenbuch anzumelden**.<sup>28</sup> Der Anmeldung sind die Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer im Original oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Bei Neubestellungen ist auch der beschlussmäßige Beginn der Vertretungsbefugnis in das Firmenbuch anzumelden.<sup>29</sup>

Zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet sind die zu diesem Zeitpunkt bestellten Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Anzahl.<sup>30</sup> Die Firmenbucheingabe ist **notariell beglaubigt** zu unterfertigen. Neben dem Nachweis der Bestellung ist ihr eine – ebenfalls notariell beglaubigt unterfertigte – **Musterzeichnungserklärung** des Geschäftsführers beizulegen.<sup>31</sup>

Die Anmeldung ist vom zuständigen Firmenbuchgericht in das Firmenbuch einzutragen und die Eintragung zu veröffentlichen. Veröffentlicht werden regelmäßig Vor- und Zuname des Geschäftsführers, sein Geburtsdatum sowie Beginn und Art der Vertretungsbefugnis.<sup>32</sup>

Bei Bestellung des Geschäftsführers durch Gesellschafterbeschluss hat die Firmenbucheintragung nur deklarative Wirkung. Das bedeutet, dass die Bestellung bereits mit der ordnungsgemäßen Fassung des Gesellschafterbeschlusses sofort und unabhängig von der Eintragung in das Firmenbuch wirksam ist. Demgegenüber wird eine Bestellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers durch Änderung des Gesellschaftsvertrags nach Eintragung der GmbH erst mit der entsprechenden Eintragung der Satzungsänderung wirksam.<sup>33</sup>

#### V. Notgeschäftsführer

##### 1. Voraussetzungen

Gemäß § 15 a GmbHG besteht die Möglichkeit, **auf Antrag** eines Beteiligten in dringenden Fällen für den Zeitraum, in dem die zur Vertretung der GmbH erforderlichen Geschäftsführer fehlen, weitere Geschäftsführer zu bestellen (**Notgeschäftsführer**).

Die Notbestellung eines Geschäftsführers durch das zuständige Firmenbuchgericht ist als äußerste behördliche Maßnahme anzusehen, weswegen die einzelnen Voraussetzungen für die gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers auch eng auszulegen sind. An die Glaubhaftmachung ihres Vorliegens werden regelmäßig hohe Anforderungen gestellt. Wenn ein Vertretungsmangel durch die GmbH und ihre Organe selbst behoben werden kann, ist eine Notgeschäftsführerbestellung regelmäßig unzulässig. In diesem Fall wäre die vom Gesetz geforderte Dringlichkeit nicht gegeben.<sup>34</sup> In der Praxis werden meist die Gesellschafter zunächst vom Gericht dazu aufgefordert, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Erst wenn diese Aufforderung erfolglos bleibt, erfolgt eine Bestellung durch das Gericht.<sup>35</sup>

Bestellungsvoraussetzungen sind somit:

- **Vertretungsmangel,**
- **Fehlen von Geschäftsführern** oder
- **tatsächliche oder rechtliche Behinderung.**

Ein Vertretungsmangel liegt vor, wenn kein Geschäftsführer bestellt ist, der letzte Geschäftsführer ausscheidet oder die vorhandenen Geschäftsführer weder allein noch zusammen mit einem Prokuristen die GmbH vertreten können. Ein kollektiv vertretungsbefugter Geschäftsführer wird durch Ausscheiden eines zweiten kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführers nicht einzelzeichnungsberechtigt.<sup>36</sup> Ein Vertretungsmangel kann auch bei Interessenkollision oder einer bloßen Weigerung zur Amtsführung vorliegen. Die Weigerung eines Geschäftsführers, die ihm obliegenden Aufgaben und Pflichten zu erfüllen, liefert allerdings nur dann einen Vertretungsmangel, der zur Bestellung eines Notgeschäftsführers führen kann, wenn sich diese Weigerung auf die gesamte Geschäftsführungstätigkeit und nicht auf die Vornahme einzelner und konkreter Geschäftsleitungsmaßnahmen bezieht.<sup>37</sup> Das Fehlen aktiver Vertretungsmacht reicht regelmäßig aus. Ebenso können tatsächliche oder rechtliche Behinderungen der Vertretung zu einem Vertretungsmangel führen. Dies ist beispielsweise bei lang andauernden schweren Krankheiten, längeren (außerplanmäßigen) Auslandsaufenthalten oder auch Inhaftierung eines Geschäftsführers denkbar.

## 2. Antragstellung

Die Bestellung eines Notgeschäftsführers ist nie von Amts wegen, sondern immer nur auf Grundlage eines **Antrags eines Beteiligten** möglich. Antragsteller können sein

- die verbliebenen Geschäftsführer, die an der Vornahme von Vertretungshandlungen gehindert sind;
- die zurückgetretenen oder abberufenen Geschäftsführer, wenn die GmbH nicht für deren Löschung im Firmenbuch sorgt;
- einzelne Gesellschafter;
- einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder der Aufsichtsrat als Kollegialorgan;
- jeder, der gegenüber der GmbH ein Recht betreiben bzw der GmbH gegenüber eine Pflicht erfüllen will.

Das Antragsrecht besteht regelmäßig dann, wenn die Vertretung der GmbH anders nicht mehr erreicht werden kann. Ein Antragsrecht besteht auch, wenn die Vertretung zwar durch bestimmte Maßnahmen erreicht werden könnte, aber ausreichend bescheinigt wird, dass wegen des dadurch entstehenden Zeitaufwandes und der besonderen Dringlichkeit der anstehenden Geschäfte die Vertretung der GmbH nicht mehr rechtzeitig erfolgen würde.<sup>38</sup>