

Festschrift  
für  
Josef Aicher

Herausgegeben von

Florian Schuhmacher  
Peter Stockenhuber  
Manfred Straube  
Ulrich Torggler  
Christian Zib

■■■■ VERLAG  
■■ ÖSTERREICH

Priv.-Doz. Dr. Florian Schuhmacher LL.M. (Columbia)  
RA Ass.-Prof. Dr. Peter Stockenhuber LL.M. (Edinburgh)  
Univ.-Prof. i. R. Dr. Manfred Straube  
Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M. (Cornell)  
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Zib  
Universität Wien, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Österreich

Gedruckt mit Unterstützung von  
Austrian Standards plus GmbH  
Business Circle Management Fortbildungs GmbH

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2012 Verlag Österreich GmbH, Wien  
www.verlagoesterreich.at  
Gedruckt in Ungarn

Satz: Exakta G. Ondrej GesmbH, Wien, Österreich  
Druck: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-6362-7 Verlag Österreich

# Der Notgeschäftsführer – Geschäftsführer oder Supersheriff?

*Christian Zib*

Übersicht

- I. Das Problem
- II. Interessenkollision
  - A. Meinungsstand
  - B. Die Ursache
  - C. Ein Lösungsansatz
- III. Funktionsende
  - A. Funktionsende durch Bestellung eines regulären Geschäftsführers
  - B. Amtsniederlegung
- IV. Firmenbucheintragung
- V. Ergebnis

*Das erste Problem, über das der Autor dieser Zeilen jemals in annähernd wissenschaftlicher Weise nachzudenken versucht hat, entstand aus einer Diskussion mit Josef Aicher über wiederholte Notgeschäftsführer-Beseitigungsmaßnahmen mancher GmbH. Das Thema soll hier aufgegriffen und in etwas größerem Zusammenhang behandelt werden. Verbunden mit dem Dank für die Förderung, dies heute tun zu können.*

Die Funktion als Notgeschäftsführer einer GmbH ist ein von Dritten und Gesellschaftern zumeist herbeigesehntes Amt, vor dessen Übernahme aber gewarnt wird.<sup>1</sup>

Dies hat nicht nur finanzielle Gründe. Zwar muss der Notgeschäftsführer die Entgeltlichkeit seines Handelns heute nicht mehr durch vertragliche Abmachungen mit der Gesellschaft klarstellen, sondern seine Entlohnung und der Ersatz von Barauslagen wird nach nunmehr ständiger Rsp vom Firmenbuchgericht im Außerstreitverfahren festgesetzt und in einem gegen die GmbH vollstreckbaren Exekutionstitel zugesprochen<sup>2</sup>, zwar hat er weiters in Zivilprozessen, Exekutions- und Insolvenzeröffnungsverfahren Anspruch auf Kostenersatz gegen die seine Bestellung oder Mitwirkung veranlassende Gegenpartei analog § 10 ZPO (Tragung der Kosten eines Prozesskurators) iVm § 78 EO, § 252 IO<sup>3</sup>, er trägt aber nach wie vor das finanzielle Risiko der Uneinbringlichkeit seines Honorars.

Der Notgeschäftsführer ist aber auch mit anderen Unwägbarkeiten konfrontiert, die das Amt nicht unbedingt erstrebenswert erscheinen lassen: Neben der Haftungsgefahr (§ 25 GmbHG) besteht ua die Gefahr, in einen Interessenwiderstreit zwischen den Gesellschaftern hineingezogen zu werden, und das Amt kann auch nur mehr schwierig niedergelegt werden.

## I. Das Problem

Der Notgeschäftsführer ist ein aus Sachwalter/Kurator und regulärem Geschäftsführer gemischtes Rechtsinstitut. Er ist Organ der Gesellschaft und seine Rechtsstellung entspricht nach hM der eines gesellschaftsautonom bestellten Ge-

<sup>1</sup> Vgl schon *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1995, 264; aus der Sicht der Rsp auch *G. Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*<sup>4</sup> (2009) 72.

<sup>2</sup> stRsp seit OGH 12.11.1997, 4 Ob 342/97s WBl 1998, 177; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> (2007) § 15a Rz 12. Nach früherer Rsp wurde Entgeltlichkeit nicht vermutet und der Notgeschäftsführer musste mit seiner Entgelttsforderung den Klageweg beschreiten: OLG Wien 2.8., 30.8., 31.8. und 26.9.1989, 6 R 104/89 NZ 1990, 128 ff; OLG Linz 27.9.1988, 5 R 128/88 NZ 1989, 270 = RdW 1990, 13; OLG Wien 7.8.1990, 6 R 76/90 NZ 1991, 132 (abl *Schummer*). Dazu bereits krit *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*<sup>5</sup> (1990) 371 FN 24; *Schummer*, NZ 1990, 113; *Danzl*, RdW 1989, 383.

<sup>3</sup> OGH 29.11.2000, 3 Ob 71/00p SZ 73/188; OLG Graz 11.12.2008, 4 R 140/08b NZ 2009 V 41; OLG Wien 19.7.2011, 28 R 81/11d GeS 2012, 308.

schäftsführers<sup>4</sup>, wovon allerdings einige Ausnahmen gemacht werden (keine Abberufbarkeit durch die Generalversammlung, nach der Rsp auch keine einseitige Amtsniederlegung). Anders als Sachwalter und Kuratoren ist er nicht von der GmbH unabhängig, sondern weisungsgebunden.

Demgegenüber wird der Prozesskurator nach §§ 8 ff ZPO für eine prozessunfähige Partei ohne gesetzlichen Vertreter bestellt, Weisungen sind daher nach dem Vorstellungsbild der ZPO (die primär an natürliche Personen denkt) gar nicht möglich. Dies gilt auch bei GmbH, für die bei Fehlen der zur Vertretung erforderlichen Geschäftsführer ebenfalls ein Prozesskurator bestellt werden kann und sogar vorrangig zu bestellen ist, wenn es nur um die Passivvertretung der Gesellschaft geht. Weisungen der Gesellschafter an den Kurator sind auch deshalb nicht möglich, weil die Generalversammlung nur Geschäftsführern Weisungen erteilen kann, nicht aber Personen außerhalb der Organstruktur der GmbH. Gleiches gilt für einen Kollisionskurator (§§ 271 f ABGB) und für den Insolvenzverwalter (§ 80b IO).

Die Typenmischung führt beim Notgeschäftsführer zu einigen Problemen. Sein Schicksal und Handeln wird – weil ja Geschäftsführer – in manchen Aspekten relativ stark in die Hand der Gesellschafter gelegt (Weisungsbindung bei Interessenkollision, Beseitigung durch Geschäftsführerbestellung), während in anderen Fragen der Unterschied zum regulären Geschäftsführer überraschend stark betont wird (Amtsniederlegung, Firmenbucheintragung).

## II. Interessenkollision

### A. Meinungsstand

Notgeschäftsführer werden nicht nur bestellt, wenn die zur Vertretung erforderlichen Geschäftsführer fehlen – wenn also die Gesellschaft keinen Geschäftsführer hat oder nur ein einzelner gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer vorhanden ist –, sondern auch bei Interessenkollision des Gesellschafter-Geschäftsführers<sup>5</sup>, zB wenn ein gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer die Mitwirkung an der Anmeldung des anderen Geschäftsführers verweigert und wegen seiner Mehrheit eine Weisung der Generalversammlung nicht möglich ist<sup>6</sup>, wenn

---

<sup>4</sup> OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196; *Schummer*, NZ 1990, 113; *Reich-Robrwig*, *ecolex* 1995, 264; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 15a Rz 12; *Pöltner*, *Der Notgeschäftsführer in der GmbH* (2002) 108.

<sup>5</sup> Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 15a Rz 3 mwN; aM *P.Bydlinksi*, *Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen* (1991) 88 f; *Auer*, *Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer*<sup>3</sup> (1997) Rz 38.

<sup>6</sup> OGH 16.10.1986, 6 Ob 36/85 JBl 1987, 117.

ein Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer die Anmeldung eines Geschäftsanteilerwerbers (§ 26 GmbHG) oder sonstige Firmenbuchanmeldungen verweigert<sup>7</sup>, zur Ausübung des Stimmrechts der GmbH als Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft<sup>8</sup> oder wenn Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer geltend gemacht werden sollen.<sup>9</sup>

Alternativ kann in solchen Fällen auch ein Kollisionskurator bestellt werden.<sup>10</sup> Zur bloßen Passivvertretung der Gesellschaft im Zivilprozess ist ein Prozesskurator nach §§ 8 ff ZPO der Bestellung eines Notgeschäftsführers vorzuziehen (keine Dringlichkeit)<sup>11</sup>, zB wenn der (Gesellschafter und) einzige Geschäftsführer einen Gesellschafterbeschluss anfecht (§ 42 Abs 1 GmbHG).<sup>12</sup>

Im Regelfall kollidieren dabei die Interessen des Geschäftsführers und Mehrheitsgesellschafters mit jenen der Minderheit. Wird nun ein Notgeschäftsführer bestellt, so ist auch dieser – weil seine Stellung der eines gesellschaftsautonom bestellten Geschäftsführers entspricht – an Weisungen der Generalversammlung gebunden.<sup>13</sup> Er kann nach hM zwar nicht von den Gesellschaftern abberufen werden (§ 16 Abs 1 GmbHG unanwendbar), doch kann ihm die Generalversammlung Weisungen erteilen und ihn daher auch durch Weisungen blockieren, weiters kann sie ihn durch Bestellung eines neuen Geschäftsführers beseitigen (der Notgeschäftsführer verliert dann automatisch sein Amt). Was in solchen Fällen der Interessenkollision nach der gerichtlichen Bestellung des Notgeschäftsführer weiter geschieht, ist den Entscheidungen naturgemäß nicht zu entnehmen.

In der Rechtsprechung wurde dazu gelegentlich vertreten, dass der Notgeschäftsführer keinen Weisungen unterworfen sei, sondern allein das Interesse der GmbH zu wahren habe oder seine Weisungsbindung zumindest vom Gericht aufgehoben werden könne.<sup>14</sup> Nach heute hM ist dies aber nicht möglich.<sup>15</sup> Den Notgeschäftsführer, der weisungsfrei allein das Interesse der GmbH zu wahren hat, gibt es danach nicht. Der Notgeschäftsführer wäre daher praktisch versucht,

---

<sup>7</sup> Vgl OGH 26.1.2006, 6 Ob 10/06y wbl 2006/129 (Interessenkollision in concreto verneint).

<sup>8</sup> OGH 24.3.1992, 5 Ob 523, 524/91 JBl 1992, 597 (Bestellung möglich).

<sup>9</sup> OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196.

<sup>10</sup> OGH 27.3.1984, 5 Ob 521/84 EvBl 1985/58.

<sup>11</sup> OGH 16.6.2011, 6 Ob 79/11b wbl 2011/230; OLG Wien 19.7.2011, 28 R 81/11d GeS 2012, 308; *Pöltner*, Notgeschäftsführer 62 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 5; *Ratka* in *Straube*, GmbHG (2010) § 15a Rz 28.

<sup>12</sup> Notgeschäftsführerbestellung bejahend noch OLG Wien als RekG im Fall OGH 24.4.1997, 6 Ob 2378/96s RdW 1997, 535 (die Zulässigkeit wurde vom OGH bereits damals offen gelassen).

<sup>13</sup> Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 11; OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196.

<sup>14</sup> So obiter OGH 24.3.1992, 5 Ob 523, 524/91 JBl 1992, 597.

<sup>15</sup> OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196; *Pöltner*, Notgeschäftsführer 108 ff; *Ratka* in *Straube*, GmbHG § 15a Rz 41.

wegen drohender Schadenersatzpflicht letztlich doch wieder den Interessen der (Mehrheits-)Gesellschafter zu entsprechen.<sup>16</sup> Dass der Notgeschäftsführer an Weisungsbeschlüsse nicht gebunden ist, wenn sie wegen Gesetzesverstößes nichtig sind (zB Gläubigerschutz), und treuwidrige Geschäftsführungsentscheidungen der Gesellschafter uU nicht zu beachten hat, solange sie noch angefochten werden können<sup>17</sup>, ändert daran wenig, weil hinter dem Weisungsbeschluss häufig eine Rechtsauffassung der Gesellschaftermehrheit steht, deren Richtigkeit der Notgeschäftsführer kaum beurteilen kann (zB Nichtanmeldung des Geschäftsanteilserwerbers, weil der Mehrheitsgesellschafter Unwirksamkeit der Anteilsübertragung behauptet).<sup>18</sup> Eine Anfechtungsobliegenheit des Geschäftsführers (bei bloß anfechtbaren Beschlüssen) besteht nicht.<sup>19</sup>

Die neuere Rechtsprechung vertritt daher in Fällen der Interessenkollision eine zurückhaltende Linie: Sie lehnt eine Notgeschäftsführerbestellung ab, wenn die vom Antragsteller angestrebte Maßnahme bereits durch Gesellschafterbeschluss abgelehnt (und der Beschluss nicht angefochten) wurde, weil auch der Notgeschäftsführer an den Beschluss gebunden wäre.<sup>20</sup>

Damit sind bei Interessenkollision des Geschäftsführers Bestellungenanträge von Gesellschaftern iE nur eingeschränkt möglich und sinnvoll: Kann der Antragsteller gesellschaftsintern Abhilfe schaffen (insb Mehrheitsgesellschafter) oder zumindest versuchen, so fehlt die Dringlichkeit<sup>21</sup>, scheidet eine gesellschaftsinterne Abhilfe an der Blockade der Mehrheit (Minderheitsgesellschafter), so kann diese auch einen Notgeschäftsführer durch ihre Beschlüsse weitgehend blockieren und ihn durch einen anderen Geschäftsführer ersetzen. Wurde die vom Antragsteller angestrebte Maßnahme bereits durch Gesellschafterbeschluss unangefochten abgelehnt, so erfolgt gar keine Bestellung, weil auch der Notgeschäftsführer an den Beschluss gebunden wäre. Zur bloßen Passivvertretung der Gesellschaft wird überhaupt ein weisungsunabhängiger Prozesskurator nach §§ 8 ff ZPO vorgezogen.

## B. Die Ursache

Die Materialien<sup>22</sup> lassen zu den Vorstellungen des Gesetzgebers insoweit nicht viel erkennen. Dort wird nur ausgeführt:

---

<sup>16</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/56 FN 32.

<sup>17</sup> Dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9; OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196.

<sup>18</sup> Vgl den Fall OGH 26.1.2006, 6 Ob 10/06y wbl 2006/129.

<sup>19</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9.

<sup>20</sup> OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196.

<sup>21</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 5 f; *Ratka* in *Straube*, GmbHG § 15a Rz 27; OLG Wien 24.2.2006, 28 R 284/05y NZ 2006 G 35.

<sup>22</sup> ErläutRV zur GmbH-Nov 1980, 5 BlgNR XV. GP 6.

»Die Praxis bestätigt, dass häufig die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Organe fehlen, was der Gesellschaft, ihren Gläubigern und Arbeitnehmern schweren Schaden zufügen kann. Einem Wunsch der Praxis folgend, wird daher die bewährte Bestimmung der Bestellung durch das Gericht (§ 76 AktG) übernommen«.

Daraus lässt sich allenfalls entnehmen, dass der Gesetzgeber das tatsächliche Fehlen der zur Vertretung erforderlichen Geschäftsführer vor Augen gehabt hat, also einen Vertretungsmangel im engeren Sinne. Dazu kommt es, wenn die Gesellschafter sich nicht um eine funktionierende Geschäftsführung kümmern, sei es, dass sie nicht wollen (Abwesenheit, Desinteresse) oder nicht können (zB Tod oder längere Krankheit des einzigen Gesellschafters). In solchen Fällen nehmen die Gesellschafter dann aber idR auch nicht durch Weisungsbeschlüsse Einfluss auf das Handeln des Notgeschäftsführers. Der Notgeschäftsführer ist dann de facto weisungsfrei (nämlich weisungslos). Dass die Gesellschafter nicht für die erforderliche Vertretung sorgen, dann aber aktiv werden und dem Notgeschäftsführer Weisungen erteilen, dürfte nicht im Fokus des Gesetzgebers gestanden sein.

Mit der Übernahme der »bewährten Bestimmung der Bestellung durch das Gericht (§ 76 AktG)« wurde der Notvorstand der AG in eine andere Umgebung transplantiert. Während der Vorstand der AG (und daher auch der Notvorstand) weisungsfrei ist (§ 70 AktG), ist der Geschäftsführer bei der GmbH grundsätzlich weisungsgebunden (§ 20 Abs 1 GmbHG). Der Situation bei der AG entspricht typischerweise jene der tatsächlich geschäftsführerlosen GmbH (Weisungsfreiheit de facto).

Anders ist dies bei Interessenkollision: Für Rechtsstreitigkeiten und Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern ist bei der AG der Aufsichtsrat zuständig (§ 97 AktG, für Beschlussanfechtung und Nichtigkeitsklage §§ 197 Abs 2, 201 AktG). Dies gilt entsprechend auch bei der GmbH (§§ 301, 42 Abs 1 GmbHG), doch besteht bei GmbH, bei denen sich die Frage eines Notgeschäftsführers stellt, typischerweise kein Aufsichtsrat. Für die Interessenkollisions-Fälle bedeutet dies, dass es sie bei der AG als Anwendungsfall des Notvorstandes nur eingeschränkt gibt (insbesondere nicht Schadenersatzprozesse und Beschlussanfechtung) und selbst dort der Notvorstand als weisungsfreies Organ handelt. Bei der GmbH wachsen dagegen (weitgehend) sämtliche Interessenkollisionen dem Notgeschäftsführer als weisungsgebundenem Organ zu.

### C. Ein Lösungsansatz

Was folgt daraus?

Die Bestellung eines Notgeschäftsführers bei Interessenkollision könnte vom Gesetzgeber beabsichtigt und seine Weisungsbindung schlichte Folge der Ein-

ordnung als Geschäftsführer sein. Mehr spricht aber dafür, dass der Gesetzgeber an solche Fälle nicht gedacht hat.

Die zurückhaltende Linie der Rechtsprechung – keine Notgeschäftsführerbestellung, wenn der Antragsteller als Mehrheitsgesellschafter gesellschaftsintern Abhilfe schaffen kann oder wenn umgekehrt die von ihm als Minderheitsgesellschafter angestrebte Maßnahme bereits durch Gesellschafterbeschluss unangefochten abgelehnt wurde, Vorrang eines Prozesskurators bei bloßer Passivvertretung der Gesellschaft im Zivilprozess – ist daher jedenfalls zu befürworten. Sie lässt das Problem weniger oft auftreten, löst es aber nicht generell.

Über diese Rechtsprechung hinausgehend erscheint es vorzugswürdig, bei Interessenkollision überhaupt keinen Notgeschäftsführer zu bestellen, wie dies schon gelegentlich vertreten wurde.<sup>23</sup> Der Geschäftsführer »fehlt« dann nicht im Sinne des § 15a GmbHG. Da die Interessenkollision nur einzelne Rechtshandlungen betrifft, ist ein Kollisions- oder Prozesskurator naheliegend und vorzuziehen, der dann nicht weisungsgebunden ist, sondern die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen hat. Es ist daher durchaus zutreffend, wenn der OGH angemerkt hat, dass es nicht Zweck des § 15a GmbHG ist, ein zusätzliches Verfahren zur Klärung von normalerweise im Streitverfahren durchzusetzenden gesellschaftsinternen Ansprüchen zu eröffnen.<sup>24</sup>

Eine Alternative wäre, Notgeschäftsführer auch bei Interessenkollision zu bestellen, Weisungen der Gesellschafter aber als unzulässig (und daher nichtig) einzustufen, soweit dadurch die Maßnahmen verhindert werden, für deren Vornahme gerade die Bestellung eines Notgeschäftsführers erforderlich war.<sup>25</sup> Dies führt zu einem Notgeschäftsführer mit weisungsfreiem Tätigkeitsbereich. Er wäre aber wie jeder Notgeschäftsführer der Geschäftsführerhaftung nach § 25 GmbHG ausgesetzt<sup>26</sup>, während der Kollisionskurator der mildereren Haftung nach § 277 ABGB unterliegt (richterliches Mäßigungsrecht, bei gerichtlicher Weisung Amtshaftung<sup>27</sup>). Fraglich wäre auch, ob alle Weisungsbeschlüsse zum Thema der Bestellung als nichtig eingestuft werden könnten.

---

<sup>23</sup> P. Bydliński, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 88 f; Auer, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer<sup>3</sup> (1997) Rz 38.

<sup>24</sup> OGH 26.1.2006, 6 Ob 10/06y wbl 2006/129 (im konkreten Fall wurde Interessenkollision ohnehin verneint); OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x wbl 2006/196.

<sup>25</sup> So Tebben in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> (2010) § 6 Rz 79. AM Stephan/Tieves in MünchKomm GmbHG (2012) § 35 Rz 73; Ulmer/Paefgen, GmbHG (2005) § 35 Rz 31.

<sup>26</sup> OGH 25.7.2000, 10 Ob 104/00t RdW 2000, 734; OLG Wien 29.7.1999, 28 R 253/98a NZ 2000, 124; Schummer, NZ 1990, 113; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/395; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 12; Pöltner, Notgeschäftsführer 111; Ratka in Straube, GmbHG § 15a Rz 42.

<sup>27</sup> Zu letzterer OGH 22.10.2001, 1 Ob 197/01d JBl 2002, 304 (Rummel 335).

### III. Funktionsende

Ein anderer Punkt, in dem der Notgeschäftsführer sich von einem regulären Geschäftsführer unterscheidet, ist sein Funktionsende. Eine Abberufung des Notgeschäftsführers durch die Gesellschafter (§ 16 Abs 1 GmbHG) ist nach ganz hM nicht möglich.<sup>28</sup> Dies kann auch nicht anders sein, weil die Gesellschafter die GmbH sonst sofort wieder in den Zustand der Handlungs- und Prozessunfähigkeit zurückversetzen könnten, der Notgeschäftsführer aber im Interesse Dritter (Gläubiger, Arbeitnehmer etc) bestellt wurde.

#### A. Funktionsende durch Bestellung eines regulären Geschäftsführers

Die Gesellschafter können den Notgeschäftsführer aber durch Bestellung eines regulären Geschäftsführers beseitigen, die Funktion des Notgeschäftsführers endet dann nach hM automatisch mit der Behebung des Vertretungsmangels.<sup>29</sup> Sie können den eben bestellten Geschäftsführer dann wieder abberufen und damit dasselbe Ergebnis erreichen wie bei einer direkten Abberufung des Notgeschäftsführers. Anders als dort wissen dann aber Notgeschäftsführer und Firmenbuchgericht uU gar nicht vom Entfall der Funktion. Ein Schutz Dritter über § 15 Abs 1 UGB scheitert, wenn der Notgeschäftsführer gar nicht im Firmenbuch eingetragen wurde (dazu unten IV), und versagt nach kritikwürdiger Rechtsprechung auch im Zivilprozess.<sup>30</sup>

Natürlich kann nicht generell verhindert werden, dass eine GmbH nach außen hin unbemerkt ihre Geschäftsführer beseitigt oder verliert, möchte man den Gesellschaftern (und Geschäftsführern) insoweit nicht die Flexibilität und Reaktionsgeschwindigkeit rauben; diesfalls müsste man durch Gesetzesänderung eine konstitutive Wirkung der Löschung einführen oder eine Regelung nach dem Vorbild des § 36 ZPO (Anwaltsprozess) schaffen (Entfall der Vertretungsmacht bei Abberufung oder Rücktritt erst mit Bestellung und Firmenbucheintragung eines neuen Geschäftsführers). Der Notgeschäftsführer ist aber ein besonderer Funktionsträger. Er wurde schon deshalb bestellt, weil die Gesellschaft unvertreten war und dringende Gründe im Interesse Dritter oder von Gesellschaftern einen Organvertreter verlangt haben. Gute Gründe sprechen deshalb dafür, seine Funktion nicht schon mit der gesellschaftsinternen Bestellung eines regulären

---

<sup>28</sup> Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 13; *Pöltner*, Notgeschäftsführer 163 f; *Ratka in Straube*, GmbHG § 15a Rz 50.

<sup>29</sup> Vgl nur OLG Wien 29.7.1999, 28 R 253/98a NZ 2000, 124; OLG Wien 4.12.2008, 28 R 150/08x NZ 2009 G 71 = GesRZ 2009, 376; *Wünsch*, GmbHG (1993) § 15a Rz 31; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 13. Für den Notvorstand der AG *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> (2010) §§ 75, 76 Rz 27.

<sup>30</sup> Dazu näher *Zib in Zib/Dellinger*, Großkomm UGB (2010) § 15 Rz 22 f; *ders*, GesRZ 1988, 96.

Geschäftsführers, sondern aus Rechtssicherheitsgründen erst mit Enthebungsbeschluss des Firmenbuchgerichts enden zu lassen.<sup>31</sup>

Damit ist zumindest sichergestellt, dass der Notgeschäftsführer selbst und das bestellende Gericht vom Funktionsende Kenntnis haben. Der Notgeschäftsführer wird dann nicht im Glauben an seine Geschäftsführungspflicht und Vertretungsmacht weiter agieren und das Gericht kann und muss das Publikum durch amtswegige Eintragung der gerichtlichen Enthebung (analog § 89 Abs 4 GmbHG, § 207 Abs 3 AktG, § 148 Abs 2 UGB) vom Funktionsverlust informieren, sofern dieser im Firmenbuch eingetragen war (was aber stets der Fall sein sollte, unten IV).

Der sofortige Funktionsentfall des Notgeschäftsführers mit der Bestellung eines regulären Geschäftsführers gründet sich nach hM darauf, dass das Gericht ihn »für die Zeit bis zur Behebung des Mangels zu bestellen« hat (§ 15a GmbHG). Das muss aber nicht den automatischen Entfall des Notgeschäftsführers bedeuten. Bessere Gründe sprechen dafür, die Bestimmung nicht als auflösende Bedingung zu verstehen, deren Eintritt gar nicht nach außen erkennbar ist, sondern als Enthebungspflicht des Firmenbuchgerichts. Auch nach § 8 ZPO hat der Prozesskurator »bis zum Eintreten des gesetzlichen Vertreters am gerichtlichen Verfahren teilzunehmen«, seine Funktion endet aber nicht schon mit dem Verfahrenseintritt des gesetzlichen Vertreters, sondern erst mit Enthebungsbeschluss des Prozessgerichts.<sup>32</sup>

## B. Amtsniederlegung

Eine Amtsniederlegung durch einseitige Erklärung des Notgeschäftsführers gegenüber dem Gericht oder den Gesellschaftern (§ 16a GmbHG) ist nach der Rechtsprechung nicht möglich.<sup>33</sup> Der Notgeschäftsführer kann vielmehr – abgesehen von der Beseitigung der Vertretungsnotlage durch die Gesellschafter (vgl zuvor) – nur mit Enthebungsbeschluss des Firmenbuchgerichts von seiner Funktion entbunden werden.<sup>34</sup> Ein Anspruch auf gerichtliche Enthebung besteht vor Beseitigung der Vertretungsnotlage nach dem OGH nur bei Vorliegen besonderer, bei der Bestellung nicht vorhersehbarer Gründe<sup>35</sup>, zB fehlende Kooperation der Gesellschafter, Undurchführbarkeit der Maßnahme oder in der Person des

<sup>31</sup> So schon *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997) Rz 2/65; *H.P. Westermann* in FS Kropff (1997) 681 (687 f). Wohl auch LG Wels im Fall OGH 18.10.2001, 6 Ob 253/01a.

<sup>32</sup> *Schubert* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> (2002) § 8 ZPO Rz 14.

<sup>33</sup> OGH 22.2.1994, 6 Ob 3/94 SZ 67/30 = EvBl 1994/168; OGH 15.2.2007, 6 Ob 292/06v NZ 2007, 153. AM OLG Wien 29.5.2000, 28 R 263/99y NZ 2001, 237.

<sup>34</sup> OGH 20.6.2000, 3 Ob 318/99g mwN uva.

<sup>35</sup> OGH 22.2.1994, 6 Ob 3/94 SZ 67/30 = EvBl 1994/168; OGH 7.12.1994, 6 Ob 23/94 WBl 1995, 292; OGH 6.4.1995, 6 Ob 10/95 WBl 1995, 293; OGH 15.2.2007, 6 Ob 292/06v NZ 2007, 153.

Notgeschäftsführers gelegene Gründe<sup>36</sup>, nicht aber bei der Bestellung bereits bekannte Vermögenslosigkeit der Gesellschaft.<sup>37</sup> Abzustellen ist auf die konkrete Vertretungsnotlage, zu deren Behebung der Notgeschäftsführer bestellt wurde.<sup>38</sup> Ein Enthebungsanspruch besteht auch dann, wenn der nur für bestimmte dringliche Rechtshandlungen bestellte Notgeschäftsführer diese durchgeführt hat (Wegfall der Dringlichkeit)<sup>39</sup>; andernfalls wäre der Tätigkeitsumfang für ihn entgegen dem Bestellungsbeschluss nicht abschätzbar. Bei einem zur umfassenden Geschäftsführung bestellten Notgeschäftsführer bildet selbst wirtschaftliche Inaktivität der GmbH nach der Rsp keinen Grund zur Enthebung (wegen entfallener Dringlichkeit), weil die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§§ 222 ff UGB) weiterbesteht.<sup>40</sup>

In diametralem Gegensatz dazu sieht die ganz herrschende Lehre eine vorzeitige Amtsniederlegung als möglich an, bei Fehlen eines wichtigen Grundes wird der Notgeschäftsführer allerdings der Gesellschaft schadenersatzpflichtig<sup>41</sup>; die Erklärung zur Amtsniederlegung wäre dann aus Rechtssicherheitsgründen nicht gegenüber den Gesellschaftern (so § 16a GmbHG), sondern gegenüber dem Gericht als dem Bestellungsorgan zu fordern.<sup>42</sup>

Während die Rechtsprechung somit die gerichtliche Enthebung des Notgeschäftsführers kuratorenähnlich in den Vordergrund stellt, wendet die Lehre in der Frage der Amtsniederlegung die Regeln für gewöhnliche Geschäftsführer an. Zu bedenken ist, dass diese Regeln für Gesellschaften getroffen sind, bei denen die Gesellschafter – dem typischen Bild entsprechend – am Vorhandensein eines Geschäftsführers interessiert sind und daher alsbald einen neuen Geschäftsführer bestellen werden, während im Fall eines Notgeschäftsführers bereits dokumentiert ist, dass sie daran nicht interessiert oder dazu nicht in der Lage sind.

Das Lösungsinteresse des Notgeschäftsführers ist daher gegen das Schutzinteresse des Publikums abzuwägen. Sachgerecht erscheint der Vorschlag *Pöltner*, bei Bestellung zu einzelnen Rechtshandlungen (Zielschuldverhältnis) einen »Rücktritt« nur aus wichtigem Grund zuzulassen und nur bei Bestellung zur umfassenden Geschäftsführung (Dauerschuldverhältnis) einen freien »Rücktritt« entsprechend § 16a GmbHG mit 14-Tages-Frist (und unbeschadet der

<sup>36</sup> OGH 6.4.1995, 6 Ob 10/95 WBl 1995, 293.

<sup>37</sup> OGH 7.12.1994, 6 Ob 23/94 ecolex 1995, 264 (abl *Reich-Rohrwig*) = WBl 1995, 292; OGH 6.4.1995, 6 Ob 10/95 WBl 1995, 293.

<sup>38</sup> Vgl OGH 6.4.1995, 6 Ob 10/95 WBl 1995, 293.

<sup>39</sup> *Pöltner*, Notgeschäftsführer 162 f.

<sup>40</sup> OLG Wien 29.5.2000, 28 R 263/99y NZ 2001, 237.

<sup>41</sup> *Reich-Rohrwig*, ecolex 1995, 264; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 13; *Szőky*, GeS 2003, 155; *Ratka in Straube*, GmbHG § 15a Rz 51. Ebenso für den Notvorstand der AG *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 27 iVm Rz 53.

<sup>42</sup> So für den Notvorstand der AG zutr *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 27.

Entschädigungsansprüche der Gesellschaft) zu bejahen.<sup>43</sup> Der »Rücktritt« ist dabei aber nicht als sofort wirksame Amtsniederlegung, sondern mit der Rechtsprechung als Anspruch auf gerichtliche Enthebung zu verstehen.

#### IV. Firmenbucheintragung

Die gerichtliche Bestellung und Enthebung von Notgeschäftsführern ist amtswegig einzutragen (Analogie zu § 89 Abs 4 GmbHG, § 207 Abs 3 AktG, §§ 34 Abs 4, 148 Abs 2 UGB).<sup>44</sup> Wurde der Notgeschäftsführer allerdings nur mit eingeschränkter Geschäftsführungsbefugnis bestellt, so bedarf es nach hM nicht seiner Eintragung im Firmenbuch.<sup>45</sup> Dies erscheint zweifelhaft, denn die Beschränkung wirkt wegen § 20 Abs 2 GmbHG nach ebenfalls hM nur im Innenverhältnis.<sup>46</sup> So besteht etwa durchaus ein Informationsbedürfnis für Dritte, zu wissen, dass nunmehr Klagen zugestellt werden können.

Den Vorzug verdient daher jene Lehrmeinung, nach der Notgeschäftsführer stets vom Firmenbuchgericht (amtswegig) einzutragen sind.<sup>47</sup> Es ist richtig, dass diese Publizität in der Praxis die ohnehin geringe Bereitschaft zur Übernahme des Amtes noch weiter mindern kann, doch ist der Notgeschäftsführer mit eingeschränkter Geschäftsführungsbefugnis in einem guten Teil der Fälle ohnehin alsbald wieder zu löschen (zB bei Bestellung zur Abgabe oder Entgegennahme einer Erklärung, zur Einbringung oder Zustellung einer Klage, wenn dann nicht bestritten wird). Für die verbleibenden Fälle gilt, dass die Publizität unangenehm sein mag, die Bestellung des Notgeschäftsführers aber dem Schutz des Publikums dient.

Wichtig ist im hier behandelten Zusammenhang aber, dass damit zusammen mit der Bindung des Funktionsverlustes an einen gerichtlichen Enthebungsbeschluss auch bei Bestellung eines regulären Geschäftsführers durch die Gesellschafter (oben III.A) zugleich sichergestellt ist, dass der Funktionsverlust für das

<sup>43</sup> Pöltner, Notgeschäftsführer 167 ff.

<sup>44</sup> OGH 31.8.2006, 6 Ob 156/06v ecollex 2007/18 = NZ 2007 V 31.

<sup>45</sup> OGH 15.2.2007, 6 Ob 292/06v NZ 2007, 153; OGH 21.11.1985, 6 Ob 31/85 SZ 58/181 = JBl 1986, 242 = RdW 1986, 41; OLG Wien 23.10.2003, 7 Ra 146/03x; *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> (2008) Rz 195; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/64; selbst Eintragungsfähigkeit ablehnend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 11 aE. Für den Notvorstand der AG *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>3</sup> (2008) § 85 Rz 19; *Thüsing* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 4 Rz 33.

<sup>46</sup> Zu letzterem OGH 21.11.1985, 6 Ob 31/85 SZ 58/181 = JBl 1986, 242; OGH 20.6.2000, 3 Ob 318/99g; OGH 15.2.2007, 6 Ob 292/06v NZ 2007, 153; OGH 16.6.2011, 6 Ob 79/11b wbl 2011/230; OLG Wien 27.7.2009, 28 R 123/09b NZ 2011 G 83; *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> Rz 195.

<sup>47</sup> *Wünsch*, GesRZ 1985, 157 (160); *G.Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 74; *Zib* in *Zib/Dellinger*, Großkomm UGB § 7 Rz 73; für den Notvorstand der AG auch *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 75, 76 Rz 23, §§ 71–74 Rz 97. Zweifelnd auch schon *St.Frotz*, SWK 1986 B II 1 (5).

Publikum *immer* aus dem Firmenbuch ersichtlich ist. Die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Notgeschäftsführers auf einzelne Rechtshandlungen kann – weil ohne Außenwirkung – nicht im Firmenbuch eingetragen werden.<sup>48</sup>

## V. Ergebnis

Bei Interessenkollision des Gesellschafter-Geschäftsführers erscheint es vorzugswürdig, keinen Notgeschäftsführer zu bestellen, sondern einen Kollisions- oder Prozesskurator, der den Gesellschaftern nicht weisungsgebunden ist. Der Geschäftsführer »fehlt« dann nicht iS des § 15a GmbHG.

Bei Bestellung eines regulären Geschäftsführers durch die Gesellschafter endet die Funktion des Notgeschäftsführers nicht automatisch, sondern aus Rechtssicherheitsgründen erst mit Enthebungsbeschluss des Firmenbuchgerichts.

Eine Amtsniederlegung des Notgeschäftsführers ist bei Bestellung zu einzelnen Rechtshandlungen nur aus wichtigem Grund, bei Bestellung zur umfassenden Geschäftsführung aber entsprechend § 16a GmbHG frei (mit 14-Tages-Frist und unbeschadet allfälliger Schadenersatzpflicht) zuzulassen. Sie ist nicht sofort wirksam, sondern mit der Rechtsprechung als Anspruch auf gerichtliche Enthebung zu verstehen.

Notgeschäftsführer sind auch bei Bestellung mit eingeschränkter Geschäftsführungsbefugnis amtswegig im Firmenbuch einzutragen. Zusammen mit der Bindung des Funktionsverlustes an einen gerichtlichen Enthebungsbeschluss auch bei Bestellung eines regulären Geschäftsführers durch die Gesellschafter ist damit zugleich sichergestellt, dass der Funktionsverlust für das Publikum immer aus dem Firmenbuch ersichtlich ist.

---

<sup>48</sup> Zutr OGH 15.2.2007, 6 Ob 292/06v NZ 2007, 153.