Dr. GEORG SCHIMA, Rechtsanwalt, Wien

Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (I)

Mehrheitsgesellschafter einer GmbH erachten sich – sei es aus Rechtsunkenntnis, sei es um sich den mit der Einholung von Gesellschafterbeschlüssen nötigen „Formalismus" zu ersparen – nicht selten für berechtigt, die Geschäftsführung unmittelbar ihren Anweisungen und Vorgaben zu unterwerfen. GmbH-Geschäftsführer, die sich einer solchen Vorgangsweise ausgesetzt sehen, befinden sich in einer nicht ganz einfachen Lage. Den Willen des Mehrheitsgesellschafters oder der Gesellschaftermehrheit zu ignorieren, kann (und wird regelmäßig) sie ihre Position kosten; diesem vorbehaltlos nachzugeben, kann aber zu haftungsrechtlichen Konsequenzen führen und bedeutet darüber hinaus eine Übergehung der Minderheitsgesellschafter.

Der folgende Beitrag soll die mit der Artikulierung des Mehrheitswillens in der GmbH in bezug auf die Geschäftsführung verbundenen Rechtsfragen erörtern und insbesondere auch untersuchen, ob mit Zustimmung der anderen Gesellschafter dem Mehrheitsgesellschafter rechtmäßigerweise die Kompetenz zur Erteilung von Weisungen eingeräumt werden kann. Zu behandeln sind darüber hinaus die haftungsrechtlichen Konsequenzen sowohl für die Geschäftsführung als auch für den Mehrheitsgesellschafter, wenn „Mehrheitsweisungen" erteilt und/oder befolgt oder nicht befolgt werden.

Inhaltsübersicht

1. *Vorbemerkung*
2. *Weisungsrecht der Gesellschafter und „Weisungsfreier Mindestbereich"*
3. *Der Wille des Mehrheitsgesellschafters als rechtlich beachtlicher Gestaltungsfaktor?*
   - 3.1. *Kein Weisungsrecht des Mehrheitsgesellschafters*
   - 3.2. *Willensäußerungen des Mehrheitsgesellschafters und Verhaltenspflichten der Geschäftsführung*
     - 3.2.1. *Ungewöhnliche Geschäfte*
       - 3.2.1.1. *Vorlagepflicht der Geschäftsführung*
       - 3.2.1.2. *Formloser Mehrheitskonsens bei Gefahr im Verzug*
     - 3.2.2. *Tagesgeschäft*
     - 3.2.3. *Der „beschlußunwillige" Mehrheitsgesellschafter*
4. *Rechtswirksame Übertragung des Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter*
5. *Haftungsrechtliche Probleme*
   - 5.1. *Verantwortung und Haftung der Geschäftsführung bei Befolgung des Mehrheitswillens*
   - 5.2. *Die Verantwortlichkeit des Mehrheitsgesellschafters wegen faktischer Geschäftsführung sowie wegen Treuepflichtverletzung*
6. *Ergebnisse*

1. Vorbemerkung

„Als Vertreter des Mehrheitseigentümers habe ich den Geschäftsführer . . . vorerst angewiesen, mit Ausnahme der von der Firma . . . vorgeschlagenen Rationalisierungsmaßnahmen keine weiteren Mitarbeiter zu kündigen".
(aus einer parlamentarischen Anfragebeantwortung durch einen ressortzuständigen Minister)

Mehrheitsgesellschafter von Gesellschaften mit beschränkter Haftung erwarten für gewöhnlich, daß sich die Geschäftsführung der Gesellschaft mehr oder weniger bedingungslos nach ihren Vorstellungen richtet. Diese praktische Beobachtung kann man bei Familiengesellschaften, die von einer „starken" Einzelperson geleitet werden, in gleicher Weise machen, wie bei konzernverbundenen Gesellschaften, die von einem ebenfalls in Form einer Gesellschaft betriebenen Unternehmen mehrheitlich kontrolliert werden. Ist es im ersten Fall der „Familienpatriarch", der – wenn er nicht ohnehin gleichzeitig Geschäftsführer ist – als Selbstverständlichkeit die Befolgung seiner Direktiven und Anordnungen erwartet, spielt diese Rolle im zweitgenannten Fall zB der Vorstand einer (Holding)Aktiengesellschaft (Konzernobergesellschaft), der von ganz ähnlichen Vorstellungen ausgeht.

Als dritte Fallkonstellation wären GmbHs zu erwähnen, die mehrheitlich[1]) im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen. Bei derartigen Gesellschaften sind es Ministerialbeamte bzw der ressortzuständige Minister, Landesbeamte (zB Landesräte oder auch Landeshauptleute) oder zB der Bürgermeister einer Gemeinde, die die Funktion eines Mehrheitsgesellschafters ausüben und in ganz ähnlicher Weise wie der Vorstand einer Konzernobergesellschaft oder

[1]) Häufiger ist diesbezüglich in der Praxis freilich die 100 %-Beteiligung.

der ein Unternehmen oder Unternehmenskonglomerat kontrollierende einzelne Unternehmer den/die Geschäftsführer der GmbH gleichsam als weisungsunterworfenen „Angestellten" betrachten.

Rechtliche und praktische Probleme können sich in all diesen Fällen dann ergeben, wenn – und dies geschieht sehr häufig – der Mehrheitsgesellschafter seine Anordnungsbefugnis bloß aus dem Umstand der Mehrheitsbeteiligung ableitet und entweder aufgrund rechtlicher Unkenntnis oder aufgrund mangelnder Bereitschaft die durch das GmbH-Recht vorgegebenen Regeln zur Umsetzung des Willens eines zwar mehrheitlich, nicht aber zur Gänze an der GmbH beteiligten Gesellschafters mißachtet. Denn ein unmittelbares Weisungsrecht hat (siehe im folgenden) nur der Alleingesellschafter, nicht aber der – und sei es auch mit 99,9 % beteiligte – Mehrheitsgesellschafter.

Problematisch sind solche Situationen für den/die Geschäftsführer der GmbH. Diese/n befreit gemäß § 25 Abs 5 GmbHG bei Vorhandensein mehr als eines Gesellschafters nämlich nur eine auf *Gesellschafterbeschluß* beruhende Weisung im Schadensfalle von der Verantwortung gegenüber der Gesellschaft.

Wie soll sich also der Geschäftsführer einer GmbH gegenüber einem die Willensbildungsregeln des GmbHG ignorierenden Mehrheitsgesellschafter verhalten? Welche Bedeutung besitzt – um eine zwar seltenere, aber besonders heikle Situation anzusprechen – der seitens des Mehrheitsgesellschafters begründete und auf die Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme gerichtete Wille für jenen (uU mehrwöchigen) Zeitraum der bis zur rechtlich korrekten und für die Geschäftsführung bindenden Umsetzung dieses Willens im Rahmen eines Weisungsbeschlusses der Generalversammlung noch verstreichen muß? Praktisch bedeutsam ist diese Frage vor allem im Zusammenhang mit Geschäftsführungsmaßnahmen, bei denen Eile geboten ist.

Es ist freilich aus der Sicht des Praktikers blanke Illusion, anzunehmen, daß sich an der eingangs beschriebenen Haltung von Mehrheitsgesellschaftern bzw deren Repräsentanten gegenüber der Geschäftsführung durch „rechtliche Aufklärung" Entscheidendes ändern wird.

Aus der Sicht des Geschäftsführers einer GmbH besteht demzufolge Interesse daran, rechtlich einwandfreie Mittel und Wege zu finden, die pragmatisch genug sind, um mit der „Konzernrealität" vereinbar zu sein und dennoch dem Geschäftsführer keine (zusätzlichen) Haftungsrisken – wegen der Verletzung von Formvorschriften – aufbürden, die ihn nach dem Gesetz nicht treffen sollen (wenn er nämlich den Willen der Gesellschaftermehrheit befolgt).

Auf den Punkt gebracht, ist in diesem Zusammenhang vor allem die Frage zu beantworten, ob die Übertragung eines Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter wirksam möglich ist, dh ob eine solcherart ergangene Weisung mit denselben Konsequenzen verbunden ist wie die aufgrund eines entweder im Umlaufwege gemäß § 34 GmbHG ergangenen oder in einer Generalversammlung gefaßten Beschlusses der Gesellschafter erteilte Weisung.

Schließlich sind haftungsrechtliche Implikationen zu klären. Es geht dabei einerseits um die Verantwortlichkeit und Haftung des sich dem Mehrheitsgesellschafter ohne Gesellschafterbeschluß fügenden Geschäftsführers und andererseits um die Frage, welche Konsequenzen der Mehrheitsgesellschafter zu gewärtigen hat, der fortlaufend in die Geschäftsführung eingreift.

Der nachstehende Beitrag soll den angesprochenen und einigen weiteren Fragen nachgehen und versuchen, darauf rechtlich haltbare und praktikable Antworten zu geben.

2. Weisungsrecht der Gesellschafter und „Weisungsfreier Mindestbereich"

§ 20 Abs 1 GmbHG wird ungeachtet seines etwas unklaren Wortlautes[2]) seit jeher als Basis für ein *umfassendes Weisungsrecht* der Gesellschafter an die Geschäftsführung angesehen[3]). Die Weisungen der Gesellschafter können Gebote (dh die Anordnung einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme) oder Verbote (dh die Untersagung einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme) beinhalten und sich bloß auf einzelne Geschäfte bzw Maßnahmen oder auf eine Mehrzahl (zB gleichartiger) Geschäfte und Maßnahmen beziehen[4]). Die Gesellschafter können sich daher jederzeit auch in das Tagesgeschäft einschalten und eine Angelegenheit der Geschäftsführung mit für diese bindender Wirkung überhaupt an sich ziehen[5]). Altbekannt, aber recht akademisch geführt und teilweise offenbar auf Mißverständnissen beruhend ist die Kontroverse in der Literatur betreffend einen „weisungsfreien Mindestbereich" der Geschäftsführung. Mit diesem Begriff sollte man sinnvollerweise nicht die „gesetzlichen Mindestkompetenzen"[6]) der Geschäftsführung umschreiben, zu denen die Verpflichtung zur Buchführung (bzw nach der am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Fassung des § 22 Abs 1 GmbHG zur Führung eines den Anforderungen des Unternehmens entsprechenden Rech-

---

[2]) Dieser erweckt nämlich den Eindruck, als ginge es einerseits um Beschränkungen der Vertretungsmacht und andererseits primär (vgl auch § 20 Abs 2 GmbHG) um generell-abstrakte Richtlinien an die Geschäftsführung und nicht um konkrete Weisungen im Einzelfall (vgl auch *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 1 zu § 20).

[3]) *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 9 zu § 20; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 385; *Gellis/Feil*, GmbHG³ Rz 6 zu § 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 289 f; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 24 ff.

[4]) *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 9 zu § 20: Derartige generelle Weisungen werden oft in Form einer Geschäftsordnung von den Gesellschaftern beschlossen; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 289 f.

[5]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 24; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 385. Dadurch wird selbstverständlich nicht das Vertretungsmonopol der Geschäftsführer (vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 289) beseitigt, den Gesellschaftern also keine Vertretungskompetenz eingeräumt.

[6]) *Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht I² 286) bezeichnet sie als *„gesellschaftsrechtlichen Kernbereich der Geschäftsführung"*.

nungswesens und eines internen Kontrollsystems), weiters die Vornahme der erforderlichen Firmenbuchanmeldungen und die Stellung eines Insolvenzantrages im Falle der Insolvenzreife gehören[7]). Daß die Gesellschafter in *diesen* Bereich nicht mittels Weisung eingreifen, also den Geschäftsführern zB nicht die Führung eines geeigneten Rechnungswesens, die Einbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Firmenbuchanträge oder die Stellung eines Insolvenzantrages bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen untersagen dürfen, ist (fast) allseits unbestritten[8]). Anders als bei zwar rechtswidrigen, aber bloß nach § 41 GmbHG anfechtbaren und nicht absolut nichtigen Beschlüssen sind die Geschäftsführer zur Mißachtung derartiger Weisungen auch ohne Anfechtung oder den Versuch einer solchen berechtigt und verpflichtet, widrigenfalls sie sich ersatzpflichtig machen[9]).

Richtigerweise kann und sollte es im Interesse der Begriffsklarheit beim „weisungsfreien Mindestbereich" bloß um die Frage gehen, ob den Geschäftsführern der GmbH – abgesehen von den erwähnten „gesetzlichen Mindestkompetenzen" – ein Recht zuzuerkennen ist, bestimmte Weisungen oder Arten von Weisungen individueller oder genereller Natur deshalb abzulehnen, weil diese eine zu starke Einengung der Geschäftsführungstätigkeit bedeuten.

Der Autor dieses Beitrages hat vor etwas mehr als sieben Jahren dazu ausgeführt, richtiger Auffassung zufolge gäbe es zwar einen weisungsfreien Mindestbereich, doch könne *„dieser nur im Wege einer Gesamtbetrachtung, nicht hingegen in bezug auf eine einzelne Geschäftsführungsmaßnahme ermittelt werden"*[10]). Auch diese Aussage ist nicht ganz unmißverständlich. Präziser wäre sie folgendermaßen zu fassen: Aus korporationsrechtlicher Sicht gibt es einen „weisungsfreien Mindestbereich" jedenfalls dann nicht, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Beschränkung des Weisungsrechtes verankert worden ist. Schuldrechtlich betrachtet, muß ein „weisungsfreier Mindestbereich" hingegen anerkannt werden, wenn auch dessen Konturen nicht ganz scharf abgegrenzt werden können. Dies ist im folgenden zu erläutern.

Das Nichtbestehen eines „weisungsfreien Mindestbereiches" aus korporationsrechtlicher Sicht bedeutet, daß das Weisungsrecht der Gesellschafter keinen inhaltlichen Beschränkungen in der Weise unterliegt, daß bestimmte Weisungen wegen ihrer mangelnden Bedeutsamkeit den Gesellschaftern nicht zustehen und damit von der Geschäftsführung nicht befolgt werden müssen. Dies wurde vom Autor einmal so formuliert, daß *„gegen eine einzelne Weisung, zB vor Aufnahme einer Reinigungskraft die Gesellschafter zu befragen, rechtlich keine Bedenken erhoben werden können"*.[11])

Die Gesellschafter können sich ihres – sieht man von den erwähnten „Mindestzuständigkeiten" der Geschäftsführung ab, grundsätzlich unbeschränkten – Weisungsrechtes allerdings durch eine gesellschaftsvertragliche Einschränkung selbst (teilweise) begeben. Fraglich ist die Wirkung derartiger gesellschaftsvertraglicher Beschränkungen und die Konsequenz einer entgegen einem gesellschaftsvertraglichen Weisungsausschluß erteilten Weisung.

Die Auffassung von *Koppensteiner*[12]), wonach auch ein gegen ein gesellschaftsvertragliches Weisungsverbot verstoßender Weisungsbeschluß der Gesellschafter jedenfalls dann zu befolgen ist, wenn er nicht mehr angefochten werden kann, erscheint mir problematisch, obwohl mit *Koppensteiner*[13]) die von *Kutscherer*[14]) vertretene Ansicht abzulehnen ist, der Geschäftsführer sei auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 41 Abs 4 GmbHG zur Nichtbefolgung eines Gesellschafterbeschlusses berechtigt, ja sogar verpflichtet, wenn und soweit der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstehen könnte[15]).

Der OGH[16]) geht hingegen von der Unverbindlichkeit der gegen ein gesellschaftsvertragliches Weisungsverbot ergangenen Gesellschafterweisung aus, was in dieser Allgemeinheit ebenfalls nicht ganz überzeugt.

Richtig ist, daß es den Geschäftsführern nicht zusteht, Weisungen bloß deshalb abzulehnen, weil sie der Gesellschaft wirtschaftlich nachteilig sein könn-

---

[7]) Ein derartiges Verständnis des „weisungsfreien Mindestbereiches" dürfte aber den Ausführungen der in der Literatur als Hauptverfechter eines solchen Bereiches geführten Autoren *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 385 Fn 138 in Anbetracht des dort enthaltenen Verweises auf 382 f, wo genau diese gesetzlichen Mindestkompetenzen erläutert werden, zugrundeliegen (vgl ausführlich zum Meinungsstand und den möglichen Mißverständnissen *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26 f).

[8]) Vgl zur Gesellschafterhaftung bei auf die Unterlassung der Insolvenzantragstellung gerichteten Weisungen zB *Koppensteiner*, Die Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 1 ff, 8 ff, der eine sehr ausgewogene und maßvolle Position bezieht, bei der zu Recht darauf geachtet wird, die Gesellschafter- und Geschäftsführerzuständigkeiten nicht zu vermischen und den Gesellschaftern grundsätzlich keine Haftung für mangelhafte Unternehmensführung aufzubinden (vgl dagegen den problematischen Ansatz von *Reich-Rohrwig*, Anm zu OGH 14. Juli 1986, JBl 1986, 713 ff [Eumig], JBl 1986, 717, der die Gesellschafter schon bei einer Beschlußfassung haften lassen will, die zu einer *„unzureichenden Unternehmenssanierung"* führt und dies als Fall der Konkursverschleppungshaftung einstuft).

[9]) Eine solche Ersatzpflicht kann (insbesondere bei Vereitelung eines Insolvenzantrages) auch die weisungserteilenden Gesellschafter treffen – nach Auffassung des OGH sogar dann, wenn diese der Geschäftsführung die Stellung eines Insolvenzantrages trotz Insolvenzreife nicht mittels Beschlusses untersagen, sondern bloß einem auf Insolvenzeröffnung gerichteten Antrag der Geschäftsführung die Zustimmung verweigern (OGH WBl 1993 , 225 ff; dazu mit Recht teilweise kritisch *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger, WBl 1993 , 201 ff).

[10]) So *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26.

[11]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26 f.

[12]) GmbHG[2] Rz 9 zu § 20.

[13]) GmbHG[2] Rz 9 zu § 20.

[14]) Zur Haftung des Geschäftsführers gemäß § 25 GmbHG, GesRZ 1982, 248.

[15]) vgl dazu ausführlich bereits *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 25 f.

[16]) SZ 34/40.

ten[17]), und richtig ist auch, daß Aspekte der Geschäftsführerhaftung nicht als Argument dafür herangezogen werden können, den Geschäftsführern ein Weigerungsrecht gegenüber wirtschaftlich nachteiligen, aber auch zB gegen gesellschaftsvertragliche Weisungsverbote verstoßenden Weisungen einzuräumen, denn anders als im Aktienrecht wird der Geschäftsführer der GmbH gegenüber dieser gemäß § 25 Abs 5 GmbHG auch dann nicht verantwortlich, wenn sein Verhalten auf einem „nicht gesetzmäßigen", dh insbesondere anfechtbaren oder anfechtbar gewesenen Gesellschafterbeschluß beruht. Eine Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft für beschlußgemäßes Verhalten der Geschäftsführung kennt das GmbH-Recht daher nur bei Gefährdung von Gläubigerinteressen[18]).

Ginge es bei gegen ein gesellschaftsvertragliches Weisungsverbot verstoßenden Weisungsbeschlüssen der Gesellschafter nur um die persönlichen Interessen des Geschäftsführers, dann ließe sich in der Tat ein Weigerungsrecht selbst nach Ablauf der Anfechtungsfrist kaum begründen, weil man andernfalls auch bei der Mißachtung anstellungsvertraglicher Weisungsverbote bzw Weisungsbeschränkungen dem Geschäftsführer ein Weigerungsrecht (und nicht bloß das in Betracht kommende Recht der Amtsniederlegung bzw der vorzeitigen Auflösung des Anstellungsvertrages) zuerkennen müßte, was aber auf eine unzulässig Vermischung von schuldrechtlicher und korporationsrechtlicher Sphäre hinausliefe[19]).

Gesellschaftsvertragliche Weisungsverbote und Weisungsbeschränkungen können jedoch – und dies unterscheidet sie jedenfalls von inhaltsgleichen Klauseln in Geschäftsführer – Anstellungsverträgen – dem *Schutz von Minderheitsgesellschaftern* dienen, die auf diese Weise vor zu weit gehenden Eingriffen des Mehrheitsgesellschafters in die Geschäftsführung geschützt werden sollen[20]). Dieser und wohl nur dieser Aspekt rechtfertigt es, *dem Geschäftsführer ein Weigerungsrecht bei einem gegen eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung verstoßenden Weisungsbeschluß auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist nach entsprechender Abwägung der Interessenlagen zuzuerkennen*[20a]).

Sehr wohl anzukennen ist hingegen ein „weisungsfreier Mindestbereich" in schuldrechtlicher Hinsicht und zwar in der Weise, daß aus einer zu starken Einengung der Geschäftsführungsbefugnis durch die Gesellschafter vom Geschäftsführer Sanktionen auf der Basis des mit der Gesellschaft bestehenden, sowohl durch die korporationsrechtliche Bestellung als auch durch die schuldrechtliche Anstellung vermittelten Vertragsverhältnisses ergriffen werden können.

Fraglos sind die Grenzen eines derartigen „weisungsfreien Mindestbereiches" nicht ganz scharf zu bestimmen, was aber – entgegen in der Literatur geäußerten Ansichten[21]) – keineswegs zur generellen Untauglichkeit der Abgrenzung zwischen durch den Geschäftsführer hinzunehmenden und aus dessen Sicht unzumutbaren Beschränkungen der Geschäftsführung führt[22]).

Zweifellos muß es der Geschäftsführer hinnehmen, wenn die Gesellschafter in allen nicht dem Tagesgeschäft zugehörigen Angelegenheiten oder gar bei ungewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen sich einschalten und den Geschäftsführer an ihre Zustimmung binden bzw inhaltliche Vorgaben erteilen. Ein Geschäftsführer, dem es zur Pflicht gemacht wird, zB auch kleinere Büromaterialanschaffungen von den Gesellschaftern genehmigen zu lassen oder vor der Auswahl von Reinigungskräften die Gesellschafter zu befragen[23]), hat aber mE das Recht, nicht nur sein

[17]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26; wohl auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 126; ausführlich *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 90 ff, 93 f, der die Problematik unter dem Begriff *„unzweckmäßige Weisungen"* behandelt. Nach *Harrer* (Haftungsprobleme 88, 93) darf und muß der Geschäftsführer dagegen *„existenzgefährdende"* Weisungen ablehnen. Wenngleich keineswegs zutrifft, daß derartige Weisungen (gemeint offenbar: stets) *„einen Straftatbestand erfüllen"* (so aber *Harrer*, Haftungsprobleme 88), ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Freilich liegt die Problematik in der praktischen Anwendung. Denn zum einen führt eine solche Konstellation genau zu der allgemein als vermeidenswert betrachteten (vgl zB *Harrer*, Haftungsprobleme 78 f, 92 mwN) Konsequenz der gerichtlichen Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen auf ihre wirtschaftliche Zweckmäßigkeit. Zum anderen kann der Charakter einer Weisung als *„existenzgefährdend"* nur durch eine kaufmännisch realistische *ex-ante-Betrachtung*, also im Wege einer Prognose, ermittelt werden. Wie steht es aber mit Weisungen, die – ex-ante betrachtet – nicht existenzgefährdend, sondern allenfalls wirtschaftlich riskant erschienen, die in Folge aber dennoch den wirtschaftlichen Ruin der Gesellschaft nach sich ziehen? Derartige Weisungen müßte der Geschäftsführer befolgen; gegenüber den Gesellschaftsgläubigern könnte er sich hingegen nicht iSd § 25 Abs 5 GmbHG auf die Weisungsbefolgung berufen. *Diese* Frage bleibt bei *Harrer* unbeantwortet, sie kann mE aber nur im obigen Sinne beantwortet werden; aM *Gellis*, GmbHG² Anm 4 zu § 20; unentschieden offenbar *Gellis/Feil*, GmbHG³ Rz 6 zu § 20; offengelassen vom OGH in SZ 49/163.

[18]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 25 f; vgl auch *Kastner/Doral/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 386 Fn 146 mwN.

[19]) vgl *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 19 zu § 15 und Rz 11 zu § 20. Die zuletzt erwähnte Problematik bedurfte einmal spezieller Untersuchung. Restlos überzeugt es nicht, aus der Trennung von Mandat und Anstellungsvertrag („Trennungsthese") die Verbindlichkeit anstellungsvertragswidriger Weisungen zu folgern.

[20]) Dies erkennt man gut, wenn man sich das Verhältnis zu Klauseln vergegenwärtigt, die für bestimmte Beschlußgegenstände eine qualifizierte Mehrheit (oder gar Einstimmigkeit) vorsehen. Aus dem Blickwinkel des 30 %-Minderheitsgesellschafters macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschaftsvertrag anordnet, daß den Geschäftsführern im Tagesgeschäft keine Weisungen erteilt werden können, oder ob die Erteilung solcher Weisungen an eine 75 %-Mehrheit geknüpft ist.

[20a]) Hat die GmbH nur einen Gesellschafter, greifen diese Erwägungen naturgemäß nicht.

[21]) Vgl *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁸ Rz 20 zu § 37.

[22]) Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26 f; ähnlich offenbar OGH JBl 1980, 38 f; vgl auch Hommelhoff, ZGR 1978, 127 ff.

[23]) Ein dem Verfasser im Rahmen seiner anwaltlichen Beratung begegnetes, sicher ungewöhnliches Beispiel paßt sehr schön in diese Kategorie: Der Geschäftsführer einer GmbH wies nachgeordnete Mitarbeiter (insbesondere Führungskräfte der zweiten und dritten Ebene) ausdrücklich und schriftlich darauf hin, daß es ihnen untersagt sei, Anordnungen des Geschäftsführers als des dienstrechtlich Vorgesetzten durch direkte Intervention bei Gesellschaftern bzw Repräs-

Mandat niederzulegen[24]), sondern auch den Anstellungsvertrag aus wichtigem Grunde vorzeitig aufzulösen, was für die Gesellschafter regelmäßig mit entsprechenden finanziellen Konsequenzen (Kündigungsentschädigung, Abfertigung etc) verbunden ist.

Einen solchen Rücktritt bzw vorzeitigen Austritt darf der Geschäftsführer richtigerweise jedoch *nicht „vorwarnungslos"* erklären. Es würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, sich mit dieser – in der Literatur bislang sehr stiefmütterlich behandelten – Frage eingehender zu befassen; an dieser Stelle sei bloß folgendes angemerkt: Es ist im arbeitsrechtlichen Schrifttum und der einschlägigen Judikatur grundsätzlich anerkannt, daß *in bestimmten Fällen vorzeitige Auflösungserklärungen* sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers *nur nach entsprechender Vorwarnung* des Vertragspartners berechtigterweise erfolgen dürfen. Beschäftigt hat sich die Praxis in diesem Zusammenhang vor allem mit Arbeitnehmererklärungen. Insbesondere in zwei Fallkonstellationen ist eine solche „Warnobliegenheit" bedeutsam. Einerseits geht es um Fälle, in denen ein Arbeitnehmer (dasselbe hätte aber auch für Arbeitgeber zu gelten) über längere Zeit einen bestimmten, rechtswidrigen Zustand hingenommen hat und diesen in Hinkunft nicht mehr zu tolerieren gewillt ist[25]). Andererseits ist eine „Warnobliegenheit" dann als gegeben anzusehen, wenn die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Vertragsauflösung dem potentiellen Erklärungsempfänger entweder gar nicht bekannt sein können oder jedenfalls nicht zweifelsfrei einsichtig sind[26]).

Auf den Fall einer Mandatsniederlegung sowie eines vorzeitigen Austrittes wegen unzumutbarer Beschränkung der Geschäftsführungstätigkeit treffen mE beide gerade erörterten Aspekte in gewisser Weise zu. Denn einerseits ergibt sich eine unzumutbare Einschränkung nie im Wege einer punktuellen, sondern immer im Rahmen einer zeitraumbezogenen Betrachtung, und andererseits führt gerade diese unvermeidbare Unschärfe und Schwierigkeit der Bestimmung jenes Zeitpunktes, in dem die Zumutbarkeitsgrenze erreicht ist, dazu, daß für die Gesellschafter die Intensität der Beschränkung aus Geschäftsführersicht nicht evident sein muß. Was der eine Geschäftsführer als unzumutbare Beschränkung seines Aktionsradius betrachtet, kann ein anderer als nicht unwillkommene Abnahme eines Teiles der Verantwortung ansehen.

All dies rechtfertigt es, den Geschäftsführer jedenfalls dazu zu verpflichten, die Gesellschafter nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß er die Intensität ihrer Direktiven und Anweisungen auch in Angelegenheiten des Tagesgeschäftes als mit der Stellung des Geschäftsführers einer GmbH nicht vereinbar und/oder als Verletzung einer anstellungsvertraglichen Bestimmung qualifiziert und darauf mit Rücktritt und vorzeitigem Austritt zu reagieren gedenkt. Die den Gesellschaftern zu setzende Frist muß in derartigen Fällen freilich eher großzügig bemessen sein, weil sich andernfalls nicht feststellen läßt, ob es tatsächlich zu einem geänderten Weisungsverhalten kommt.

3. Der Wille des Mehrheitsgesellschafters als rechtlich beachtlicher Gestaltungsfaktor?

3.1. Kein Weisungsrecht des Mehrheitsgesellschafters

Eine – wenngleich primär formell-verfahrensrechtliche, so doch bedeutsame – Schranke des Weisungsrechtes der GmbH-Gesellschafter liegt darin, daß Weisungen an die Geschäftsführung in *Beschlußform* zu erfolgen haben. Dem einzelnen Gesellschafter steht – gleichgültig wie groß die Mehrheit an Stimmrechten, über die er verfügt, auch sein mag – ein Weisungsrecht nicht zu[27]).

---

sentanten von Gesellschaftern (Aufsichtsratsmitgliedern) in Frage zu stellen bzw zu unterminieren. Daraufhin kam seitens der Gesellschafter (im konkreten Fall handelte es sich allerdings nur um den Mehrheitsgesellschafter) die Weisung, der Geschäftsführer habe derartige Verbote zu unterlassen bzw zurückzunehmen. Eine solche Anordnung ist für den Geschäftsführer einer GmbH – wenngleich sie durch § 20 Abs 1 GmbHG gedeckt sein mag – *unzumutbar*, weil sie eine geordnete Unternehmensführung in letzter Konsequenz unmöglich macht und selbst ein Mindestmaß an dienstlicher Hierarchie, welches für eine solche Unternehmensführung erforderlich ist, in Frage stellt. Es erübrigt sich fast, darauf hinzuweisen, daß im konkreten Beispiel der Mehrheitsgesellschafter eine Gebietskörperschaft ist, dessen Repräsentanten sich auf diese Art und Weise offensichtlich zusätzliche Informationsquellen – abseits der rechtlich dafür vorgesehenen „Kanäle" – verschaffen wollten.

[24]) Entsprechend dem mit 1. Oktober 1997 in Kraft getretenen § 16 a Abs 1 GmbHG wird dieser Rücktritt, weil auf einen wichtigen Grund gestützt, mit sofortiger Wirkung erklärt werden dürfen, wenngleich den Geschäftsführer in solchen Fällen idR eine *Warnpflicht* (siehe im Text) trifft.

[25]) Ein praktisch bedeutsames Beispiel ist die Hinnahme von ständig verspäteten Gehaltsauszahlungen: vgl OGH ARD 4762/14/96 = RdW 1996, 543 ; vgl aber auch OGH SZ 68/4 = Arb 11.352.

[26]) Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Fallkonstellation des vorzeitigen Austritts wegen Gesundheitsgefährdung gemäß § 26 Z 1 AngG, wo der OGH zu Recht den Arbeitnehmer dazu anhält, dem Arbeitgeber durch eine entsprechende Warnung Gelegenheit zur Zuweisung eines nicht gesundheitsgefährdenden Arbeitsplatzes zu geben (vgl OGH ARD 4580/43/94 = INFAS 5, 15 A 119; OGH ZAS 1988, 157 ff mit Anm v *Schauer* mit näheren Darlegungen zur dogmatischen Rechtfertigung; *Mosler*, Austritt wegen Gesundheitsgefährdung – eine Analyse der neueren Rechtsprechung, DRdA 1990, 195 ff, 200; verfehlt *M. Schwarz*, Zur Problematik des vorzeitigen Austritts bei Dienstunfähigkeit und Gesundheitsgefährdung, FS *W. Schwarz* 191 ff, 193 f, die eine Aufklärungspflicht mit eher „psychologischen", nicht jedoch rechtlich stichhaltigen Gründen verneint).

[27]) Vgl OGH GesRZ 1978, 34; SZ 49/163 = EvBl 1977/161; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 380; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 24; *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 9 zu § 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I[2] 289 – die von letzterem als Belegstelle zitierte OGH-Entscheidung SZ 49/51 enthält (zumindest in ihrer veröffentlichten Fassung) allerdings eine Aussage zu dieser Problematik nicht, sondern schneidet nur die Frage an (ohne sie zu beantworten), ob ein Beschluß, den ein Mehrheitsgesellschafter nach dem gegen ihn ausgesprochenen Ausschluß aus der Gesellschaft in einer vom Geschäftsführer einberufenen, in der Folge aber abberaumten Generalversammlung faßt, als nichtig im Sinne des

Auch ein über 99 % der Stimmrechte[28]) verfügender Gesellschafter kann also keine wirksamen Weisungsbeschlüsse gegenüber dem Geschäftsführer fassen, ohne seine Mitgesellschafter an der Willensbildung entweder durch Einberufung und Abhaltung einer Generalversammlung oder im Wege des schriftlichen Umlaufbeschlußverfahrens gemäß § 34 GmbHG beteiligt zu haben[29]). Letzteres ist allerdings nur zulässig, wenn alle Gesellschafter dieser Form der Beschlußfassung zustimmen; von diesem Erfordernis kann auch durch gesellschaftsvertragliche Regelung richtigerweise nicht – und zwar auch nicht im Wege der Schaffung von „Zustimmungsfiktionen" – abgewichen werden[30]).

Aus der Sicht des Geschäftsführers einer GmbH ist es ganz wichtig, Gesellschafterbeschlüsse und bloße – in welcher Form auch immer erfolgende – Willensäußerungen des Mehrheitsgesellschafters streng auseinanderzuhalten. Denn die sich aus einem Umkehrschluß aus § 25 Abs 5 GmbHG ergebende Haftungsbefreiung gegenüber der Gesellschaft tritt nur dann ein, wenn der Geschäftsführer in Befolgung eines Gesellschafter*beschlusses* gehandelt hat[31]). Ob dem bloß eine Willensbekundung des Mehrheitsgesellschafters befolgenden Geschäftsführer im Schadensfalle der Nachweis offensteht und bei Erbringung haftungsbefreiend wirkt, daß auch im Falle eines ordnungsgemäß gefaßten Gesellschafterbeschlusses sich der Mehrheitsgesellschafter durchgesetzt hätte, wird unten zu erörtern sein.

Eine formlose, dh weder im Zuge einer Generalversammlung noch unter Einhaltung des schriftlichen Umlaufbeschlußverfahrens nach § 34 GmbHG erfolgte Willensbildung der Gesellschafter erzeugt nur dann die Wirkungen eines Gesellschafterbeschlusses, wenn *alle* Gesellschafter zustimmen[32]).

Daraus ergibt sich logisch-konsequent, daß bei Existenz nur eines Gesellschafters es grundsätzlich keiner Formerfordernisse für einen wirksamen Beschluß bedarf (sieht man von der notariellen Beurkundung für bestimmte „firmenbuchrelevante" Beschlüsse ab), um die Wirkungen eines Gesellschafterbeschlusses zu erzeugen. Vielmehr gilt die formlose (dh auch zB auf einem Telefonat mit dem Geschäftsführer beruhende) Willenserklärung des einzigen Gesellschafters als Gesellschafterbeschluß[33]), der selbstverständlich auch der Anfechtung gemäß § 41 GmbHG unterworfen ist[34]).

3.2. *Willensäußerungen des Mehrheitsgesellschafters und Verhaltenspflichten der Geschäftsführung*

Der Praktiker des Wirtschaftslebens wird an dieser Stelle der Lektüre möglicherweise anmerken, daß der Geschäftsführer einer GmbH den Willen des Mehrheitsgesellschafters[35]) „selbstverständlich" auch ohne formelle Beschlußfassung berücksichtigen werde bzw müsse.

So einfach liegen die Dinge indes nicht. Zweifellos wird die zumindest beim nicht an der Gesellschaft beteiligten „Fremdgeschäftsführer" gemäß § 16 Abs 1 GmbHG zwingend[36]) den Gesellschaftern – mangels gesellschaftsvertraglicher Sonderregelung mit einfacher Mehrheit – zustehende Kompetenz zur begründungslosen Abberufung des Geschäftsführers für diesen im Hinblick auf die Befolgung bloßer Willensbekundungen des Mehrheitsgesellschafters „motivierend" wirken.

Doch einerseits muß der Geschäftsführer, wie dargelegt, bedenken, daß gerade bei Anordnungen des Mehrheitsgesellschafters, die nicht oder jedenfalls nicht klar im Gesellschaftsinteresse liegen, sondern zB auf *Sonderinteressen* dieses Gesellschafters beruhen (derartiges ist nicht gerade selten), die Versagung der Haftungsbefreiung des § 25 Abs 5 GmbHG bei Fehlen eines Gesellschafterbeschlusses gefährlich werden kann, und andererseits ist der Zeitfaktor zu

---

§ 41 GmbHG (dh als anfechtungsbedürftig) oder aber als absolut nichtig zu qualifizieren ist.

[28]) Nur diese und nicht die Kapitalanteile sind entscheidend. Aufgrund des § 39 GmbHG können Kapital- und Stimmanteile im Wege gesellschaftsvertraglicher Sonderbestimmung erheblich voneinander abweichen.

[29]) Bei Zustimmung *sämtlicher* Gesellschafter müssen allerdings weder die Regeln über die Abhaltung einer Generalversammlung noch jene des § 34 GmbHG eingehalten werden (vgl bereits OGH 28. April 1987, WBl 1987, 190 f). Der OGH ließ jüngst sogar bloß *konkludente* Zustimmung aller Gesellschafter durch widerspruchslose Kenntnisnahme eines Darlehenswiderrufes und Rückgängigmachung eines damit zusammenhängenden Kaufvertrages genügen und maß diesem Verhalten die Wirkung eines Gesellschafterbeschlusses bei (OGH 20. Dezember 1995, ecolex 1996, 373 f = ÖBA 1996, 647 ff = RdW 1996, 263 f = WBl 1996, 249 ff = ZIK 1996, 142 f).

[30]) *Koppensteiner*, GmbHG Rz 22 zu § 34 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien; *Wünsch*, Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG, GesRZ 1996, 61 ff, 64; vgl auch OGH 28. April 1987, WBl 1987, 190 f.

[31]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 25, 242 mwN.

[32]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 24; OGH WBl 1987, 190 f; OGH ecolex 1996, 373 f = ÖBA 1996, 647 ff = RdW 1996, 263 f = WBl 1996, 249 ff = ZIK 1996, 142 f.

[33]) OGH SZ 32/2; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 24 f, 242.

[34]) Vgl den zutreffenden Hinweis von *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 380 Fn 97 betreffend die Deutung von Weisungen der öffentlichen Hand bei 100 %-Eigengesellschaften als formlose und der Anfechtung unterworfene Generalversammlungsbeschlüsse.

[35]) Wenn in dieser Untersuchung von dem „Mehrheitsgesellschafter" die Rede ist, so wird darunter naturgemäß ein solcher Gesellschafter verstanden, der über jene Mehrheit an Stimmanteilen in der Generalversammlung verfügt, mit der Weisungsbeschlüsse gegenüber der Geschäftsführung (oder zumindest wesentliche Weisungsbeschlüsse; der Gesellschaftsvertrag kann diesbezüglich nach Beschlußgegenständen differenzieren und unterschiedliche Mehrheiten vorsehen) gefaßt werden können.

[36]) OGH SZ 17/91; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I[2] 416; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 190 f; im Grundsatz ebenso, aber deutliche Abschwächungen des Prinzips bejahend *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 4 zu § 16, der zB befristete Bestellungen als Einschränkung der Abberufbarkeit auf wichtige Gründe auch beim Fremdgeschäftsführer deutet (dagegen *Torggler*, GesRZ 1974, 4 und *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 190). Details hinsichtlich möglicher Einschränkungen der freien Abberufbarkeit von Fremdgeschäftsführern sind überhaupt umstritten (vgl zu qualifizierten Beschlußmehrheiten und gesellschaftsvertraglichen Einstimmigkeitserfordernissen einerseits befürwortend *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 4 zu § 16; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I[2] 416; für die Zulässigkeit qualifizierter Mehrheit auch OGH GesRZ 1979, 81; dagegen *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 191 („*bedenklich*").

berücksichtigen und die Frage zu beantworten, wie sich die Geschäftsführung einer GmbH in jener Zeitspanne verhalten soll, die zwischen einer Bekundung des Willens des Mehrheitsgesellschafters und einer ordnungsgemäßen Beschlußfassung – sei es im Wege einer Generalversammlung, sei es im Zuge des schriftlichen Umlaufbeschlußverfahrens nach § 34 GmbHG – verstreicht. Immerhin bedeutet die Führung einer GmbH idR die laufende Fällung von wenig Aufschub duldenden Entscheidungen, was sich mit den gesetzlichen und oft gesellschaftsvertraglich verlängerten Fristen für die Einberufung einer Generalversammlung[37]) oder der zeitlichen Inanspruchnahme des Umlaufbeschlußverfahrens häufig nicht verträgt.

Insofern bedeutet die oben beleuchtete Tatsache, daß nur Gesellschafter*beschlüsse* wirksame und für die Geschäftsführung in Anbetracht des § 20 Abs 1 GmbHG bindende Willensbekundungen sein können, eine nicht unerhebliche „Behinderung" des gesetzlichen Weisungsrechtes der Gesellschafter vor allem im Tagesgeschäft. Die bzw eine sich in diesem Zusammenhang stellende Frage ist, ob diese „Behinderung" bei einer Mehrheit von Gesellschaftern vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen wird und damit automatisch der Geschäftsführung bei entsprechender Gesellschafterkonstellation ein größerer Spielraum eingeräumt wird, oder ob der Mehrheitsgesellschafter gleichsam durch die „Ankündigung" entsprechender Beschlußfassungen die Geschäftsführung auch im Tagesgeschäft an seinen Willen binden kann (dazu unten 3.2.2.).

[37]) § 38 Abs 1 GmbHG schreibt eine mindestens siebentägige Frist für die Einberufung vor. Diese wird idR vertraglich auf 14 Tage oder mehr verlängert.

3.2.1. Ungewöhnliche Geschäfte

3.2.1.1. Vorlagepflicht der Geschäftsführung

Besitzt die GmbH keinen Aufsichtsrat, ist daher die einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte beinhaltende Regelung des § 30 j Abs 5 GmbHG gegenstandslos und enthält der Gesellschaftsvertrag keine Aufzählung von Geschäften bzw Maßnahmen, vor deren Durchführung die Geschäftsführung die Gesellschafter zu befragen hat, dann existieren keine ausdrücklichen, im Gesetz niedergeschriebenen Verpflichtungen der Geschäftsführung, die Gesellschafter vorbeugend vor einer geplanten Maßnahme darüber zu befragen, ob diese gegebenenfalls ihr Weisungsrecht auszuüben gedenken.

Dessen ungeachtet entspricht es ganz herrschender Ansicht, daß die Geschäftsführer einer GmbH selbst bei Fehlen gesellschaftsvertraglicher Anordnungen gehalten sind, vor dem Abschluß ungewöhnlicher Geschäfte bzw der Vornahme ungewöhnlicher Maßnahmen die Gesellschafter initiativ zu befragen, dh die

Angelegenheit den Gesellschaftern zur Beschlußfassung vorzulegen[38]).

Zu diesen „vorlagepflichtigen" Geschäften und Maßnahmen gehören einerseits außerhalb des gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstandes liegende oder dem Gesellschaftszweck widersprechende Geschäfte und Maßnahmen[39]), weiters Maßnahmen, die von den seitens der Gesellschafter festgesetzten Grundsätzen der Unternehmenspolitik abweichen[40]), die Ausgliederung des gesamten Betriebes oder wesentlicher Teile an einen anderen Rechtsträger (zB eine Tochtergesellschaft)[41]), die Veräußerung des Vermögens der GmbH als Ganzes[42]), andererseits Geschäfte und Maßnahmen, die zwar innerhalb des Gesellschaftszweckes und des Unternehmensgegenstandes gelegen sind, wegen ihrer besonderen Bedeutung aber nicht dem „Tagesgeschäft" zugerechnet werden können[43]) und schließlich – nach einer im Schrifttum vertretenen, gleichwohl in dieser Allgemeinheit problematischen (vgl unten 3.2.2.) Meinung – auch solche Geschäfte und Maßnahmen, bei denen aufgrund der besonderen Verhältnisse mit einem Widerspruch der Gesellschafter(mehrheit?) im Falle von deren Kenntnis zu rechnen wäre[44]).

Die rechtsdogmatische Begründung für diese „Vorlagepflicht" der Geschäftsführer bleibt in der einschlägigen Diskussion häufig im dunklen. Im Falle von außerhalb des gesellschaftsvertraglichen Unternehmens-

[38]) *Peter Doralt*, in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG^2 273; *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 45; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 287 f; *Rungaldier/G. Schima*, Führungskräfte 30.

[39]) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 287; für die BRD *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG^{14} Rz 11 zu § 37.

[40]) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 288: Aufnahme neuer Produktgruppen, Verlagerung der Produktion ins Ausland, Umstellung der Vertriebswege etc; für die BRD *Schneider* in *Scholz*, GmbHG I^8 Rz 14 zu § 37; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG^{16} Rz 6 c zu § 37.

[41]) OGH GesRZ 1984, 217, der dafür Einstimmigkeit der Gesellschafter verlangt; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 288.

[42]) § 90 Abs 4 GmbHG verlangt dafür einen Gesellschafterbeschluß mit 3/4-Mehrheit; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 288.

[43]) Vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 288, wobei sich die Liste der Beispiele beliebig verlängern läßt (zB die Kündigung eines größeren Teiles der Belegschaft, die Schließung oder Einschränkung wesentlicher Betriebe, der Abschluß von Sozialplänen im Zuge derartiger Maßnahmen, sale and lease back-Verträge über wesentliche Betriebsmittel (zB das Unternehmensgebäude) etc. Es geht dabei um eine ganz ähnliche Problematik wie in § 8 Abs 2 AO, demzufolge der Ausgleichsschuldner für die Durchführung von nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehörenden Geschäften und Maßnahmen der Zustimmung des Ausgleichsverwalters bedarf.

[44]) *Peter Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG^2 273, verlangt, daß die geplante Maßnahme dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter*mehrheit* zuwiderläuft; *Torggler*, GesRZ 1974, 45; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I^2 288 mwN in Fn 11 stellt offenbar nicht auf den mutmaßlichen Mehrheitswillen ab.

gegenstandes liegenden Geschäften und Maßnahmen ergibt sich die Vorlagepflicht zwangsläufig aus dem Umstand, daß für Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur die Gesellschafter zuständig sein können. Bei den zwei praktisch viel bedeutsameren Kategorien der inhaltlich ungewöhnlichen, weil besonders gewichtigen Maßnahmen sowie jener Geschäfte und Maßnahmen, bei denen mit Widerspruch der Gesellschafter zu rechnen ist, beruht die Vorlagepflicht der Geschäftsführer dagegen ohne Zweifel auf mit § 20 Abs 1 GmbHG untrennbar verbundenen Erwägungen.

Wie bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber den Gesellschaftern ein sehr umfassendes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung in die Hand gegeben, das auch Maßnahmen des Tagesgeschäftes erfaßt und jedenfalls keinen sich aus der (fehlenden) wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit ergebenden Beschränkungen – zumindest in korporationsrechtlicher Hinsicht (vgl oben 2.) – unterliegt.

Wäre es nun so, daß die Geschäftsführer in keinem Fall die Pflicht träfe, den Gesellschaftern initiativ die Möglichkeit zur Ausübung ihres Weisungsrechtes durch entsprechende Information einzuräumen, müßte die Sinnhaftigkeit des § 20 Abs 1 GmbHG ernsthaft in Frage gestellt werden.

Denn wenn zwar hinsichtlich des Tagesgeschäftes vermutet werden kann, daß die Gesellschafter der Geschäftsführung bis zur Erteilung einer gegenteiligen Weisung freie Hand lassen wollen, greift diese Vermutung bei ungewöhnlichen Geschäften und Maßnahmen gerade nicht (und bei Maßnahmen, hinsichtlich derer mit Widerspruch der Gesellschafter zu rechnen ist, ohnehin keinesfalls). Vielmehr ist bei ungewöhnlichen Geschäften und Maßnahmen davon auszugehen, daß die Gesellschafter konkret darüber entscheiden wollen, *ob* sie überhaupt eine Weisung erteilen[45]) und bejahendenfalls, welchen Inhalt eine derartige Weisung haben soll.

Mit anderen Worten: eine sinnvolle Nutzung der den Gesellschaftern durch § 20 Abs 1 GmbHG eingeräumten Möglichkeiten zur Weisungserteilung erfordert eine entsprechende Vorweg-Information durch die Geschäftsführung zumindest bei ungewöhnlichen Geschäften und Maßnahmen, allenfalls auch generell bei solchen, bei denen aufgrund spezifischer, den konkreten Einzelfall betreffender Umstände mit Widerspruch der Gesellschafter[46]) zu rechnen ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Geschäftsführer grundsätzlich die sie treffende Vorlagepflicht hinsichtlich des ungewöhnlichen Geschäftes bzw der ungewöhnlichen Maßnahme nicht dadurch unterlaufen dürfen, daß sie die Gesellschafter bloß informieren, dann aber unter Berufung auf die besondere Dringlichkeit der Maßnahme handeln, ohne einen Beschluß der Gesellschafter abzuwarten.

Dies hat jedenfalls in jenen Fällen zu gelten, in denen vor der Beschlußfassung, dh innerhalb der unter Umständen mehrere Wochen dauernden Phase zwischen der Bekanntmachung der geplanten Maßnahme und der Fassung des Gesellschafterbeschlusses, keinerlei Willensäußerungen von Gesellschaftern oder mehrheitlich negative Äußerungen vorliegen. Möglicherweise führt die letztgenannte Fallkonstellation, wie angedeutet, ja dazu, daß eine Vorlagepflicht der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern sogar in solchen Fällen entsteht, in denen die Maßnahme wegen ihres Inhaltes noch nicht „ungewöhnlich" wäre (dazu unten 3.2.2.).

3.2.1.2. Formloser Mehrheitskonsens bei Gefahr im Verzug

Schwieriger zu beantworten ist aber die Frage, ob die Geschäftsführer ungewöhnliche Geschäfte bzw Maßnahmen abschließen/durchführen dürfen, wenn diese im Gesellschaftsinteresse keinen Aufschub dulden und zumindest eine *formlose*, dh nicht in die Gestalt eines Gesellschafterbeschlusses gekleidete Zustimmung des Mehrheitsgesellschafters bzw der Gesellschaftermehrheit zum geplanten Geschäft (zur geplanten Maßnahme) vorliegt. Derartige Fallkonstellationen sind in der Praxis vielfältig denkbar. Wegen eines aufgrund des Ausfalls wichtiger Kunden oder der Aufkündigung wichtiger Verträge eingetretenen Umsatzeinbruches steht die Geschäftsführung vor der Notwendigkeit, den Betrieb einzuschränken und eine Anzahl von Mitarbeitern zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu kündigen. Im Falle einer Beschlußfassung durch die Generalversammlung könnte sich in Anbetracht der Bestimmung des § 20 Abs 2 AngG, der grundsätzlich eine Kündigung von Angestelltendienstverträgen nur zum Ende eines Kalenderquartals vorsieht, eine *Mehrbelastung der Gesellschaft* in Form des Entgelts für drei Monate, multipliziert mit der Anzahl der zu kündigenden Mitarbeiter[47]) und damit in größeren Fällen ein ein- oder zweistelliger Millionenbetrag ergeben.

Gegen ein Recht der Geschäftsführer, in solchen Fällen ohne Gesellschafterbeschluß zu handeln, mag man einwenden, daß die gesetzlichen Vorschriften betreffend die Willensbildung der Gesellschafter auch und gerade dem Minderheitenschutz dienen und dieser das Papier, auf dem er geschrieben steht, nicht wert wäre, wenn der Mehrheitsgesellschafter oder eine Gesellschaftermehrheit ohnehin die Möglichkeit der operativen Lenkung der GmbH besäße, weil sich die Geschäftsführer notfalls auf diesen Mehrheitswillen berufen können.

Andererseits wird im gewählten Beispiel – und nur um derartige Fälle von im Gesellschaftsinteresse *dringend* gebotenen Maßnahme geht es – wohl jeder kaufmännisch vernünftig denkende Minderheitsge-

[45]) Ein Gesellschafterbeschluß kann ohne weiteres so lauten, daß die Gesellschafter der Geschäftsführung hinsichtlich einer konkret vorgelegten Maßnahme freie Hand lassen.

[46]) Dazu, ob auf diese Art und Weise die Gesellschaftermehrheit (oder gar einzelne, nicht über die Mehrheit verfügende Gesellschafter) die Geschäftsführung auch bei ganz alltäglichen und wenig bedeutsamen Maßnahmen an das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses binden können, vgl unten 3.2.2.

[47]) Die Versäumung eines Kündigungstermins bedeutet bei der Quartalskündigung automatisch zusätzliche Kosten in Höhe eines Quartalsentgeltes.

sellschafter dem Geschäftsführer, der das Verstreichenlassen von Kündigungsterminen und die dadurch bewirkte Mehrbelastung der Gesellschaft[48]) mit dem erforderlichen Abwarten eines förmlichen Gesellschafterbeschlusses begründet, verständlicherweise gravierende Vorwürfe machen.

In jenen Fällen, in denen durch weiteres Zuwarten der Gesellschaft konkret Schaden droht, wird man daher der Geschäftsführung das Recht zuzubilligen haben, auch ungewöhnliche Geschäfte bzw Maßnahmen vorzunehmen, wenn die nach dem Gesetz bzw einer abweichenden Satzungsregelung erforderliche Gesellschaftermehrheit zumindest informell dem Geschäft bzw der Maßnahme zugestimmt hat.

Wichtig ist jedoch, sich vor Augen zu halten, daß dieses Ergebnis keineswegs damit begründet werden kann, andernfalls würden die gesetzlichen Willensbildungsregeln des GmbH-Rechtes „zum sinnlosen Formalismus erstarren". Denn mit dieser – überaus gefährlichen – Erwägung ließe sich das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses generell immer dann hinwegwischen, wenn eine Gesellschaftermehrheit einen bestimmten Willen artikuliert.

Gestützt werden kann das Recht der Geschäftsführung, in Notfällen, dh bei Gefahr im Verzug, auch ungewöhnliche Geschäfte bzw Maßnahmen ohne Gesellschafterbeschluß vorzunehmen, daher nur auf das Vorliegen eines „Notfalles", genauer: auf den im Falle einer Verzögerung *der Gesellschaft drohenden Schaden.*[48a])

Daher kann sich in diesen Fällen auch die Problematik der Haftungsbefreiung der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft im Sinne des § 25 Abs 5 GmbHG nicht stellen, weil das Recht, ohne Gesellschafterbeschluß zu handeln, nach der hier vertretenen Ansicht ex definitione voraussetzt, daß der Gesellschaft daraus nicht nur kein Schaden entstanden ist, sondern sie vielmehr *vor Schaden bewahrt* wurde.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist es, ob die Geschäftsführung in den dargestellten Fallkonstellationen nicht nur das Recht, sondern sogar die *Pflicht* zum Handeln hat. Aus dem zuletzt Gesagten folgt, daß gegen eine solche Pflicht nicht die haftungsrechtliche „Exponiertheit" der Geschäftsführung eingewendet werden kann.

Zweifellos trifft die Geschäftsführer die Verpflichtung, auf eine Willensbildung der Gesellschafter in der raschest möglichen Weise hinzuwirken. Dies bedeutet, daß die Geschäftsführer sich nicht damit begnügen dürfen, eine Generalversammlung einzuberufen, weil dies die langsamste Form der Gesellschafterwillensbildung darstellt. Vielmehr haben die Geschäftsführer das schriftliche Umlaufbeschlußverfahren gemäß § 34 GmbHG zu initiieren bzw – was in manchen Fällen noch zweckmäßiger sein wird – auf eine „Gesellschafter-Vollversammlung" hinzuwirken, bei der auf alle Einberufungsformalitäten und daher auch auf die Wahrung der Einberufungsfristen wirksam verzichtet werden kann[49]).

Gelingt dies aber nicht, weil auch nur ein Gesellschafter auf der Abhaltung der Generalversammlung unter Beachtung sämtlicher Formerfordernisse und Fristen besteht[50]), dann steht den Geschäftsführern nur das erwähnte Mittel der Einholung von Willensäußerungen des Mehrheitsgesellschafters bzw einer Gesellschaftermehrheit offen.

Da es die vornehmste Aufgabe der Geschäftsführung einer GmbH ist, das Vermögen der Gesellschaft zu erhalten und zu vermehren, die Gesellschaft daher selbstverständlich auch vor Schaden zu bewahren, muß dem Recht der Geschäftsführer, unaufschiebbare ungewöhnliche Maßnahmen ohne Gesellschafterbeschluß zu ergreifen, auch eine diesbezügliche *Pflicht* entsprechen. Haftungen drohen der Geschäftsführung bei Annahme einer solchen Verpflichtung, wie schon gesagt, deshalb nicht, weil die Zulässigkeit beschlußlosen Handelns davon abhängt, daß dieses zur Schadensminimierung bzw -vermeidung erforderlich ist.

Damit das Recht der Gesellschafter, über ungewöhnliche Geschäfte und Maßnahmen grundsätzlich vor deren Durchführung einen Beschluß zu fassen, nicht völlig konterkariert wird, dürfen bei der Beurteilung der Zulässigkeit beschlußlosen Handelns der Geschäftsführer *nur klar nachvollziehbare und bezifferbare Vorteile* der Gesellschaft, die sich im Falle raschen Handelns ergeben (bzw aus einer Verzögerung entstehende Nachteile), *berücksichtigt werden.* Denn eine wirtschaftlich zweckmäßige Maßnahme hat es naturgemäß an sich, daß deren rasche Vornahme der Gesellschaft regelmäßig mehr nützt als eine verzögerte Umsetzung. So trifft es selbstverständlich zu, daß eine möglichst zügige Aufnahme des für die Finanzierung einer als gewinnbringend eingestuften Investition erforderlichen Bankkredites letztlich eine (wenn auch uU nur um einige Wochen) frühere Durchführung der Investition und – bei Zutreffen der Prognose – dementsprechend früher beginnende Zahlungsströme zugunsten der GmbH aus der Investition bewirkt. Könnten sich die Geschäftsführer auf derartige – naturgemäß nicht exakt bezifferbare – Erwägungen stützen und aus solchen Gründen vom Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses bei ungewöhnlichen Geschäften bzw Maßnahmen absehen, stünde die Vorlagepflicht der Geschäftsführer bei

[48]) Neben den durch die Entgeltfortzahlung an Arbeitnehmer hervorgerufenen Mehrkosten sind im Falle von Betriebsschließungen naheliegenderweise zahlreiche sonstige Kosten denkbar, wie zB die weitere Entrichtung von Geschäftsraummieten infolge späterer Kündigung etc.

[48a]) Diese Erwägung kann aber nicht so weit führen, der Geschäftsführung die Durchführung schadensabwendender Geschäfte bzw Maßnahmen außerhalb des Tagesgeschäftes auch ohne zumindest formlosen Mehrheitskonsens oder gar gegen den erklärten Mehrheitswissen zu gestatten. Denn die Geschäftsführer haben grundsätzlich eben auch unzweckmäßige Weisungen zu befolgen.

[49]) Vgl § 38 Abs 4 GmbHG; *Koppensteiner,* GmbHG Rz 13 zu § 38; *Kastner/Doralt/Nowotny,* Gesellschaftsrecht[5] 410 mwN in Fn 16; OGH RdW 1987, 371; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht[1] 338 f.

[50]) Wie bereits gesagt, kann nach zutreffender Auffassung das Erfordernis der Einstimmigkeit hinsichtlich der Abhaltung des Umlaufbeschlußverfahrens (§ 34 GmbHG) auch durch Gesellschaftsvertrag nicht abbedungen werden (vgl *Koppensteiner,* GmbHG[2] Rz 22 zu § 34; *Wünsch,* GesRZ 1996, 64; vgl auch OGH WBl 1987, 190 f).

derartigen Geschäften und Maßnahmen nur auf dem Papier.

Anhand des gewählten Beispieles eines Bankkredites zur Investitionsfinanzierung soll der Unterschied deutlich gemacht werden: Steht fest, daß die Kreditzinsen zu einem bestimmten, vor Erreichung eines Gesellschafterbeschlusses liegenden Stichtag und dadurch die *Finanzierungskosten* der Gesellschaft *signifikant erhöht* werden, dann ist im Falle des Vorliegens einer Zustimmung der Gesellschaftermehrheit außerhalb einer Beschlußfassung rasches Handeln durch die Geschäftsführer wohl zulässig und geboten.

Freilich ist mE als weitere Schranke für die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens die *Bedeutsamkeit des aus der Verzögerung der Gesellschaft drohenden Nachteiles* zu beachten. Die zB aufgrund einer Gesetzesänderung eintretende Erhöhung der Rechtsgeschäftsgebühr um ein paar tausend Schilling rechtfertigt ebensowenig den Abschluß eines umfassenden sale and lease back-Vertrages über das Unternehmensgebäude der Gesellschaft wie eine Erhöhung von Kreditprovisionen bzw Bankspesen die ohne Gesellschafterbeschluß erfolgte Kreditaufnahme rechtfertigt.

Allerdings muß – dies sei zur Vermeidung von Mißverständnissen gesagt – den Geschäftsführern (wie bei jeder wirtschaftlichen Maßnahme) ein entsprechender *Beurteilungsspielraum* darüber zugestanden werden, *ob* ein rasches Handeln tatsächlich den Schaden für die Gesellschaft verringert bzw abwendet. Besteht im oben gewählten Beispiel eines gravierenden und nachhaltigen Umsatzeinbruches und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit eines Mitarbeiterabbaus zB begründete Aussicht, sich mit dem Betriebsrat im Falle des Zuwartens mit den Kündigungen über einen wirtschaftlich sinnvollen Sozialplan (vgl § 97 Abs 1 Z 4 iVm § 109 Abs 3 ArbVG) zu einigen, dann kann das Zuwarten mit den Kündigungen die für die Gesellschaft bessere Vorgangsweise sein, wenn andernfalls der Betriebsrat damit droht, die Kündigungen anzufechten und – mit Hilfe der für die Gesellschaft bloß aus der Einbringung von Anfechtungsklagen entstehenden Kostenbelastung[51]) – einen (vielleicht teureren) Sozialplan vor der Schlichtungsstelle (vgl § 97 Abs 2 ArbVG) zu erzwingen.

3.2.2. Tagesgeschäft

Im sogenannten „Tagesgeschäft" können die Geschäftsführer – dies ist in Lehre und Judikatur anerkannt – insoweit ungestört arbeiten, als sie nicht durch Anordnungen und Weisungen der Gesellschafter in ihrem Handeln gebunden werden oder eine gesellschaftsvertragliche oder gesetzliche Bestimmung (vgl insbesondere § 30 j Abs 5 GmbHG bei Bestehen eines Aufsichtsrates) auch für Maßnahmen des Tagesgeschäftes, in denen die Geschäftsführer keine Vorlagepflicht trifft, Beschränkungen vorsieht.

Wie hat sich aber ein GmbH-Geschäftsführer zu verhalten, der mit einem Mehrheitsgesellschafter konfrontiert ist, welcher sich *regelmäßig und laufend in das Tagesgeschäft einmengt* und dem Geschäftsführer bestimmte Maßnahmen vorschreibt und ihm andere untersagt bzw inhaltliche Änderungen geplanter Maßnahmen vorgibt?

Bei spontaner Beantwortung aus rein rechtlicher Sicht[52]) wäre man geneigt, darauf zu verweisen, daß der Wille des Mehrheitsgesellschafters nur im Rahmen einer Beschlußfassung oder eines formlosen Konsenses sämtlicher Gesellschafter (siehe oben) für den Geschäftsführer rechtliche Bedeutung besitzt. Wie steht es aber dann mit der oben (3.2.1.1.) getroffenen und von der hA vertretenen Aussage, wonach den Geschäftsführer eine Verpflichtung zur Vorlage einer Angelegenheit an die Generalversammlung trifft, wenn er mit Widerspruch der Gesellschafter zu dem von ihm geplanten Verhalten rechnen muß? Denn diese Situation liegt typischerweise dann vor, wenn der Mehrheitsgesellschafter dem Geschäftsführer zu erkennen gibt, daß er mit einer geplanten Geschäftsführungsmaßnahme nicht einverstanden ist.

Damit läßt sich das Problem auch so formulieren: Wird tatsächlich jede – noch so banale und unzweifelhaft dem „Tagesgeschäft" zuzurechnende – Maßnahme der Geschäftsführung dadurch zu einer „ungewöhnlichen" und damit vorlagepflichtigen, daß der Mehrheitsgesellschafter formlos einen mit dem Plan der Geschäftsführung nicht übereinstimmenden Willen artikuliert?

Um die Bedeutung der Problematik zu vergegenwärtigen: Diese Frage zu bejahen, heißt nichts anderes, als *dem Mehrheitsgesellschafter die Möglichkeit uU völliger Lahmlegung der Geschäftsführung zu geben*, oder – und darauf laufen derartige Fallkonstellationen regelmäßig in der Praxis hinaus – *die Konsequenz zu akzeptieren, daß der Geschäftsführer (ohne die Generalversammlung zu fragen!) sich laufend nach dem nicht in Gesellschafterbeschlüsse umgesetzten Mehrheitswillen orientiert.*

An dieser Stelle interessiert nur die Beantwortung der Frage, ob der GmbH-Geschäftsführer in solchen Fällen zur Vorlage der Angelegenheit an die Gesellschafter (sei es im Wege einer Generalversammlung oder im Wege eines schriftlichen Umlaufbeschlußverfahrens) verpflichtet ist, oder ob er – abseits jeglicher praktischer Opportunität – berechtigt ist, den Willen des Mehrheitsgesellschafters im laufenden Tagesgeschäft zu ignorieren; die interessante haftungsrechtliche Frage, wie der Geschäftsführer zu behandeln ist, wenn er den formlosen Willen des Mehrheitsgesellschafters befolgt und aus einer derartigen Geschäftsführungsmaßnahme der Gesellschaft Schaden entsteht, soll unten (5.) eingegangen werden.

[51]) Gemäß § 58 ASGG besteht in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten iSd § 50 Abs 2 ASGG – und dazu gehören auch Kündigungsanfechtungsverfahren gem § 105 ArbVG – ein Kostenersatzanspruch der obsiegenden Partei nur in Verfahren vor dem OGH.

[52]) Der Praktiker des Wirtschaftslebens wird ohnehin erwidern, ein solcher Geschäftsführer sei gut beraten, den Willen des Mehrheitsgesellschafters zu beachten – eine Aussage, an deren empirischer Richtigkeit kaum zu zweifeln ist, die aber keinen rechtlichen Erkenntniswert hat.

Denkt man den oben (2.) entwickelten Ansatz betreffend den „weisungsfreien Mindestbereich" konsequent weiter, *darf man dem Geschäftsführer ein individuelles Recht, den formlosen Willen des Mehrheitsgesellschafters schlichtweg zu ignorieren, nicht geben*[53]). Denn es gibt eben keine Maßnahme, die wegen ihrer „Banalität", dh geschäftlichen Unwichtigkeit für die Gesellschaft, von den Gesellschaftern nicht zum Gegenstand von Weisungen an die Geschäftsführung gemacht werden dürfte.

Es mag unbefriedigend erscheinen, dem Mehrheitsgesellschafter auf diese Art und Weise Mittel in die Hand zu geben, die ihm im Ergebnis eine Untergrabung der grundsätzlich auch das GmbH-Recht prägenden Unterscheidung zwischen Gesellschafter- und Geschäftsführerzuständigkeiten ermöglichen. Seine „Strafe" für dieses Verhalten ist – dies darf nicht übersehen werden – daß er sich idR als „faktischer Geschäftsführer" wie ein ordnungsgemäß bestellter handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH behandeln lassen muß und ihn die vom Gesetz vorgesehene strenge Geschäftsführerhaftung trifft (dazu näher unten 5.)[54]).

Allerdings ist der Geschäftsführer richtigerweise nicht dazu verhalten, dem vom Mehrheitsgesellschafter (bzw der Gesellschaftermehrheit) artikulierten Willen durch sofortige Befolgung Rechnung zu tragen; er darf vielmehr – und dies gilt jedenfalls für Fälle, in denen keine Gefahr in Verzug ist – abwarten, bis die Gesellschafterversammlung damit befaßt ist.

Dabei handelt es sich nicht bloß um ein Recht, sondern um eine Pflicht der Geschäftsführung. Außerhalb der oben (3.2.1.2.) behandelten Fallkonstellationen, in denen wegen Gefahr im Verzug eine Geschäftsführungsmaßnahme keinen Aufschub duldet, handelt der Geschäftsführer mE *pflichtwidrig*, wenn er bei einer konkreten Geschäftsführungsmaßnahme seinen ursprünglichen Willen (bzw den Willen des Kollegialorgans Geschäftsführung) auf Geheiß des Mehrheitsgesellschafters ändert und dessen Vorstellungen entweder dadurch Rechnung trägt, daß er die Maßnahme unterläßt oder inhaltlich abgeändert vornimmt.

Daß die anderen Gesellschafter in solchen Fällen auf Beweisprobleme stoßen werden, weil der Geschäftsführer sich selbstverständlich dann im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens bewegt, wenn er bei einer Maßnahme des Tagesgeschäftes entsprechend dem von der Geschäftsführung für zweckmäßig Gehaltenen agiert (selbst wenn der Mehrheitsgesellschafter sich in die Entscheidungsfindung eingeschaltet haben sollte), steht auf einem anderen Blatt.

Gewiß wird ein Geschäftsführer, der – und sei es auch nur im Tagesgeschäft – den erklärten Willen des Mehrheitsgesellschafters nicht gleich umsetzt, sondern die Gesellschafterversammlung zwecks Abstimmung einschaltet, wenn er selbst mit dem Willen des Mehrheitsgesellschafters nicht konform geht, nicht lange in der Gesellschaft verbleiben; das Recht und die Pflicht, durch Einschaltung der anderen Gesellschafter außer es ist Gefahr im Verzug – diesen die Möglichkeit der Teilnahme an der Willensbildung zu geben, hat aber gerade im Zusammenhang mit der daraufhin uU vom Mehrheitsgesellschafter durchgesetzten Entfernung des Geschäftsführers Bedeutung. Denn eine darauf gestützte Abberufung (die beim Fremdgeschäftsführer wegen § 16 Abs 1 GmbHG jederzeit möglich ist; vgl oben 3.2.), kann sich nicht auf einen wichtigen Grund stützen, und eine damit verknüpfte Beendigung des Dienstvertrages erfüllt keinesfalls die Voraussetzungen des § 27 AngG, führt daher meist zu erheblichen finanziellen Belastungen der Gesellschaft durch entsprechende Zahlungen an den Geschäftsführer (Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung, uU Pension etc).

Einem Mehrheitsgesellschafter, der sich so verhält – also einen Geschäftsführer deshalb entfernt, weil dieser den Willen des Mehrheitsgesellschafters nicht wie einen Gesellschafterbeschluß respektiert, sondern der Minderheit vielmehr die gesetzlich vorgesehene Artikulierung ihrer Interessen ermöglichen will – wird idR auch eine *Verletzung der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht*[55]) zur Last fallen. Dies kann ihn haftbar machen und uU auch zur Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses führen[56]).

Aus der oben (2.) näher begründeten und bejahten Möglichkeit des Geschäftsführers, bei einer dem Gesamtbild nach unzumutbaren Einschränkung seiner Tätigkeit durch Gesellschafterweisungen – nach entsprechender Vorwarnung – Mandat und Anstellungsvertrag fristlos aus wichtigem Grund aufzulösen und die mit einer solchen berechtigten vorzeitigen Auflösung verknüpften Ansprüche geltend zu machen, folgt freilich für die gerade erörterten Fallkonstellationen ein ebensolches Auflösungsrecht. Denn der

[53]) Auf den Ausnahmefall des „beschlußunwilligen" Mehrheitsgesellschafters, der gar nicht vorhat, seinen Willen im Rahmen von Gesellschafterbeschlüssen durchzusetzen, wird unten (3.2.3.) einzugehen sein.

[54]) Vgl zur Haftung des „faktischen Geschäftsführers" grundlegend für die BRD *Stein*, Das faktische Organ (1984); vgl auch *Stein*, Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 148 (1984), 207 ff, insb 235; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG I[8] Rz 15 ff zu § 43; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[16] Rz 16 zu § 43; BGH GmbHR 1974, 9 ff; BGH DB 1993, 34 ff; für Österreich *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I[2] 267, 346, 357; *Roth*, Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH, ZGR 1989, 421 ff; *Wünsch*, GmbHG Rz 30 zu § 25; *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 49 ff; *Harrer*, Haftungsprobleme 15 f, 189 ff; OGH ecolex 1990, 419; OGH JBl 1987, 798 zur strafrechtlichen Komponente; *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 6 zu § 25.

[55]) Vgl dazu *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 13 f; *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 18 ff zu § 61 mwN; *Harrer*, Haftungsprobleme 136 ff; *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, WBl 1988, 141; OGH JBl 1989, 253 ff mit Anm v *Thiery*.

[56]) Daß treuwidrige Gesellschafterbeschlüsse, also solche, die durch gegen die Treuepflicht verstoßende Stimmabgabe zustandegekommen sind, zwar nicht der absoluten Nichtigkeit verfallen, aber immerhin der Anfechtung nach § 41 GmbHG unterliegen, ist heute praktisch unumstritten (vgl Sz 69/254; OGH JBl 1989, 253 ff mit Anm v *Thiery*; *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 31 zu § 41, Rz 14 zu § 61).

Geschäftsführer, der durch einen Mehrheitsgesellschafter auch im laufenden Tagesgeschäft gezwungen wird, ständig die Gesellschafter anzurufen und deren Beschlußfassung selbst in unwichtigen Angelegenheiten herbeizuführen – die Alternative, dem Mehrheitsgesellschafter auch entgegen der Überzeugung der Geschäftsführer Folge zu leisten, wäre ja, wie gesagt, pflichtwidrig –, ist in einer noch viel prekäreren und unzumutbareren Situation als jener Geschäftsführer, dem Weisungen zumindest in Beschlußform oder durch Konsens aller Gesellschafter erteilt werden.

Durch das zustehende Rücktritts- und vorzeitige Austrittsrecht wird der dem Geschäftsführer zumindest in schuldrechtlicher Hinsicht zuzugestehende „weisungsfreie Mindestbereich" gesichert und ihm die Möglichkeit gegeben, einen durch für ihn unzumutbare und die Führung eines Wirtschaftsunternehmens gravierend erschwerende Beschränkungen der unternehmerischen Leitung gekennzeichneten Zustand wenigstens in für den Geschäftsführer finanziell idR akzeptabler Form zu beenden.

3.2.3. Der „beschlußunwillige" Mehrheitsgesellschafter

Die obigen Ausführungen leiten über zu einer Fallgestaltung, die man wahrscheinlich nicht erfinden, sondern nur praktisch erleben kann. Es geht dabei um jenen Mehrheitsgesellschafter, der zwar gegenüber der Geschäftsführung Anspruch auf Durchsetzung seines Willens erhebt, gleichzeitig aber deutlich macht, dies außerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Willensbildung der Gesellschafter, dh außerhalb eines Gesellschafterbeschlusses, tun zu wollen.

Der vom Verfasser diesbezüglich prägnanteste „erlebte" Fall lautete – leicht abgewandelt – folgendermaßen: Die Geschäftsführung eines in der Rechtsform einer GmbH betriebenen Unternehmens, an dem eine Gebietskörperschaft die Mehrheit der Anteile hält, legte dem Aufsichtsrat ein umfangreiches „Sanierungsprogramm" vor, welches unter anderem die Auslagerung verschiedener Unternehmensbereiche an Dritte (im Wege von „Outsourcing-Vereinbarungen") sowie die Stillegung bzw „personelle Ausdünnung" einzelner Bereiche und damit im Zusammenhang die Kündigung eines nicht unerheblichen Teiles der Mitarbeiter vorsah.

Dieses Programm und auch die genaue Anzahl der beabsichtigten Dienstnehmerkündigungen wurden vom Aufsichtsrat (dem keine Belegschaftsvertreter angehörten) einstimmig beschlossen. Vertreten war im Aufsichtsrat auch ein ranghoher Beamter jenes Ministeriums, das die Rechte des Mehrheitsgesellschafters wahrnahm. Insbesondere letzterer war daher von den Maßnahmen im vorhinein detailliert informiert und mit diesen – im Rahmen der Beschlußfassung im Aufsichtsrat – auch einverstanden. Knapp vor dem tatsächlichen Ausspruch der Kündigungen erreichte den Geschäftsführer ein Brief des für die Wahrnehmung der Rechte des Mehrheitsgesellschafters zuständigen Ministers, in dem dieser den Ausspruch eines (näher abgegrenzten) Teiles der Kündigungen „untersagte" und davon sprach, daß dieser Teil der Kündigungen noch gar nicht „bewilligt" gewesen sei.

Als der Geschäftsführer daraufhin rechtlichen Rat einholte und – entsprechend diesem Rat – den Mehrheitsgesellschafter von seiner Absicht verständigte, die Generalversammlung einzuberufen, wurde ihm unmißverständlich bedeutet, daß der Mehrheitsgesellschafter vom Geschäftsführer weder die Einholung von Rechtsgutachten noch und schon gar nicht die Anrufung der anderen Gesellschafter, sondern vielmehr allein die Befolgung seiner Anweisungen erwartete.

Nicht bezweifelt werden kann, daß in einem solchen Fall der Geschäftsführer dennoch die Generalversammlung einberufen und eine Gesellschafterentscheidung herbeiführen darf, ohne pflichtwidrig zu handeln, denn eine auf Unterlassung der Einberufung einer Generalversammlung gerichtete Weisung[57]) ist einerseits begrifflich nur schwer denkbar, weil ihr Zustandekommen – wenn zumindest ein Gesellschafter dies wünscht – wiederum die Abhaltung einer Generalversammlung voraussetzen würde und andererseits rechtlich unbeachtlich, dh mE nicht einmal anfechtungsbedürfig.

Darf der Geschäftsführer im geschilderten Beispiel aber auch den Willen des Mehrheitsgesellschafters mißachten und die vom Aufsichtsrat genehmigte Maßnahme (in diesem Fall die Kündigung einer größeren Anzahl von Mitarbeitern zum frühestmöglichen Zeitpunkt) durchführen?

ME ist diese Frage – wenn auch mit bestimmten Einschränkungen – zu bejahen. Grundsätzlich darf – siehe oben (3.2.1.) – der Mehrheitsgesellschafter sehr wohl erwarten, daß der Geschäftsführer Maßnahmen nicht gegen seinen erklärten Willen ergreift, wobei dies (vgl oben 3.2.2.) sogar für das „Tagesgeschäft" gilt. Daß der Aufsichtsrat eine vom Geschäftsführer beabsichtigte Maßnahme bereits (in Entsprechung des § 30 j Abs 5 GmbHG) genehmigt hat, ändert daran grundsätzlich nichts, weil – jedenfalls nach ganz herrschender Ansicht[58]) – die Generalversammlung als das oberste Willensbildungsorgan der GmbH auch Aufsichtsratsbeschlüsse außer Kraft setzen bzw revidieren, also zB einer vom Aufsichtsrat genehmigten Maßnahme die Zustimmung verweigern oder eine fehlende, aber nach dem Gesetz erforderliche Aufsichtsratszustimmung durch eine eigene Zustimmung ersetzen kann.

Der geschilderte Fall zeichnet sich jedoch durch zwei Besonderheiten aus, die in der Praxis sicher nur selten vorkommen werden: Einerseits war der Mehrheitsgesellschafter durch seinen Vertreter im Auf-

---

[57]) Eine solche Weisung oder auch nur förmliche Aufforderung des Mehrheitsgesellschafters lag im gegenständlichen Fall nicht vor.

[58]) Vgl *Hügel*, Aufsichtsratsveto und Gesellschafterversammlung, GesRZ 1982, 312; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 385 Fn 139, 406 f; *Wünsch*, GmbHG Rz 91 zu § 30 j; *Kastner*, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht, GesRZ 1982, 215; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 28; *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 20 zu § 30 j; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I[2] 713 f mit ausführlicher Darlegung zum Prozedere aus Sicht der Geschäftsführer.

sichtsrat von dem durch diesen später genehmigten „Sanierungspaket" im vorhinein voll informiert, und andererseits war aus dem danach gesetzten Verhalten des Mehrheitsgesellschafters für den Geschäftsführer deutlich erkennbar, daß dieser seinen Willen außerhalb eines Gesellschafterbeschlusses – gleichsam per „Ministerweisung" – durchsetzen wollte[59]).

Ein Mehrheitsgesellschafter, der seinen Willen gegenüber der Geschäftsführung ganz bewußt durch „Mehrheitsweisung" und nur durch eine solche durchsetzen möchte, *gibt damit zu erkennen, daß ihm an der vom Gesetz vorgesehenen Art der Willensbildung der Gesellschafter nicht gelegen ist.* In einer solchen Konstellation *kann die Geschäftsführung sich mE so verhalten, als gäbe es keinen Gesellschafterbeschluß* bzw als könnten sich die Gesellschafter nicht auf eine bestimmte Maßnahme (Weisung) gegenüber der Geschäftsführung einigen.

Welche Gründe der Mehrheitsgesellschafter dafür hat, die Gesellschafterversammlung nicht befassen zu wollen, ist grundsätzlich unerheblich. Gründe, die es rechtfertigen, die anderen Gesellschafter nicht in die Willensbildung einzubeziehen, sind nur dann denkbar, wenn die Geschäftsführungsmaßnahme im Interesse der Gesellschaft und zur Abwendung eines bedeutenden Nachteils keinen Aufschub duldet (vgl oben 3.2.1.2.)[60]). Ein derartiger Fall lag im geschilderten Beispiel aber gerade nicht vor; vielmehr hatte die Gesellschaft bei Befolgung des Willens des Mehrheitsgesellschafters durch verlängerte Gehaltszahlungen einen nicht unerheblichen Vermögensnachteil zu befürchten, zumal der Mehrheitsgesellschafter, der das Unternehmen durch laufende Zuschüsse unterstützte, *diesen* Nachteil nicht auszugleichen bereit war.

Andere Gründe – insbesondere eine „negative Publizität" – können dagegen die mangelnde Einbindung der übrigen Gesellschafter in die Willensbildung selbstredend nie rechtfertigen[61]).

Der zweite Teil dieser Abhandlung erscheint in der nächsten Ausgabe.

[59]) Dieses – rechtlich natürlich verfehlte – Verständnis der eigenen Kompetenzen kommt auch in der zu Beginn dieses Beitrages abgedruckten parlamentarischen Anfragebeantwortung zum Ausdruck.

[60]) Auch in einem solchen Falle sind die anderen Gesellschafter richtigerweise aber im nachhinein zu informieren.

[61]) Im konkreten Beispiel wollte der Mehrheitsgesellschafter die Mitgesellschafter wohl deshalb nicht einbinden, weil er gegenüber diesen – einer großen Anzahl bedeutender Unternehmen des Industrie- und Dienstleistungsbereiches – in Argumentationsnotstand geraten und deutlich geworden wäre, daß die plötzliche Richtungsänderung (zuerst Absegnung im Aufsichtsrat durch einen Vertreter des Gesellschafters und danach Untersagung der Maßnahme per Ministerbrief) nur auf politische Gründe zurückzuführen sein konnte. Insofern ist das Beispiel – so speziell es sein mag – ein für „österreichische Verhältnisse" (auch der ausgehenden 90er-Jahre) keineswegs untypisches.

Dr. GEORG SCHIMA, Rechtsanwalt, Wien

Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (II)

Mehrheitsgesellschafter einer GmbH erachten sich – sei es aus Rechtsunkenntnis, sei es um sich den mit der Einholung von Gesellschafterbeschlüssen nötigen „Formalismus" zu ersparen – nicht selten für berechtigt, die Geschäftsführung unmittelbar ihren Anweisungen und Vorgaben zu unterwerfen. GmbH-Geschäftsführer, die sich einer solchen Vorgangsweise ausgesetzt sehen, befinden sich in einer nicht ganz einfachen Lage. Den Willen des Mehrheitsgesellschafters oder der Gesellschaftermehrheit zu ignorieren, kann (und wird regelmäßig) sie ihre Position kosten; diesem vorbehaltlos nachzugeben, kann aber zu haftungsrechtlichen Konsequenzen führen und bedeutet darüber hinaus eine Übergehung der Minderheitsgesellschafter.

Der folgende Beitrag soll die mit der Artikulierung des Mehrheitswillens in der GmbH in bezug auf die Geschäftsführung verbundenen Rechtsfragen erörtern und insbesondere auch untersuchen, ob mit Zustimmung der anderen Gesellschafter dem Mehrheitsgesellschafter rechtmäßigerweise die Kompetenz zur Erteilung von Weisungen eingeräumt werden kann. Zu behandeln sind darüber hinaus die haftungsrechtlichen Konsequenzen sowohl für die Geschäftsführung als auch für den Mehrheitsgesellschafter, wenn „Mehrheitsweisungen" erteilt und/oder befolgt oder nicht befolgt werden.

Inhaltsübersicht

1. *Vorbemerkung*
2. *Weisungsrecht der Gesellschafter und „Weisungsfreier Mindestbereich"*
3. *Der Wille des Mehrheitsgesellschafters als rechtlich beachtlicher Gestaltungsfaktor?*
   - 3.1. *Kein Weisungsrecht des Mehrheitsgesellschafters*
   - 3.2. *Willensäußerungen des Mehrheitsgesellschafters und Verhaltenspflichten der Geschäftsführung*
     - 3.2.1. *Ungewöhnliche Geschäfte*
       - 3.2.1.1. *Vorlagepflicht der Geschäftsführung*
       - 3.2.1.2. *Formloser Mehrheitskonsens bei Gefahr im Verzug*
     - 3.2.2. *Tagesgeschäft*
     - 3.2.3. *Der „beschlußunwillige" Mehrheitsgesellschafter*
4. *Rechtswirksame Übertragung des Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter*
5. *Haftungsrechtliche Probleme*
   - 5.1. *Verantwortung und Haftung der Geschäftsführung bei Befolgung des Mehrheitswillens*
   - 5.2. *Die Verantwortlichkeit des Mehrheitsgesellschafters wegen faktischer Geschäftsführung sowie wegen Treuepflichtverletzung*
6. *Ergebnisse*

4. Rechtswirksame Übertragung des Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter?

Der die Rechte der Mitgesellschafter mißachtende bzw die Geschäftsführung unzumutbaren Einschränkungen unterwerfende Mehrheitsgesellschafter ist zwar eine nicht ganz seltene Erscheinung, prägt aber glücklicherweise nicht das Bild, welches die Praxis bietet und schwebte naturgemäß auch dem Gesetzgeber des GmbHG nicht als Archetypus vor.

Vielmehr gibt es zahlreiche Gesellschaften, die über eine klare Gesellschaftermehrheit bzw einen Mehrheitsgesellschafter (häufig selbst ein als Kapitalgesellschaft betriebenes Unternehmen) verfügen, der mit vollem Einverständnis der anderen Gesellschafter allein die Leitung und Überwachung der Geschäftsführung wahrnimmt, wohingegen sich die anderen Gesellschafter primär auf ihre Funktion als Anteilsinhaber und Gewinnanteilbezieher beschränken.

Derartige Fallkonstellationen kommen in Österreich zB vor, wenn eine Bank – aus welchen Gründen auch immer[62]) – ein Unternehmen, an dem sie ausschließlich oder mehrheitlich beteiligt ist, an einen (nicht selten ausländischen) Konzern bzw ein Unternehmen veräußert, der/das zunächst nur die Mehrheit an der erworbenen Gesellschaft übernimmt, dabei aber häufig die Option auf Erwerb der restlichen Anteile eingeräumt erhält.

In den im Zusammenhang mit einer solchen Transaktion geschlossenen Verträgen ist häufig die Rede davon, daß der neue Mehrheitsgesellschafter die *„industrielle Führung"* der erworbenen Gesellschaft übernimmt und allein für die – insbesondere im Rahmen des Tagesgeschäftes erfolgende – Herstellung des nötigen Kontaktes mit der Geschäftsführung der

[62]) In Österreich sind früher manche Großbanken zu ihren nicht dem Bankensektor angehörigen Beteiligungen durch Anwendung des Prinzips „Umwandlung von Kredit in Gesellschaftskapital", dh im Wege der teuren Behebung von Sanierungsfällen, gelangt.

erworbenen Gesellschaft zuständig ist, wohingegen sich der neue Minderheitsgesellschafter (hier also die Bank) auf die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte im Rahmen der ordentlichen Generalversammlung und allenfalls durch Entsendung eines Mitgliedes in den Aufsichtsrat der Gesellschaft beschränkt.

In derartigen Fällen agiert der Mehrheitsgesellschafter also mit vollem Konsens des oder der Minderheitsgesellschafter/s, indem er die Geschäftsführung der erworbenen GmbH schriftlich oder mündlich (telefonisch) Weisungen unterwirft.

Wie sind nun derartige „Weisungen" zu betrachten? Kann der Geschäftsführer sich in derartigen Fällen darauf verlassen, daß er bei Befolgung des Willens des Mehrheitsgesellschafters zumindest gegenüber der Gesellschaft von einer Haftung befreit ist, wenn die Umsetzung dieses Willens der Gesellschaft Schaden zufügt?

In Wahrheit ist es in erster Linie dieser haftungsrechtliche Aspekt – der unten (5.) noch näher zu erläutern ist –, der in diesem Zusammenhang aus praktischer Sicht interessiert.

Die dabei zentrale Rechtsfrage lautet, ob die Gesellschafter das ihnen gemäß § 20 Abs 1 GmbHG zustehende Weisungsrecht an einen Dritten im allgemeinen und den Mehrheitsgesellschafter im speziellen zu übertragen vermögen. Nur wenn man diese Möglichkeit bejaht, stellt sich im konkreten Einzelfall die weitere Frage, **ob** die Gesellschafter eine solche Delegation des Weisungsrechtes wirksam vorgenommen haben, im Verhältnis zur Geschäftsführung der Mehrheitswille daher die Wirkung eines Gesellschafterbeschlusses hat[63]).

Die Problematik wurde in der Literatur bereits diskutiert. Unter zutreffendem Hinweis auf § 20 Abs 2 GmbHG bejaht *Reich-Rohrwig*[64]) die Möglichkeit einer Übertragung des Weisungsrechtes und stützt diese auf § 20 Abs 2, letzter Satzteil GmbHG, wo von der *„Zustimmung der Gesellschafter, des Aufsichtsrates* ***oder eines anderen Organes der Gesellschaft***" die Rede ist[65]).

In der Praxis hat sich die Diskussion vor allem im Zusammenhang mit den sogenannten „Beiräten" entzündet, die vom Gesetz her nicht vorgesehen sind, dennoch in bunter und sehr vielfältig ausgestalteter Form die GmbH-Praxis in Österreich bereichern.[66])

Der die Möglichkeit der Übertragung des Weisungsrechtes der GmbH-Gesellschafter an den Mehrheitsgesellschafter bejahenden Auffassung ist grundsätzlich – wenn auch mit gewissen Kautelen – zuzustimmen.

Daß die Gesellschafter grundsätzlich Weisungsbefugnisse verlagern können, ergibt sich – freilich nur in Bezug auf den Aufsichtsrat – schon aus § 30 l Abs 4 GmbHG, wonach dem Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluß *„weitere Obliegenheiten ... übertragen"* werden können[67]). Es ist in Anbetracht des das GmbH-Recht stark beherrschenden Prinzips der Vertragsfreiheit[68]) kein vernünftiger Grund ersichtlich, der der Übertragung des Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter im Wege stehen sollte.

Die hA anerkennt – sogar deutlich über die Übertragung des aus § 20 Abs 1 GmbHG resultierenden Weisungsrechtes hinaus – die generelle Übertragung von Gesellschafter-Beschlußkompetenzen selbst auf gesellschaftsfremde Dritte[69]). Die in solchen Fällen zu beantwortende Frage nach dem Bestehen unentziehbarer Mindestzuständigkeiten der Gesellschafter[70]) stellt sich bei der bloßen Übertragung des gegenüber den Geschäftsführern bestehenden Weisungsrechtes (an den Mehrheitsgesellschafter) sicher nicht.

Daß Gesellschafterbeschlüsse auch durch formlosen (ja bloß konkludenten) Konsens gefaßt werden können, wenn alle Gesellschafter zustimmen, wird in Lehre und Rechtsprechung zu Recht bejaht[71]) und wurde oben (3.1. und Fn 29) bereits dargelegt. Man kann die Übertragung des Weisungsrechtes der Mitgesellschafter an den Mehrheitsgesellschafter auch als Vorwegzustimmung zu den von letzterem gefällten Entscheidungen und damit als eine Art „Vorratsbeschluß" ansehen. Die gegen „Vorratsbeschlüsse" bei Aufsichtsräten (zB einer Aktiengesellschaft und auch GmbH) im Schrifttum teilweise geäußerten und ohnehin fragwürdigen Bedenken[72]) greifen hier schon deshalb nicht, weil die Gesellschafter grundsätzlich bei der Ausübung des aus § 20 Abs 1 GmbHG erfließenden Weisungsrechtes an die Geschäftsführung nicht dem für Aufsichtsratsmitglieder bzw Vorstandsmit-

---

[63]) Richtigerweise muß bei Bejahung der Übertragungsmöglichkeit die Beschlußwirkung aber nicht nur gegenüber der Geschäftsführung, sondern allseitig eintreten.

[64]) GmbH-Recht I² 289.

[65]) Ebenso *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 18 zu § 20; OLG Wien NZ 1983, 94 ff; aM *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 388; *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, FS *Strasser* I (1983) 862 ff.

[66]) Vgl zur Beiratsproblematik zB *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, FS *Strasser* I (1983) 862 ff; *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 52 ff zu § 35; *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG¹⁶ Rz 13; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹, 312 ff.

[67]) Zutreffend *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 18 zu § 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², 283 (Fn 84).

[68]) Ein ganz wesentlicher und in der Diskussion nur selten ausreichend herausgestrichener Ausdruck dieses Prinzips ist die durch § 39 Abs 2, zweiter Satz GmbHG eröffnete Möglichkeit, die Stimmanteile von den Kapitalanteilen der Gesellschafter vollständig zu entkoppeln und damit zu bewirken, daß (im Extremfall) Gesellschafter mit winzigem Kapitalanteil die Willensbildung in der GmbH völlig beherrschen oder umgekehrt kapitalmäßig dominant beteiligte Gesellschafter keinerlei Einfluß auf die Willensbildung haben.

[69]) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 18 zu § 20, Rz 48 ff zu § 35; *Lutter-Hommelhoff*, GmbHG¹⁴ Rz 1 zu § 46; einschränkend *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG¹⁶ Rz 65 zu § 47.

[70]) Dazu zB *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 45 ff zu § 35; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 317 f.

[71]) Vgl OGH WBl 1987, 190 f; OGH ecolex 1996, 373 f = ÖBA 1996, 647 ff = RdW 1996, 263 f = WBl 1996, 249 ff = ZIK 1996, 142 f.

[72]) Solche Bedenken bei *Geppert-Moritz*, Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (1984) 29 f; dagegen die die ganz hM: *Kastner*, GesRZ 1982, 214 f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 261 Fn 123; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 711 f; *Jud*, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrates, ÖBA 1993, 773 ff; *Reischauer*, Gedanken zur Aufsichtsratszustimmung nach § 95 Abs 5 Akt 6, FS *Strasser* (1993) 287 ff, 291 ff.

glieder und Geschäftsführer vergleichbaren Verantwortungs- und Haftungsmaßstab unterliegen (zu letzterem auch unten 5.)[73]).

Übertragen werden kann das Weisungsrecht einzelner Gesellschafter an den Mehrheitsgesellschafter insbesondere durch **Regelung im Gesellschaftsvertrag**. Dafür verlangt § 50 Abs 4 GmbHG die Zustimmung aller von der Übertragung des Weisungsrechtes betroffener Gesellschafter; die für Gesellschaftsvertragsänderungen allgemein geltende Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen gemäß § 50 Abs 1 GmbHG genügt somit nicht.

Fraglich ist, wie eine derartige Übertragung des Weisungsrechtes **rückgängig gemacht** werden kann. Haben sich die übertragenden Gesellschafter – was ihnen anzuraten ist – die Möglichkeit vorbehalten, das Weisungsrecht durch bestimmte Erklärungen und unter bestimmten Voraussetzungen wieder „an sich zu ziehen", entstehen keine Probleme. Die Rückübertragung muß in diesem Falle allerdings durch neuerliche Änderung des Gesellschaftsvertrages (wozu die Vertragspartner dann verpflichtet sein werden) umgesetzt werden.

Wenn die Übertragung des Weisungsrechtes jedoch ohne nähere Einschränkungen erfolgt und nichts hinsichtlich einer Rückübertragung vorgesehen ist, erhebt sich die Frage, wie ein Gesellschafter, der die aus § 20 Abs 1 GmbHG resultierenden Rechte wiederum ausüben möchte, dies durchsetzen kann. Denn in einem solchen Falle würde sich § 50 Abs 4 GmbHG seinem Wortlaut nach gegen die eine Rückübertragung wünschenden (Minderheits-)Gesellschafter wenden, kommt es doch durch die Rückübertragung zu einer *„Verkürzung"* der dem Mehrheitsgesellschafter durch Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechte im Sinne der zitierten Bestimmung. In der Tat besteht kein zwingendes Bedürfnis, einem sich

[73]) Dies bedeutet selbstverständlich nicht, daß die Gesellschafter nicht bei bestimmten Weisungen haften können. Das häufigst diskutierte Beispiel – die Anweisung, den Insolvenzantrag trotz Vorliegens der Voraussetzungen nicht zu stellen – wurde bereits erwähnt (vgl *Koppensteiner*, WBl 1988, 8 ff). Durch verschiedene Ansätze im jüngeren Schrifttum werden freilich den Gesellschaftern – teilweise überschießend – Verantwortungen aufgebürdet, die sie richtigerweise nur dann treffen könnten, wenn GmbH-Gesellschafter bei ihrem Agieren generell ebenfalls einem für Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder vergleichbarne Sorgfaltsmaßstab unterlägen (vgl zB zur Haftung von Gesellschaftern einer GmbH bei Unterlassung von Sanierungsmaßnahmen nach Verständigung seitens der Geschäftsführung betreffend den Verlust des halben Stammkapitals *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig-Erkenntnissen", ÖBA, 1990, 347 ff; dagegen zu Recht *Nowotny*, Verlust des halben Stammkapitals, FS *Semler* [1993], 247 ff).

gesellschaftsvertraglich des Weisungsrechtes entäußernden (Minderheits-)Gesellschafter die – nicht im Gesellschaftsvertrag selbst vorgesehene – „Rückholung" des Weisungsrechtes durch einseitige Erklärung zu ermöglichen. Denn auch bei der Übertragung des Weisungsrechtes von den Gesellschaftern auf den Aufsichtsrat (vgl § 30 l Abs 4 GmbHG) ist anerkannt, daß die „Rückholung" durch die Gesellschafter eine Gesellschaftsvertragsänderung erfordert, wenn die Übertragung ebenfalls durch gesellschaftsvertragliche Regelung erfolgte[74]).

Denkbar ist auch eine Übertragung des Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter durch **Gesellschafterbeschluß.** Freilich ist ein solcher bei Vorliegen einer (schriftlichen oder mündlichen) Einigung zwischen den Gesellschaftern selbst dann nicht zu vermuten, wenn alle Gesellschafter in die Regelung einbezogen sind. Denn bei der Beschlußfassung – sowohl im Rahmen einer Generalversammlung als auch grundsätzlich im Rahmen schriftlicher Abstimmung nach § 34 GmbHG ist nicht die Gesellschaft, sondern sind die jeweils anderen Gesellschafter Erklärungsadressaten der Stimmabgabe[75]), wohingegen die Übertragung des aus § 20 Abs 1 GmbHG resultierenden Rechtes des Gesellschafters A an den Mehrheitsgesellschafter B grundsätzlich nur das Rechtsverhältnis dieser beiden Gesellschafter zueinander berührt. Zumindest im Zweifel ist daher vertragliche Übertragung anzunehmen[76]). Gegen das Mittel des Gesellschafterbeschlusses für die Übertragung von Weisungsrechten innerhalb der Gesellschafter sprechen auch Praktikabilitätserwägungen. Denn gemäß § 39 Abs 4 GmbHG ist jener Gesellschafter, dem ein Weisungsrecht übertragen wird, nicht stimmberechtigt. Der Übertragungsbeschluß wäre daher ohne Mitwirkung des begünstigten Mehrheitsgesellschafters zu fassen, so wie umgekehrt die beschlußmäßige Rückübertragung nur unter Mitwirkung des übertragenden Mehrheitsgesellschafters und unter Ausschluß der von der Rückübertragung begünstigten anderen Gesellschafter (unterstellt, daß sämtliche anderen Gesellschafter ihr Recht übertragen hatten) zu geschehen hat.

Auch diese Erwägung spricht gegen das Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses, falls Zweifel über die Rechtsnatur eines zwischen den Gesellschaftern erzielten Konsenses bestehen.

Wird für die Weisungsrechtsübertragung das Mittel des Vertrages zwischen übertragendem/n (Minderheits-)Gesellschafter/n und begünstigtem Mehrheitsgesellschafter gewählt, können die Partner selbst Dauer und Reichweite der Übertragung sowie die Möglichkeit der Rückübertragung festsetzen. Unterbleibt dies, kann sich in zumindest sinngemäßer Anwendung des § 1020 ABGB die freie Widerruflichkeit durch den übertragenden Gesellschafter ergeben[77]). Allerdings gilt dies nur, wenn nicht aus den sonstigen Umständen oder aus der Einbindung der vertraglichen Weisungsrechtsübertragung in ein größeres Vertragsgeflecht Beschränkungen der jederzeitigen Widerruflichkeit ableitbar sind.

Von derartigen Beschränkungen wird in den eingangs erwähnten Fällen regelmäßig auszugehen sein, in denen eine Bank die Mehrheit ihrer Anteile an einem Industrie-, Handels- oder Dienstleistungsunternehmen an einen „industriellen Partner" veräußert und diesem uU eine Option auf den Erwerb der restlichen Anteile einräumt.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, **ob** überhaupt von der Übertragung des Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter ausgegangen werden kann. Richtigerweise ist diese Übertragung auch konkludent möglich. Bei der vertraglichen Einräumung der *„industriellen Führerschaft"* (siehe Beispiel) wird dies zumindest dann der Fall sein, wenn sich aus sonstigen Vertragsbestimmungen ergibt, daß der die Mehrheitsanteile übertragende Gesellschafter (zB eine Bank) sich als bloßer Anteilseigner mit Teilnahmerecht an der ordentlichen Generalversammlung und Gewinnanspruch versteht.

5. Haftungsrechtliche Probleme

Abschließend soll die haftungsrechtliche Situation beleuchtet werden, in der sich der Geschäftsführer einer GmbH befindet, der sein Handeln nach dem Willen des Mehrheitsgesellschafters (der Gesellschaftermehrheit) ausrichtet und weiters danach gefragt werden, welche haftungsrechtliche Konsequenzen den Mehrheitsgesellschafter treffen können, wenn er – außerhalb des gesetzlich dafür vorgesehenen Verfahrens zur Willensbildung unter den Gesellschaftern – fortlaufend und planmäßig in der Gesellschaft seinen Willen durchsetzt.

5.1. Verantwortung und Haftung der Geschäftsführung bei Befolgung des Mehrheitswillens

§ 25 Abs 5 GmbHG wird – obwohl die Bestimmung nicht ganz unzweideutig formuliert ist und den aus ihr gezogenen Umkehrschluß nicht als völlig zwingend erscheinen läßt – zu Recht von der wohl einhelligen Meinung so verstanden, daß der Geschäftsführer bei seinem Handeln gegenüber der Gesellschaft von jeder Haftung frei wird, wenn er in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses gehandelt hat und sofern der Ersatzanspruch der Gesellschaft nicht zu Befrie-

[74]) *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht[1] 297 mwN in Fn 49; *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 28.

[75]) *Koppensteiner,* GmbHG[2] Rz 23 zu § 34; dies ist hinsichtlich des schriftlichen Umlaufbeschlußverfahrens nach § 34 GmbHG umstritten (vgl anders *Wünsch,* Die Abstimmung im schriftlichen Weg nach § 34 GmbHG, GesRZ 1996, 62).

[76]) Vgl zur Unterscheidung zwischen Vertrag und Gesellschafterbeschluß *Grünwald,* Zur Formpflicht von Stimmbindungsverträgen bei der GmbH und der AG, NZ 1991, 170.

[77]) Gemäß § 1020 ABGB kann der Machtgeber die Vollmacht nach Belieben widerrufen (vgl *Strasser* in *Rummel,* ABGB I[2] Rz 2 zu §§ 1020 bis 1026). Eine Besonderheit eines solchen Vertrages besteht darin, daß eine wirksame Übertragung des *Weisungsrechtes* die Zustimmung *aller* (übrigen) Gesellschafter erfordert und ein Widerruf oder Willensmangel etc bei *einem* Gesellschafter die Übertragung insgesamt unwirksam macht.

digung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist[78]). Richtigerweise ist die Haftungsfreistellung des Geschäftsführers **gegenüber der Gesellschaft** bei weisungskonformem Verhalten die notwendige Konsequenz aus der Weisungsunterworfenheit des Geschäftsführers[79]), also gleichsam „rechtsehtisch" zwingend; aus dieser Überlegung folgt zB auch die Enthaftung der Geschäftsführer, die einer Weisung des Aufsichtsrates gefolgt sind, dem die Gesellschafter eine Weisungsbefugnis übertragen haben[80]).

Ob man die durch § 25 Abs 5 GmbHG geschaffene Situation so beschreibt, daß die Geschäftsführer grundsätzlich (nämlich gesellschaftsintern) bei Handeln aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses haftungsbefreit werden und den gegenteiligen Fall als Ausnahme begreift[81]), oder ob man als Grundsatz postuliert, daß sich der Geschäftsführer nicht darauf berufen könne, daß er bloß eine Weisung befolgt habe[82]), ist primär eine Geschmacksfrage. In einem wirtschaftlich gut situierten Unternehmen wird die Haftungsbefreiung bei Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses die Regel darstellen, weil ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Gesellschaft zur Befriedigung von deren Gläubigern typischerweise nicht erforderlich ist, wohingegen bei in der Krise befindlichen Unternehmen uU genau das Gegenteil gelten mag.

Einigkeit besteht ohnehin darüber, daß das Prinzip der haftungsbefreienden Wirkung bei Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses dann und insoweit nicht greift, als die Geschäftsführer entweder selbst vorsätzlich oder fahrlässig mangelhaft informiert oder einem für die Geschäftsführer erkennbar nicht der Sachlage entsprechenden Wissensstand der Gesellschafter nicht durch entsprechende Aufklärung abgeholfen haben[83]).

Der Geschäftsführer, der sich in der oben beschriebenen Weise bloß dem nicht durch Gesellschafterbeschlüsse artikulierten, sondern ohne Befassung der Minderheitsgesellschafter zustande gekommenen Willen des Mehrheitsgesellschafters fügt, wird dagegen nicht einmal gegenüber der Gesellschaft haftungsfrei, wenn sein Handeln (oder Unterlassen) nach den Grundsätzen des § 25 Abs 1 GmbHG haftungsbegründend wirkt. Denn dem Mehrheitsgesellschafter – mag er auch über 99 % der Anteile bzw Stimmrechte verfügen – steht ein Weisungsrecht von Gesetzes wegen nicht zu (siehe oben), und die Befolgung bloß seines nicht durch Beschlüsse zustande gekommenen Willens hat für den Geschäftsführer nicht die haftungsentlastende Wirkung eines Gesellschafterbeschlusses[84]).

Fraglich könnte sein, ob der Geschäftsführer, der sich dem „schlichten" Willen des Mehrheitsgesellschafters beugt und der Gesellschaft dadurch Schaden zufügt, darauf berufen kann, wegen der Mehrheitsverhältnisse hätte auch ein Gesellschafterbeschluß nicht anders gelautet als die „Weisung" des Mehrheitsgesellschafters, sodaß es in gleicher Weise zum Schaden gekommen wäre. Ein derartiges Problem stellt sich nicht nur in bezug auf den Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG, sondern – im Gesellschaftsrecht – immer dann, wenn ein Organ Kompetenzen eines anderen mißachtet. So könnte der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der entgegen § 95 Abs 5 AktG die Zustimmung des Aufsichtsrates zu einem genehmigungsbedürftigen Geschäft nicht eingeholt hat, vorbringen, der Aufsichtsrat hätte auch bei entsprechender Vorlage die Genehmigung erteilt. Während dieser Nachweis überaus schwierig sein, ja zur probatio diabolica geraten kann, sind mit der Erbringung des Nachweises, der Mehrheitsgesellschafter hätte sich auch in der Generalversammlung durchgesetzt, typischerweise keinerlei Schwierigkeiten verbunden.

Nach allgemein-schadenersatzrechtlichen Grundsätzen hat ein rechtswidrig Handelnder dann nicht für den verursachten Schaden zu haften, wenn dieser auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre[85]).

Dabei wird freilich eine bedeutsame Einschränkung gemacht: Eine Berufung auf *„rechtmäßiges Alternativverhalten"* ist dann nicht haftungsbefreiend, *„wenn die verletzte Norm gerade die Einhaltung eines mit besonderen Sicherheitsgarantien ausgestatteten* ***Verfahrens erzwingen wollte****"*.[86])

Demgemäß bestehen auch dann Amtshaftungsansprüche eines von der Gendarmerie ohne Haftbefehl Festgenommenen, dessen Glashauspflanzen infolge mangelnder Bewässerung während der Haft verdorben sind, wenn der zuständige Untersuchungsrichter, wäre er befaßt worden, mit Sicherheit einen Haftbefehl ausgestellt hätte[87]).

Diese Überlegungen greifen auch hier und führen dazu, daß **der Geschäftsführer nicht zu seiner Entlastung vorbringen kann, die Minderheitsgesellschafter wären vom Mehrheitsgesellschafter in einer Generalversammlung ohnehin überstimmt worden.** Denn die Vorschriften über die Einberufung und Abhaltung einer Generalversammlung, deren Zustandekommen jeder Gesellschafter schon durch seine Weigerung, dem Umlaufbeschlußverfahren nach § 34 GmbHG zuzustimmen, erzwingen kann, sollen sicherstellen, daß

[78]) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 17 ff zu §§ 25; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 349 f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 396; *Harrer*, Haftungsprobleme 77.

[79]) Zutreffend *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 17 zu § 25.

[80]) Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 27, 242; unter zutreffender Verallgemeinerung *Koppensteiner* (GmbHG² Rz 17 zu § 25): *„Ist nach dem Gesellschaftsvertrag allerdings ein anderes Organ weisungsbefugt, dann wirken auch dessen Anordnungen haftungsentlastend"*.

[81]) So *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 350.

[82]) So *Harrer*, Haftungsprobleme 77: *„Nach der gesetzlichen Ausgangslage kann sich der Geschäftsführer somit in der Tat grundsätzlich nicht darauf berufen, daß er (lediglich) eine Weisung befolgt hat."*

[83]) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG² Rz 12, 17 zu § 25; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 350.

[84]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 242; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 350.

[85]) Vgl für alle *Koziol-Welser* I¹⁰ 455; für den strafrechtlichen Bereich besonders anschaulich *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht 78 f, 129 ff.

[86]) *Koziol-Welser* I¹⁰ 455 mwN in Fn 83 zum Meinungsstand.

[87]) OGH SZ 54/108; vgl auch SZ 59/141.

auch kleine Minderheitsgesellschafter an der Willensbildung in der Gesellschaft zumindest teilnehmen, wenn sie diese schon nicht zu beeinflussen vermögen[88]).

So wie im oben erwähnten Beispiel das für einen Rechtsstaat geradezu wesenstypische Verfahren bei der Verhaftung verdächtiger Personen leicht ausgehöhlt werden könnte, wäre es den Sicherheitsbehörden sanktionslos gestattet, ohne Einhaltung dieses Verfahrens Personen in Verwahrung zu nehmen, stünde der Schutz der Minderheitsgesellschafter nur auf dem Papier, hätte die bloße Anordnung des Mehrheitsgesellschafters auch gegenüber der Geschäftsführung die Kraft eines Gesellschafterbeschlusses. Denn dann existierte auch von dessen Seite kein besonderer Anreiz, die Minderheitsgesellschafter dem Gesetz entsprechend in die Willensbildung einzubinden[89]).

Freilich bedeutet dies in Anbetracht des oben Gesagten nicht generell und für alle Fallkonstellationen, daß die Geschäftsführung bei Befolgung des „schlichten" Mehrheitsgesellschafterwillens stets und selbst gegenüber der Gesellschaft voll auf eigenes Risiko handelt.

Enthaftung im Innenverhältnis tritt jedenfalls dann ein, wenn dem Mehrheitsgesellschafter (wirksam) das Weisungsrecht der Gesellschafter übertragen wurde (vgl oben 4.)[90]).

Darüber hinaus ist der Ansicht zuzustimmen, daß die Haftungsbefreiung der Geschäftsführung im Innenverhältnis auch dann bejaht werden muß, wenn die Gesellschafter zwar nicht durch Beschluß die Geschäftsführung zu einem bestimmten Verhalten angewiesen, wohl aber die Maßnahme nicht bloß unverbindlich, sondern *„in verantwortlicher Mitentscheidung gebilligt"*, dh der Maßnahme in einer für die Geschäftsführung erkennbar bewußten und eine entsprechende Willensbildung voraussetzenden Weise die Zustimmung erteilt haben[91]).

Übertragen auf die hier interessierenden Fälle setzt dies freilich voraus, daß **sämtliche** Minderheitsgesellschafter die Geschäftsführungsmaßnahme gebilligt haben. Denn der formlose Konsens steht nur dann dem Verhalten des Organs Gesellschafterversammlung gleich, wenn er von allen Gesellschaftern getragen wird (vgl oben 3.1.)[92]).

Eine – wenngleich formlose – Billigung der auf Anordnung des Mehrheitsgesellschafters erfolgten Geschäftsführungsmaßnahme durch alle übrigen Gesellschafter muß als haftungsbefreiend im Innenverhältnis jedenfalls anerkennen, wer mit der hA im GmbH-Recht auch der Entlastung der Geschäftsführung durch (Mehrheits-)Beschluß der Gesellschafter unter der Voraussetzung der Erteilung vollständiger und wahrheitsgemäßer Informationen durch die Geschäftsführung haftungsbefreiende Wirkung beimißt[93]).

Es wäre wohl ein grober Wertungswiderspruch, der expliziten Billigung einer **konkreten** Geschäftsführungsmaßnahme durch **sämtliche** Gesellschafter nicht die Wirkung einer Haftungsbefreiung der Geschäftsführung im Innenverhältnis zuzuerkennen, wohl aber der möglicherweise nur durch Mehrheitsbeschluß zustande gekommenen und in der Entlastung zu erblickenden **pauschalen** Billigung der Geschäftsführung eines ganzen Geschäftsjahres.

Wie oben (vgl 4.) dargelegt, sind in der Praxis verschiedene Fallgestaltungen denkbar, bei denen die Übertragung eines Weisungsrechtes an den Mehrheitsgesellschafter zweifelhaft ist und die Frage uU nur im Wege der Auslegung beantwortet werden kann, zumal die Übertragung auch durch konkludentes Verhalten möglich ist.

Richtigerweise wird diesbezüglich der Geschäftsführung, die die internen und uU durch komplizierte Verträge erfaßten Verhältnisse der Gesellschafter nicht genau zu durchblicken vermag und auch nicht zu durchblicken verpflichtet ist, ein gewisser **Vertrauensschutz** zuzugestehen sein. Angeknüpft werden kann mE an die Regeln über die **Anscheinsvollmacht.**

Haben die Minderheitsgesellschafter in einer ihnen zurechenbaren Weise gegenüber dem Geschäftsführer den Anschein erweckt, sie hätten dem Mehrheitsgesellschafter ihr Weisungsrecht übertragen[94]), dann kann die Geschäftsführung sich darauf berufen und Willenskundgebungen des Mehrheitsgesellschafters grundsätzlich wie gültige Weisungsbeschlüsse auffassen. Ein solcher Rechtsschein kann von den Minderheitsgesellschaftern auf verschiedenste Weise gesetzt werden. Erklärt (um ein dem Verfasser in seiner praktischen Beratungstätigkeit untergekommenes Beispiel zu erwähnen) zB der Vertreter einer über 20 % der Anteile verfügenden Bank dem Geschäftsführer

---

[88]) *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 242; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht I² 350, der dies freilich auch in der zweiten Auflage unrichtig als Fall der *„alternativen Kausalität"* bezeichnet. Ob man die Problematik der Relevanz des rechtmäßigen Alternativverhaltens als Aspekt des Rechtswidrigkeitszusammenhanges begreift (so zB *Koziol-Welser* I¹⁰ 455) oder als eigenständiges Zurechnungsproblem (so *Karollus,* Schutzgesetzverletzung 391 ff), mag dahinstehen. Alternative Kausalität ist jedenfalls etwas ganz anderes, weil sie voraussetzt, daß zwei oder mehrere Personen tatsächlich rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben und deshalb als Schädiger in Frage kommen (vgl die Erklärung bei *Koziol-Welser* I¹⁰ 469).

[89]) Vgl ähnlich wie hier *G. Frotz,* Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche, FS *Wagner* (1987), 154 f.

[90]) *Koppensteiner,* GmbHG² Rz 17 zu § 25.

[91]) So *Koppensteiner,* GmbHG² Rz 18 zu § 17; ebenso offenbar *Kastner/Doralt/Nowotny,* Gesellschaftsrecht⁵ 396, die die Enthaftung im Innenverhältnis bei *„Zustimmung der Gesellschafter"* eintreten lassen wollen; offenbar zweifelnd *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht I² 350 Fn 341.

[92]) *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 24; OGH WBl 1987, 190 f; OGH ecolex 1996, 373 f = ÖBA 1995, 647 ff = RdW 1996, 263 = WBl 1996, 249 ff = ZIK 1996, 142 f.

[93]) Vgl die Übersicht bei *Koppensteiner,* GmbHG² Rz 19 zu § 35 mwN; OGH WBl 1993, 229; OGH WBl 1992, 408; Bedenken gegen diese Auffassung bei *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 246 ff; generell gegen die Verzichtswirkung *Neumayr,* Die Entlastung des Geschäftsführers, JBl 1990, 273 ff; vgl auch *G. Schima,* GesRZ 1991, 189 ff.

[94]) Dies darf nicht verwechselt werden mit dem Anschein, die Mitgesellschafter hätten eine konkrete Geschäftsführungsmaßnahme gebilligt; ein solcher Anschein genügt mE nicht (vgl *Koppensteiner,* GmbHG² Rz 18 zu § 25).

auf seine Frage, wie er sich hinsichtlich einer bereits vorbesprochenen Transaktion verhalten solle, daß die näheren Vorgaben *„wie üblich"* mit dem zuständigen Vertreter des 80 %-Gesellschafters zu besprechen wären, dann hat ein solcher Geschäftsführer keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln, daß der Minderheitsgesellschafter sein Weisungsrecht delegiert hat. Anders als bei der vertraglichen Übertragung des Weisungsrechtes, deren Beendigung verschiedenen Grenzen unterworfen werden kann, vermag der Minderheitsgesellschafter einen bloßen Rechtsschein aber jederzeit durch entsprechendes klarstellendes Verhalten gegenüber der Geschäftsführung zu beenden. Dies kann zB auch dadurch geschehen, daß er in der Folge an einem expliziten Weisungsbeschluß der Gesellschafter in einer dem Geschäftsführer erkennbaren Weise teilnimmt.

5.2. Die Verantwortlichkeit des Mehrheitsgesellschafters wegen faktischer Geschäftsführung sowie wegen Treuepflichtverletzung

Abschließend ist der Frage nach der haftungsrechtlichen Situation jenes Mehrheitsgesellschafters nachzugehen, der – ohne seine Mitgesellschafter zu befassen und ohne von diesen (insbesondere durch Weisungsrechtsübertragung) abgeleitete Befugnisse auszuüben – laufend in die Geschäftsführung der GmbH eingreift.

Zu klären ist zunächst die Frage der Verantwortung eines solchen Gesellschafters wegen „faktischer Geschäftsführung"[95]).

Hierbei zeigt sich allerdings, daß gerade die Beantwortung der Frage, ob das durch Lehre und Judikatur geschaffene Rechtsinstitut des faktischen Geschäftsführers auch für den Mehrheitsgesellschafter (oder eine Gruppe von gemeinschaftlich handelnden und die Gesellschaftermehrheit repräsentierenden Gesellschaftern!) in Betracht kommt, sowohl in Österreich als auch in der BRD nach wie vor durchaus kontroversiell ausfällt. Wenngleich der zu engen Auffassung von *Zöllner* mE nicht zugestimmt werden kann (dazu im folgenden), beschreibt doch dessen allgemeiner Befund die Situation recht gut, wenn es dort heißt: *„das ... Stichwort ‚faktische Geschäftsführung' ent-*

[95]) Vgl zur Haftung des „faktischen Geschäftsführers" grundlegend für die BRD *Stein,* Das faktische Organ (1984); vgl auch *Stein,* Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 148 (1984), 207 ff, insb 235; uw *U. H. Schneider* in *Scholz,* GmbHG I [8] Rz 15 ff zu § 43; *Zöllner* in *Baumbach-Hueck,* GmbHG[16] Rz 16 zu § 43; BGH GmbHR 1974, 9 ff; BGH DB 1993, 34 ff; für Österreich *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht I[2] 267, 346, 357; *Roth,* Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH, ZGR 1989, 421 ff; *Wünsch,* GmbHG Rz 30 zu § 25; *Dellinger,* Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 49 ff; *Harrer,* Haftungsprobleme 15 f, 189 ff; OGH ecolex 1990, 419; OGH JBl 1987, 798 zur strafrechtlichen Komponente; *Koppensteiner,* GmbHG[2] Rz 6 zu § 25.

faltet mitunter mythische Kraft als Quelle freier Rechtsfindung"[96]).

Es ist in Anbetracht der Vielfalt der Meinungsäußerungen schwierig, klare argumentative Trennlinien in der Diskussion auszumachen; eine wesentliche Streitfrage ist aber nach wie vor, ob die Anwendung des für den handelsrechtlichen Geschäftsführer geltenden und in § 25 Abs 1 GmbHG verankerten Sorgfaltsmaßstabes auf Personen beschränkt ist, die – nicht (gültig)[97]) zum Geschäftsführer bestellt – **anstatt** des/der tatsächlichen Geschäftsführer/s tätig geworden sind, oder ob als faktischer Geschäftsführer uU auch haftet, wer das Handeln der wirklichen Geschäftsführer durch sein Agieren fortlaufend dominiert[98]). Es liegt klar auf der Hand, daß davon, welcher Ansicht man zuneigt, auch abhängt, ob ein die Geschäftsführung fortlaufend beeinflussender Mehrheitsgesellschafter nach dem Maßstab des § 25 Abs 1 GmbH haften kann. Denn die Einflußnahme des aktiven Mehrheitsgesellschafters bezieht sich typischerweise auf den idR wirksam bestellten und auch nicht völlig inaktiven handelsrechtlichen Geschäftsführer, der – im Extremfall – freilich zu einem reinen Exekutivorgan wird.

Die Auffassung, wonach wie ein Geschäftsführer nur der „Nicht-Geschäftsführer" haftet, der **anstatt** des tatsächlichen Geschäftsführers die Geschäfte führt[99]), ist zu eng. Besonders deutlich wird dies, wenn einzelne Vertreter dieser engen Auffassung es nicht einmal genügen lassen, daß ein Dritter *„wie ein Geschäftsführer"* die Geschäfte der GmbH führt[100]), sondern verlangen, daß dieser „Nicht-Geschäftsführer" sich nicht bloß dauerhaft und intensiv um Geschäfte kümmert, sondern vielmehr *„in eigener Person nach innen und außen, etwa arbeitnehmeranweisend und* ***Geschäfte selbst abschließend****, tätig wird"*[101]).

Dabei erhebt sich die Frage, welches Bild des „faktischen Geschäftsführers" den Vertretern dieser Auffassung – abseits der bereits im kriminellen Bereich angesiedelten Fallkonstellationen – eigentlich vorschwebt. Außer acht gelassen wird dabei nämlich das grundsätzliche **Vertretungsmonopol** der handelsrechtlichen Geschäftsführer. Ein Dritter vermag – außerhalb des durch nicht gelöschte Firmenbucheintragungen ausgelösten Vertrauensschutzes und außerhalb der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht – die GmbH gar nicht gültig zu verpflichten, und diese Tatsache gehört – bei aller sonst in der Praxis häufig anzutreffenden Mißachtung der Willensbildungsregelungen des GmbH-Rechts – regelmäßig selbst zum Wissensstand sehr patriarchalisch agierender Mehrheitsgesellschafter. Daß diese Verträge namens der GmbH unterzeichnen, kommt daher kaum vor. Mit anderen Worten: Die Tatsache der Unterschriftsleistung durch den handelsrechtlichen Geschäftsführer sagt darüber, ob dieser in der Gesellschaft über irgendeinen Einfluß verfügt, sehr wenig aus.

Gewiß darf die analoge Anwendung des grundsätzlich für Geschäftsführer geltenden Sorgfaltsmaßstabes in § 25 Abs 1 GmbHG nicht bedenkenlos ausgeweitet werden, um das Schlagwort „faktischer Geschäftsführer" nicht in der Tat zur *„Quelle freier Rechtsfindung"* verkommen zu lassen.

So ist es zB deutlich überschießend, leitende Angestellte (zB iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG) wie Geschäftsführer haften zu lassen[102]).

---

[96]) *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG[16] Rz 1b zu § 43.

[97]) Daß wie ein Geschäftsführer haftet, wer zwar dem Anschein nach bestellt wurde, dessen Bestellung aber unwirksam ist, kann zu Recht als unbestritten gelten (vgl *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG I[8] Rz 15 zu § 43; *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG[16] Rz 1a zu § 43; *Stein*, Das faktische Organ [1984] 6 ff; *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 6 zu § 25; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I[2] 346; vgl auch *Hefermehl* in *Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, AktG Rz 134 zu § 84; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag [1987] 197 f mwN; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 90).

[98]) Vgl zu dieser Trennlinie in der Diskussion insb *Harrer*, Haftungsprobleme 191 ff mwN.

[99]) So explizit *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG[16] Rz 1b zu § 43; ähnlich offenbar *Koppensteiner*, GmbHG[2] Rz 6 zu § 25; ausführlich *Harrer*, Haftungsprobleme 192 ff.

[100]) So *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG[16] Rz 1b zu § 43; aM zutreffend *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG I[8] Rz 15 zu § 43; vgl auch GmbHR 1974, 9.

[101]) So *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG[16] Rz 1b zu § 43.

[102]) Insoweit zutreffend *Harrer*, Haftungsprobleme 194 ff, der dafür aber zu Unrecht die E des OGH vom 15. Februar 1984 (RdW 1984, 139 f) bemüht. Denn in der diesem Erkenntnis zugrunde liegenden Fallkonstellation ging es um die zivilrechtliche Konkursverschleppungshaftung, die der OGH in Anbetracht der Vorschriften der §§ 159 Abs 1 Z 2, 161 und 309 StGB nicht bloß beim handelsrechtlichen Geschäftsführer der Gesellschaft, sondern auch bei einem ehemaligen Geschäftsführer bejahte, der danach als Produktionsleiter für den gesamten Einkauf sowie für die Produktion zuständig war. In der E hat der OGH daher keineswegs behauptet, daß leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluß auf die Geschäftsführung des Unternehmens iSd § 309 StGB (oder denen bloß maßgebender Einfluß auf die Führung des Betriebes iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG) zusteht, wie Geschäftsführer dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG unterlägen. Dies wäre auch auf jeden Fall abzulehnen. Fraglich ist an der zitierten E vielmehr, ob das Höchstgericht dort nicht den strafrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten iSd § 309 StGB unrichtig, weil zu extensiv ausgelegt hat. Freilich ist es in diesem Zusammenhang nicht richtig, zu behaupten, die Problematik der zitierten Strafrechtsnorm bestünde vor allem darin, *„daß der Gesetzgeber den arbeitsrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten unreflektiert übernommen hat"* (so *Harrer*, Haftungsprobleme 195). Einerseits gibt es „den" arbeitsrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten nicht, und andererseits zeigt schon der Wortlaut des § 309 StGB, daß dieser Begriff jedenfalls noch enger als der ohnehin schon enge Begriff des leitenden Angestellten des Betriebsverfassungsrechts (§ 36 Abs 2 Z 3 ArbVG) ist, weil der leitende Angestellte im Strafrechtssinne maßgebenden Einfluß auf die Geschäftsführung des **Unternehmens** haben muß. Zur inhaltlich fast identen Begriffsdefinition des Arbeiterkammergesetzes wurde teilweise schon vor einer dies ausdrücklich klarstellenden Gesetzesnovelle vertreten, daß darunter **ausschließlich** die Organmitglieder (also Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer) fielen (vgl dazu *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[1] 28 f zur Rechtslage vor der Novelle und *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[2] 39 f zur Rechtslage nach der Novelle). Einem solchen Verständnis des leitenden Angestellten in § 309 StGB steht allerdings der Wortlaut des zweiten Satzes in § 309 StGB wohl im Wege, der davon spricht, daß den im ersten Satz definierten leitenden Angestellten *„Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis* ***gleichstehen****"*.

Maßgebender Gesichtspunkt muß mE sein, daß derjenige, der dauerhaft und in einer Intensität, wie sie nur für einen Geschäftsführer typisch ist, die Unternehmensleitung übernimmt, zum Adressaten von **Handlungspflichten** wird[103]).

Die dabei zu beachtende **Intensitätsschwelle** sollte durchaus **hoch angesetzt** werden, so daß **einzelne** Vorgaben des Mehrheitsgesellschafters – und beträfen sie auch sehr bedeutende Geschäfte und Maßnahmen – die analoge Anwendung des Haftungsmaßstabes des § 25 Abs 1 GmbHG keineswegs rechtfertigen.

Vor allem aber – und dies ist ein mE ganz wichtiger Gesichtspunkt für die Abgrenzung von teilweise bedenklichen Strömungen im Schrifttum – bedeutet die hier vertretene Auffassung **nicht**, daß das Handeln der Gesellschafter **allgemein**, dh insbesondere auch bei der Stimmrechtsabgabe, **dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG unterworfen ist**[104]). Derartiges ist vielmehr abzulehnen[105]). Grundsätzlich haften die Gesellschafter daher nicht – und zwar weder bei aktivem Tun noch bei Unterlassen – für fehlerhafte Unternehmensleitung, die auf ihre – sei es wegen § 20 Abs 1 GmbHG rechtlich verbindliche oder auch nur mit faktischer Autorität („Weisungen" des Mehrheitsgesellschafters) ausgestattete – Einflußnahme zurückzuführen ist[106]).

Ebensowenig sind die Gesellschafter bei der Prüfung der ihnen vom Geschäftsführer vorgelegten und die Basis für einen Entlastungsbeschluß bildenden Unterlagen dem Maßstab des § 25 Abs 1 GmbHG unterworfen[107]).

In der einschlägigen Diskussion wird oft der Eindruck erweckt, die mögliche Anwendung des für Geschäftsführer geltenden Sorgfaltsmaßstabes (§ 25 Abs 1 GmbHG) auf beherrschende Mehrheitsgesellschafter setze voraus, daß man das Handeln der Gesellschafter **allgemein** dem für die Verwaltung geltenden Sorgfaltsmaßstab unterwirft. Dies ist mE jedoch keineswegs der Fall, weil die grundsätzliche gesetzgeberische Konzeption des GmbHG zu beachten ist, daß die Gesellschafter ungeachtet der ihnen durch § 20 Abs 1 GmbHG vermittelten, umfassenden Einflußmöglichkeiten keineswegs schlechthin für mangelhafte Unternehmensleitung haften, sondern vielmehr das unternehmerische Risiko nur in Gestalt der Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens tragen sollen[108]).

Deshalb haftet mE bei Umsetzung des Gesellschafterwillens durch Weisungsbeschlüsse gegenüber der Geschäftsführung auch der den Inhalt dieses Beschlusses naturgemäß dominierende Mehrheitsgesellschafter nicht wie ein Geschäftsführer nach § 25 Abs 1 GmbHG, denn er bedient sich dabei des vom Gesetz vorgesehenen und per se gerade **nicht** zur strengen Geschäftsführerhaftung führenden Instrumentes des Weisungsbeschlusses[109]).

Diese unterschiedliche Behandlung ist freilich auch Ausdruck einer rechtstatsächlichen Unterscheidung: Gesellschafter, die ihren Willen gegenüber der Geschäftsführung ordnungsgemäß in Beschlüssen – gar in Generalversammlungsbeschlüssen – durchsetzen, werden dabei regelmäßig (wenn auch nicht notwendigerweise; man denke an das Vorhandensein zweier vor Ort befindlicher und miteinander einiger natürlicher Personen als Gesellschafter) nicht jene Intensität und zeitlich enge Abfolge der Beeinflussung erreichen können, wie sie für die analoge Anwendung des für Geschäftsführer geltenden Haftungsmaßstabes nach der hier vertretenen Ansicht unbedingt zu fordern ist.

Das oben Gesagte bedeutet nicht, daß der die Geschäftsführung „im Alleingang" und ohne Befassung der Mitgesellschafter laufend beeinflussende Mehrheitsgesellschafter nicht **auch wegen Treupflichtverletzung** haften kann. Dies ist vielmehr gerade bei den Vertretern der eine Heranziehung des beeinflussenden Mehrheitsgesellschafters als faktischen Geschäftsführers ablehnenden Auffassung durchwegs anerkannt[110]).

Denn es zeigt gerade der Umstand, daß die bewußte Übergehung der Mitgesellschafter für die haftungsrechtliche Behandlung des Einfluß auf die Geschäftsführung nehmenden Mehrheitsgesellschafters ein ins Gewicht fallendes Zurechnungselement ist, daß die zur Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern bzw Gesellschaftern und Gesellschaft in Lehre und Judikatur entwickelte Gedanken hier fruchtbar gemacht werden können. Die Treuepflicht ist aber noch immer ein recht schwankendes Fundament für Haftungsansprüche, und sie würde wohl überstrapaziert werden (wenngleich dieser Ansatz nicht denkunmöglich erscheint), wenn man jedwede Einflußnahme des Mehr-

---

[103]) Zutreffend *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG I[8] Rz 18 zu § 43 mwN zur Gegenmeinung in Fn 25.

[104]) Besonders prägnant in diesem (abzulehnenden) Sinne für die BRD *Jan Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person (1981) 330 ff; *derselbe*, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht, DB 1986, 2113 ff, 2117 ff; deutlich zu weitgehend auch für Österreich *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBl 1989, 43 ff, 49; ähnlich *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG[3] Rz 73 zu § 1; tendenziell in eine ähnliche Richtung *Reich-Rohrwig*, Anm zu OGH 14. Juli 1986, JBl 1986, 713 ff (Eumig) 717, der die Gesellschafter bereits im Falle einer Beschlußfassung haften lassen will, die zu einer *„unzureichenden Unternehmenssanierung"* führt und dies als Fall der Konkursverschleppungshaftung einstuft; dagegen zutreffend der Ansatz von *Koppensteiner* (WBl 1988, 1 ff, 8 ff; ähnlich *Harrer*, Haftungsprobleme 136 ff, 140 ff mwN).

[105]) Verfehlt daher auch OGH 10. Dezember 1992, WBl 1993, 225, wo Gesellschafter zur Haftung herangezogen werden, die in der Generalversammlung einer insolventen GmbH gegen die Konkurseröffnung stimmten, ohne daß jedoch der Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter eine Weisung an den Geschäftsführer beinhaltete (krit zu dieser OGH-Entscheidung auch *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter, WBl 1993, 201 ff).

[106]) Vgl *Koppensteiner*, WBl 1988, 2; *Harrer*, Haftungsprobleme 140.

[107]) *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 247; ebenso *Neumayr*, JBl 1990, 281 Fn 93; aM *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht[1] 326; OGH SZ 32/2.

[108]) Zutreffend *Harrer*, Haftungsprobleme 140 ff; *Honsell*, Die GmbH und der Gläubigerschutz, GesRZ 1987, 173, 178 mit Nachweisen zur historischen Konzeption des GmbHG.

[109]) Insoweit aM *U. H. Schneider* in *Scholz* GmbHG I[8] Rz 19 zu § 43.

[110]) Vgl *Zöllner* in *Baumbach-Hueck*, GmbHG[16] Rz 1b zu § 43; *Harrer*, Haftungsprobleme 136 ff, 140 ff mwN.

heitsgesellschafters auf die Geschäftsführung schon dann als haftungsbegründend oder zumindest eine Beweislastumkehr zulasten des Mehrheitsgesellschafters auslösend betrachtet, die ohne Befassung der Mitgesellschafter, dh weder im Rahmen des Umlaufbeschlußverfahrens nach § 34 GmbHG noch im Wege eines Generalversammlungsbeschlusses, erfolgte.

Sachgerechter erscheint es doch, das Schwergewicht auf den **Inhalt** der vom Mehrheitsgesellschafter vorgegebenen Direktiven und nicht auf die GmbHG-widrige Form zu legen.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann es also dazu kommen, daß für sorgfaltswidrige Unternehmensleitungsmaßnahmen **sowohl der/die handelsrechtliche/n Geschäftsführer als auch der** diese Geschäftsführer fortlaufend und planmäßig beeinflussende **Mehrheitsgesellschafter** nach den Regeln des § 25 Abs 1 GmbHG gegenüber der Gesellschaft haften.

Als „faktische Geschäftsführer" zu behandelnde Mehrheitsgesellschafter haften neben den Geschäftsführern zur ungeteilten Hand, dh **solidarisch**, was sowohl mit einer in diesem Zusammenhang zwingenden Analogie zu § 25 Abs 2 GmbHG als auch in Anbetracht der in der Praxis typischerweise vorkommenden Konstellationen mit der Vorschrift des § 1302 ABGB begründet werden kann, lassen sich doch die Schadensanteile in aller Regel nicht bestimmen.

Interesseante Zurechnungsfragen könnte das Regreßverhältnis zwischen faktisch das Unternehmen leitendem Mehrheitsgesellschafter und den von diesem „angewiesenen" handelsrechtlichen Geschäftsführern aufwerfen. Gemäß § 896 ABGB ist für den Ausgleich zwischen Solidarschuldnern grundsätzlich auf das *„besondere Verhältnis"* Bedacht zu nehmen und nur subsidiär eine Verteilung nach Köpfen durchzuführen.

Dieses *„besondere Verhältnis"* **kann** sich aus vertraglichen Vereinbarungen ergeben (die in den hier interessierenden Fällen de facto nie existieren), aber auch aus unterschiedlichem Verschulden deliktischer Schädiger[111]), sowie aus der unterschiedlichen Pflichtenlage bzw Nähe zum verwirklichten Haftungsrisiko[112]).

Die Problematik ähnelt – etwas vergröbert gesagt – dem Verhältnis zwischen Anstifter und unmittelbarem „Täter". Einen für die zivilrechtliche Solidarhaftung allgemein gültigen Rechtsatz, daß der Anstifter im Innenverhältnis stärker haften soll als derjenige, der die Handlung unmittelbar ausführt, gibt es nicht. Vielmehr wird man auf die „Autorität", die Erfahrung und den Wissensstand des Anstifters (in diesem Fall: des Mehrheitsgesellschafters) abzustellen haben. Im Regelfall wird dies mE dazu führen müssen, keine Kopfteilung vorzunehmen, sondern den Mehrheitsgesellschafter beim Regreß stärker als den/die handelsrechtliche/n Geschäftsführer zu belasten. Denn ein Mehrheitsgesellschafter, der „wirtschaftlich blauäugig" und in einer für den Geschäftsführer erkennbar kaufmännisch sinnwidrigen Weise die Geschäftsführung zu einem vom Mehrheitsgesellschafter erwünschten Handeln oder Unterlassen bestimmt, wird idR nicht das Bild des „faktischen Geschäftsführers" erfüllen. Vielmehr verhält es sich typischerweise so, daß ein derartiger Mehrheitsgesellschafter sehr wohl über Erfahrung und Kompetenz verfügt und dies in Verbindung mit der Tatsache, daß der Arbeitsplatz des (Fremd-)Geschäftsführers nun einmal vom Wohlwollen des Mehrheitsgesellschafters abhängt (vgl § 16 Abs 1 GmbHG), dem Geschäftsführer Resistenz gegen eigenmächtiges Handeln des Mehrheitsgesellschafters überaus schwer macht.

6. Ergebnisse

a. Das Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung unterliegt unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten keinen inhaltlichen Beschränkungen, umfaßt daher auch alle noch so unbedeutenden Belange des Tagesgeschäftes.

b. Ein „weisungsfreier Mindestbereich" ist der Geschäftsführung nur insofern zuzubilligen, als dann, wenn die Gesellschafter nach ihrem Gesamtverhalten die Geschäftsführer zu einem reinen Exekutivorgan machen und sie bei der verantwortlichen Führung des Unternehmens unzumutbar und permanent behindern, die Geschäftsführer berechtigt sind, sowohl das Mandatsverhältnis als auch den Anstellungsvertrag aus wichtigem Grunde mit sofortiger Wirkung zu beenden.

c. Bei der Ausübung dieses Rücktritts- und Austrittsrechtes trifft den einzelnen Geschäftsführer – analog zur Rechtslage beim Austritt nach längerer Hinnahme eines rechtswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers bzw eines dem Arbeitgeber nicht bekannten, unzumutbaren Zustandes – die Obliegenheit, die Gesellschafter vorher zu warnen und ihnen eine angemessene Zeit zur Abhilfe einzuräumen. Andernfalls sind Rücktritt und Austritt unberechtigt, wenngleich wirksam.

d. Im Falle der Weisungserteilung entgegen einem gesellschaftsvertraglichen Weisungsverbot ist der Geschäftsführer auch nach Ablauf der Frist zur Anfechtung des Beschlusses zwar nicht schlechthin, wohl aber unter Abwägung der Interessenlage und vor allem im Interesse des Schutzes der Minderheit zur Nichtbefolgung der Weisung berechtigt.

e. Dem – in welchem Ausmaß auch immer am Gesellschaftskapital und an den Stimmrechten beteiligten – Mehrheitsgesellschafter als solchem steht kein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung zu.

f. Weisungen müssen grundsätzlich in Beschlußform (entweder in einer Generalversammlung oder im schriftlichen Umlaufbeschlußverfahren nach § 34

[111]) Vgl *Gamerith* in *Rummel*, ABGB I² Rz 6 zu § 896 mwN.

[112]) Vgl zu Problematik des Haftungsausgleiches zwischen Veräußerer und Erwerber beim Betriebs(teil)übergang in Anbetracht des § 6 AVRAG für vor dem Übergabestichtag begründete Verbindlichkeiten *G. Schima*, Betriebsübergang durch „Vertragsnachfolge", RdW 1996, 319 ff, 328 f u 329 Fn 60.

GmbHG) ergehen. Eine Ausnahme besteht nach zutreffender Auffassung in Lehre und Judikatur nur dann, wenn ein formloser Konsens durch **alle** Gesellschafter zustandekommt, sodaß naturgemäß in der auch formlosen Willensäußerung des Alleingesellschafters eine Weisung mit Beschlußkraft gegenüber der Geschäftsführung erblickt werden kann.

g. Notwendiges Korrelat des Weisungsrechtes der Gesellschafter ist die Verpflichtung der Geschäftsführer, vor „ungewöhnlichen" Geschäften – insbesondere solchen, die wirtschaftlich in ihrer Bedeutung über das Tagesgeschäft hinausgehen und solchen, bei denen mit Widerspruch der Gesellschaftermehrheit zu rechnen ist – die Gesellschafter vorab und unabhängig vom Vorhandensein entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelungen mit der Angelegenheit zu befassen und deren Entscheidung abzuwarten.

h. Nur dann, wenn der Gesellschaft durch weiteres Zuwarten konkret Schaden droht, ist die Geschäftsführung berechtigt (und verpflichtet), auch im obigen Sinne „ungewöhnliche" Geschäfte abzuschließen bzw Maßnahmen zu ergreifen, wenn zumindest die – sei es auch nur formlose – Zustimmung des Mehrheitsgesellschafters bzw der Gesellschaftermehrheit vorliegt.

In Anbetracht der dabei bewirkten Verkürzung von Minderheitsrechten kann von einer diese Vorgangsweise der Geschäftsführung rechtfertigenden Gefahr in Verzug aber nur dann gesprochen werden, wenn der Gesellschaft im Falle des Abwartens eines formellen Gesellschafterbeschlusses finanziell konkret bezifferbare und im Hinblick auf die Größe und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ins Gewicht fallende Nachteile drohen.

i. Wenn sich der Mehrheitsgesellschafter (oder die Gesellschaftermehrheit) in das „Tagesgeschäft" dergestalt einschaltet, daß die Geschäftsführung zu einem bestimmten Vorgehen angehalten oder von dem durch sie geplanten Vorgehen abgehalten werden soll, dann dürfen die Geschäftsführer ungeachtet der mangelnden Beschlußqualität des Agierens der Gesellschafter den Mehrheitswillen nicht einfach ignorieren. Dies ergibt sich zum einen daraus, daß es einen auf spezielle Typen von Geschäftsführungsmaßnahmen bezogenen „weisungsfreien Mindestbereich" nicht gibt und folgt zum anderen aus der richtigerweise angenommenen Vorlagepflicht der Geschäftsführer hinsichtlich solcher Geschäfte, wo mit Widerspruch der Gesellschaftermehrheit zu rechnen ist.

Allerdings sind die Geschäftsführer weder verpflichtet noch berechtigt, dem Mehrheitswillen durch sofortige Befolgung Rechnung zu tragen; vielmehr haben sie auf eine Willensentscheidung der Gesellschafter in Beschlußform hinzuwirken.

j. Die vom Mehrheitsgesellschafter durchgesetzte Abberufung (und Kündigung) eines Geschäftsführers, der den formlosen Mehrheitskonsens bzw den Willen des Mehrheitsgesellschafters nicht wie einen Gesellschafterbeschluß akzeptiert und in die Tat umsetzt, verstößt gegen die gesellschaftsvertragliche Treuepflicht und macht den Mehrheitsgesellschafter schadenersatzpflichtig sowie den Abberufungsbeschluß anfechtbar.

k. In jenem – praktisch seltenen, aber doch vorkommenden – Fall, daß der Mehrheitsgesellschafter dem Geschäftsführer zu erkennen gibt, seinen Willen bewußt außerhalb von Gesellschafterbeschlüssen durchsetzen zu wollen (indem er zB dem Geschäftsführer die Einberufung einer Generalversammlung „untersagt"), ist der Geschäftsführer berechtigt, den Mehrheitswillen hintanzustellen und nach eigenem Ermessen zu handeln. Dies läßt freilich seine Verpflichtung unberührt, die Einbindung der anderen Gesellschafter in die Willensbildung zu betreiben. Gründe, die die Absicht des Mehrheitsgesellschafters, die Mitgesellschafter im konkreten Fall nicht einzubinden, gerechtfertigt erscheinen lassen, sind in Anbetracht der diesbezüglich zwingenden Vorschriften des GmbHG nicht denkbar.

l. Die Gesellschafter können ihr Weisungsrecht (§ 20 Abs 1 GmbHG) auf Dritte übertragen. Neben dem praktisch bedeutsamen Fall der Delegierung an einen Aufsichtsrat (allenfalls Beirat), kommt auch die Übertragung an den Mehrheitsgesellschafter in Betracht. Die Übertragung ist auch konkludent möglich und kann entweder durch Regelung im Gesellschaftsvertrag, durch außerhalb desselben getroffene Vereinbarung zwischen übertragenden Gesellschaftern und begünstigtem Mehrheitsgesellschafter sowie (wenig praktisch) durch Gesellschafterbeschluß erfolgen.

m. Im Falle (gesellschafts-)vertraglicher Übertragung des Weisungsrechtes bestimmt sich die Möglichkeit der Rückübertragung nach der vertraglichen Gestaltung. Eine einseitige „Rückholung" des übertragenen Weisungsrechtes durch Erklärung des übertragenden Gesellschafters ist ohne entsprechenden Vorbehalt nicht möglich. Wegen des durch § 50 Abs 4 GmbHG gegebenen Erfordernisses der Zustimmung des Mehrheitsgesellschafters bei Rückübertragung des Weisungsrechtes im Zuge einer Änderung des Gesellschaftsvertrages empfiehlt sich für die Minderheitsgesellschafter eine genaue Regelung betreffend die Bedingungen der Rückübertragung (zB Befristung mit Kettenklausel).

n. Ein Geschäftsführer, der sich dem ohne Beteiligung der anderen Gesellschafter zustandegekommenen Willen des Mehrheitsgesellschafters fügt, wird gemäß § 25 Abs 5 GmbHG nicht einmal gegenüber der Gesellschaft von der Haftung befreit.

o. Ein solcher Geschäftsführer kann sich in Anlehnung an allgemein vertretene schadenersatzrechtliche Grundsätze auch nicht unter Hinweis darauf entlasten, der Mehrheitsgesellschafter hätte sich selbst im Falle einer ordnungsgemäßen Beschlußfassung gegenüber der Minderheit ohnehin durchgesetzt, weil die Vorschriften betreffend die Beteiligung der Minderheit an der Willensbildung der Gesellschafter zwingende Verfahrensregeln sind, die dem Minderheitenschutz dienen, der untermi-

niert würde, wenn die Geschäftsführung bereits bei Befolgung des schlichten Mehrheitswillens ohne Risiko handelt (keine Berufung auf „rechtmäßiges Alternativverhalten").

p. Wurde dem Mehrheitsgesellschafter wirksam das Weisungsrecht der Gesellschafter übertragen, befreit dies den einer Weisung des Mehrheitsgesellschafters folgenden Geschäftsführer gemäß § 25 abs 5 GmbHG gegenüber der Gesellschaft von einer Haftung.

q. Dasselbe gilt, wenn der Geschäftsführer den Mehrheitsgesellschafter nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht für berechtigt halten durfte, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen, wenn also die anderen Gesellschafter einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt oder ein ihnen bekanntes Verhalten des Mehrheitsgesellschafters geduldet haben.

r. Keine Haftung gegenüber der Gesellschaft trifft den Geschäftsführer weiters dann, wenn sämtliche Gesellschafter den Geschäftsführer zur Maßnahme zwar nicht angewiesen, diese aber in verantwortlicher Mitentscheidung gebilligt haben.

s. Eine Beschränkung der Haftung als „faktischer Geschäftsführer" auf solche Personen, die **anstatt** des tatsächlichen Geschäftsführers die Geschäfte führen, ist als zu eng abzulehnen.
Vielmehr haftet als faktischer Geschäftsführer insbesondere auch der Mehrheitsgesellschafter, der **laufend und planmäßig** die – keineswegs notwendigerweise inaktive – Geschäftsführung zu einem konkreten Verhalten bestimmt. Der Abschluß von Rechtsgeschäften, also Vertretungshandlungen, ist für die Auslösung dieser Haftung schon in Anbetracht des Vertretungsmonopols der Geschäftsführer keinesfalls erforderlich.

t. Dies bedeutet aber – entgegen bedenklichen Tendenzen im Schrifttum – keineswegs, daß die Gesellschafter einer GmbH **generell** dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG unterworfen sind. Dies gilt insbesondere für die Stimmrechtsabgabe im allgemeinen (bei einer Einzelmaßnahme haften die Gesellschafter nicht für fehlerhafte Unternehmensleitung, wenn sie die Geschäftsführer zu einer sich später als schadensstiftend herausstellenden Vorgangsweise bestimmt haben) und zB auch für die bei der Prüfung der Unterlagen als Vorbereitung für die Entlastung der Geschäftsführung zu beachtende Sorgfalt.

u. Die Haftung des sich laufend in die Geschäfte einmengenden Mehrheitsgesellschafters nach § 25 Abs 1 GmbHG läßt dessen allfällige Haftung wegen Treuepflichtverletzung unberührt. Letztere ist aber nicht geeignet, das Verhalten eines solchen Mehrheitsgesellschafters umfassend zu regeln bzw zu sanktionieren.

v. Im Falle der Sorgfaltspflichtverletzung können der bestimmende Mehrheitsgesellschafter und die betroffenen Geschäftsführer analog zu § 25 Abs 2 GmbHG sowie in Anwendung des § 1302 ABGB miteinander solidarisch haften.

w. Der Ausgleich im Regreßwege bestimmt sich gemäß § 896 ABGB primär nach dem „besonderen Verhältnis" der Solidarschuldner zueinander. Dies wird nach den in der Praxis vorkommenden Konstellationen in der Regel zu einer überwiegenden Haftung des den Geschäftsführer bestimmenden Mehrheitsgesellschafters führen, wenn und soweit dieser über wirtschaftlichen Sachverstand verfügt und durch seine Stimmrechtsmacht letztlich über den Arbeitsplatz des Geschäftsführers entscheidet.