

1.3.4 Gewerberechtlicher Geschäftsführer

Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist grundlegend vom hier behandelten gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführer zu unterscheiden. Auch wenn der gewerberechtliche Geschäftsführer ebenfalls die Bezeichnung „Geschäftsführer“ trägt, ist er kein Geschäftsführer im „klassischen“ Sinn. Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist nicht für die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und schon gar nicht für die Leitung der Gesellschaft verantwortlich. Vielmehr ist der gewerberechtliche Geschäftsführer

- der Gesellschaft als Gewerbeinhaberin gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und
- der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften nach der Gewerbeordnung (GewO) verantwortlich.

Eine GmbH benötigt immer dann einen gewerberechtlichen Geschäftsführer, wenn sie ein Gewerbe iS der Gewerbeordnung (GewO) ausübt. In diesem Fall muss von der Gesellschaft eine Person bestellt werden, die für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Je nachdem, um welches Gewerbe es sich handelt, muss der gewerberechtliche Geschäftsführer neben den allgemeinen persönlichen auch gewerberechtliche Voraussetzungen erfüllen. Demnach muss der gewerberechtliche Geschäftsführer im Fall eines reglementierten Gewerbes einen Befähigungsnachweis (zB Meisterprüfung) vorweisen können. Erfüllt der unternehmensrechtliche Geschäftsführer die gewerberechtlichen Vorgaben, kann auch er neben seiner Funktion als im Firmenbuch eingetragener Geschäftsführer zusätzlich zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt werden.

Beispiel

Eines der geläufigsten Beispiele eines gewerberechtlichen Geschäftsführers ist der zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellte Baumeister eines Bauunternehmens. Während der unternehmensrechtliche Geschäftsführer der Baugesellschaft insbesondere für die Einhaltung der unternehmens- und insolvenzrechtlichen Vorschriften verantwortlich ist, muss der Baumeister dafür Sorge tragen, dass etwa die Baustellen ordentlich abgesichert sind und die Arbeitnehmerschutzvorschriften eingehalten werden. Gibt es hier von Seiten der Gewerbebehörde Beanstandungen, können über den Baumeister Geldstrafen verhängt werden.

Das Ausscheiden des gewerberechtlichen Geschäftsführers ist unverzüglich bei der Gewerbebehörde anzuzeigen, eine Neubestellung muss im Regelfall innerhalb von sechs Monaten gemeldet werden.

Hinweis

Der gegenständliche Leitfaden befasst sich im Folgenden ausschließlich mit dem nach den Bestimmungen des GmbHG bestellten unternehmensrechtlichen Geschäftsführer.

Kapitel 2

Bestellung & Abberufung

2.1 Bestellung & Anstellung des Geschäftsführers

Soll eine Person zum Geschäftsführer werden, so ist der gesellschaftsrechtliche Bestellsakt von der arbeitsrechtlichen Anstellung zu unterscheiden:

Der gesellschaftsrechtliche Bestellsakt ist die Bestellung der jeweiligen Person zum Geschäftsführer der Gesellschaft und die damit verbundene Eintragung im Firmenbuch. Ab dem Tag der Bestellung hat der Geschäftsführer die ihm nach dem GmbHG zustehenden Rechte, gleichzeitig treffen ihn ab diesem Tag aber auch die nach dem GmbHG und den sonstigen gesetzlichen Vorgaben bestehenden Pflichten und möglichen Haftungen.

Eine Person wird die Bestellung zum Geschäftsführer in der Regel aber nur dann annehmen, wenn gleichzeitig eine vertragliche Einigung über die Vergütung der Geschäftsführertätigkeit gefunden werden kann. Mit den meisten Geschäftsführern wird daher im Zuge der gesellschaftsrechtlichen Bestellung zum Geschäftsführer auch noch ein wie auch immer gearteter Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist der Abschluss eines Dienst- oder Werkvertrages aber keine Voraussetzung für eine Geschäftsführerbestellung. Vielmehr könnten auch Personen, die über keinen Vertrag mit der GmbH verfügen, Geschäftsführer werden. Dies ist etwa in Konzernen oft der Fall, wo Geschäftsleiter in der Regel bei der Konzernobergesellschaft angestellt sind und dann Geschäftsführerfunktionen in verschiedenen Tochtergesellschaften mitübernehmen.

Grundsätzlich erfolgt die Bestellung der Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss oder durch den Gesellschaftsvertrag. In besonderen Fällen kann auch das Gericht Geschäftsführerbestellungen vornehmen (Bestellung von sog Notgeschäftsführern vgl dazu Punkt 2.1.4).

2.1.1 Bestellung durch Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag regelt die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern. Gesellschafter können daher auch, jedoch nur solange sie Gesellschafter sind, im Gesellschaftsvertrag zu Geschäftsführern bestellt werden. Nichtgesellschafter können nicht im Gesellschaftsvertrag zu Geschäftsführern bestellt werden.

Hinweis

Scheidet ein im Gesellschaftsvertrag bestellter Geschäftsführer als Gesellschafter aus, bedeutet das jedoch nicht zwangsläufig, dass er damit auch seine Geschäftsführerfunktion beenden muss. Vielmehr könnte in diesem Fall seine Geschäftsführerfunktion mittels Gesellschafterbeschluss verlängert werden.

2.2 Abberufung des Geschäftsführers

2.2.1 Abberufung durch Gesellschafterbeschluss

Der Geschäftsführer einer GmbH kann grundsätzlich jederzeit mittels eines Abberufungsbeschlusses, der entweder durch Umlaufbeschluss oder im Rahmen einer Generalversammlung gefasst werden kann, abberufen werden. Sofern der Gesellschaftsvertrag keine höheren Mehrheiten vorsieht, reicht für einen solchen Abberufungsbeschluss die einfache Mehrheit aus. Das Vorliegen von wichtigen Gründen für die Abberufung ist im Allgemeinen nicht notwendig.

Sollen Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen werden, haben auch diese das Recht, an der entsprechenden Abstimmung teilzunehmen. Bei entsprechender Mehrheit in der Generalversammlung können sie somit auch ihre eigene Abberufung verhindern. Besitzt der Gesellschafter-Geschäftsführer lediglich einen Minderheitsanteil, kann er sich im Wege einer Beschlussanfechtung gegen seine Abberufung wehren, die jedoch nur dann erfolgversprechend ist, wenn Anfechtungsgründe vorliegen. Als Anfechtungsgründe können sämtliche Verfahrensmängel geltend gemacht werden, wie bspw

- eine zu kurzfristige Einberufung der Generalversammlung;
- die unrichtige oder unvollständige Ankündigung der Tagesordnung;
- die unrichtige Berechnung der Stimmen oder
- die Vertretung bei der Abstimmung durch nicht schriftlich stimmrechtsbevollmächtigte Personen.

Ebenso können im Rahmen einer solchen Anfechtung auch materielle Gründe ins Treffen geführt werden, wie etwa ein Verstoß der Gesellschafter gegen deren Treuepflicht (so zB wenn ein nachweislich erfolgreicher Geschäftsführer aus bloß vorgehobenen und nicht zutreffenden Kritikpunkten abberufen werden soll und eine solche Abberufung daher für die Gesellschaft nachteilig wäre). Sofern im Gesellschaftsvertrag die Abberufung des Geschäftsführers auf wichtige Gründe eingeschränkt ist (siehe dazu sogleich), kann in dem Anfechtungsverfahren auch das Fehlen eines solchen wichtigen Grundes bemängelt werden.

Beispiel

Der Mehrheitsgesellschafterin M ist der – erfolgreiche, jedoch unsympathische – Geschäftsführer U schon länger ein Dorn im Auge. Daher beschließt sie, U mittels Gesellschafterbeschluss abzuberufen. Z ist zwar nur Minderheitsgesellschafter, jedoch könnte er eine Anfechtung des Abberufungsbeschlusses – wegen Verletzung der Treuepflicht – anstreben.

Die Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses hat keine aufschiebende Wirkung. Das bedeutet, dass die Abberufung zunächst wirksam wird und der abberufene Geschäftsführer seine Geschäftsführerfunktion erst dann wieder zurückerlangt, wenn er den Abberufungsbeschluss erfolgreich anfechtet. Da ein solcher über mehrere In-

3.1 Abgrenzung von Geschäftsführung und Vertretung

Nach den Vorschriften des GmbHG wird der Geschäftsführer einer GmbH von den Gesellschaftern mit Gesellschafterbeschluss oder direkt im Gesellschaftsvertrag bestellt. Bei der Tätigkeit des Geschäftsführers ist zwischen der Führung der Geschäfte und der Vertretung der Gesellschaft zu differenzieren. Während die Geschäftsführung das Innenverhältnis, also die Entscheidungsfindung darüber, welche Maßnahmen eigentlich getroffen werden sollen, betrifft, handelt es sich bei der Vertretung um das Tätigwerden im Außenverhältnis, also wie die Gesellschaft Dritten gegenüber rechtsgeschäftlich handelt bzw auftritt. Das Vertretungsrecht des Geschäftsführers wird grundsätzlich mit dem gefassten Bestellungsbeschluss der Gesellschafter rechtswirksam.

Die Vertretungsmacht erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen. Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis ist möglich. Etwa kann vorgesehen werden, dass ein Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung der Gesellschafter oder des Aufsichtsrats durchgeführt werden darf. Dritten gegenüber ist eine derartige Beschränkung allerdings unwirksam. Die Gesellschaft wird daher auch bei einer Übertretung der Geschäftsführungsbefugnis im Außenverhältnis durch das Rechtsgeschäft wirksam verpflichtet, soweit der Geschäftspartner „schutzwürdig“ ist (*dazu im Detail unter Punkt 3.4.8*).

Der Geschäftsführer kann für eine Überschreitung der Vertretungsmacht gegenüber der Gesellschaft (also im Innenverhältnis) schadensersatzpflichtig werden.

Die Unterscheidung der Geschäftsführung von der Vertretung wird in folgender Grafik zusammenfassend veranschaulicht und anschließend erörtert:

Geschäftsführung:	Vertretung:
betrifft Innenverhältnis	betrifft Außenverhältnis
Gesamtgeschäftsführung oder Einzelgeschäftsführung	Gesamtvertretung oder Einzelvertretung
Beschränkung der Geschäftsführung laut Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschluss oder aufgrund einer Anordnung des Aufsichtsrats	unbeschränkt und unbeschränkbar
keine Publizitätswirkung	Publizität durch Firmenbucheintragung
gewöhnliche und außergewöhnliche Geschäfte	keine Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und nichtgewöhnlichen Vertretungshandlungen
Recht auf Widerspruch des Gesellschafters bei Geschäftsführungsmaßnahmen	Widerspruch wirkt nicht im Außenverhältnis, eine allfällige Vertretungshandlung ist dennoch wirksam

Bei wesentlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern ist grundsätzlich von einer Pflicht zur Abführung von Lohnnebenkosten wie DB, DZ und KommSt auszugehen.

Die folgende Übersicht fasst die einkommensteuerliche Einordnung der Geschäftsführerbezüge zusammen:

Keine Beteiligung oder Geschäftsführer nicht wesentlich ($\leq 25\%$) beteiligt	
<i>Regelfall</i>	<i>Ausnahme: zB Werkvertrag, freier Dienstvertrag, Auftrag; Tragung Unternehmerrisiko</i>
steuerliches Dienstverhältnis oder sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses (ohne Weisungsbindung)	kein steuerliches Dienstverhältnis und nicht alle Merkmale eines DV und kein Freiberufler (im Sinn des EStG)
Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gem § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG oder Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gem § 25 Abs 1 Z 1 lit b EStG	Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit gem § 22 Z 2 TS 1 EStG

Gesellschafter-Geschäftsführer wesentlich ($> 25\%$) beteiligt	
<i>Regelfall</i>	<i>Ausnahme: zB Werkvertrag, freier Dienstvertrag, Auftrag; Tragung Unternehmerrisiko</i>
steuerliches Dienstverhältnis oder sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses (bei Weisungsfreiheit nur organisatorische Eingliederung)	kein steuerliches Dienstverhältnis und nicht alle Merkmale eines Dienstverhältnisses und kein Freiberufler
Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit gem § 22 Z 2 TS 2 EStG	Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit (Vermögensverwaltung) gem § 22 Z 2 TS 1 EStG

Ein Geschäftsführer, der sich nicht in einem steuerlichen Dienstverhältnis befindet, bei dem sonst keine Merkmale eines Dienstverhältnisses vorliegen und der in seiner Tätigkeit als Freiberufler einzustufen ist (bspw Rechtsanwälte), erzielt unabhängig vom Beteiligungsgrad Einkünfte aus selbstständiger Arbeit gem § 22 Z 1 lit b EStG (freiberufliche Tätigkeit).

Achtung

Grundsätzlich unterliegen Bezüge von Geschäftsführern immer dem Dienstgeberbeitrag zum FLAG, Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag und der Kommunalsteuer auf Ebene der GmbH. Ausnahmen ergeben sich nur in Einzelfällen und sollten daher im Detail mit einem Experten geklärt werden.

5.3 Wann haftet der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft

5.3.1 Allgemeines

Geschäftsführer haben – wie es § 25 GmbHG definiert – bei ihrer Tätigkeit die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden. Von einem Geschäftsführer wird erwartet, dass er die Fähigkeiten und die Kenntnisse besitzt, die von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig und nach der Größe des Unternehmens üblicherweise erwartet werden können. Es sind daher nicht alle Geschäftsführer nach dem gleichen Maßstab zu beurteilen, es ist vielmehr immer auf die Branche, die Größe sowie die wirtschaftliche Situation des Unternehmens abzustellen.

Verletzt der Geschäftsführer die branchen-, größen- und situationsadäquate Sorgfaltspflicht, so kann er für den daraus entstandenen Schaden zur Haftung herangezogen werden.

Primär kann nur die Gesellschaft Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend machen. Eine Inanspruchnahme durch die Gläubiger der Gesellschaft oder einzelne Gesellschafter kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht (*siehe dazu im Detail bereits Punkt 5.1.3*).

5.3.2 Wer macht Ansprüche geltend?

5.3.2.1 Ansprüche der Gesellschaft

Für die Inanspruchnahme des Geschäftsführers ist gem § 25 Abs 2 GmbHG primär die Gesellschaft zuständig. Die entsprechende Entscheidung treffen aber die Gesellschafter, die mittels Beschluss über die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Geschäftsführer entscheiden. Für diesen Gesellschafterbeschluss ist – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht – eine Mehrheit von 50% der abgegebenen Stimmen erforderlich. Kommt ein solcher Gesellschafterbeschluss nicht zustande oder wird ein solcher von den Gesellschaftern abgelehnt oder ein Antrag auf Beschlussfassung über die Geltendmachung nicht behandelt, so können die Gesellschafter der Gesellschaft den Geschäftsführer direkt in Anspruch nehmen. Dieses Recht steht den Gesellschaftern allerdings nur dann zu, wenn sie eine Stammeinlage von mindestens 10% des Stammkapitals oder einen Nennbetrag von € 700.000,- erreichen.

Im Fall einer Insolvenz werden die Ansprüche vom zuständigen Insolvenz- oder Sanierungsverwalter im Namen der Gesellschaft geltend gemacht.

5.3.2.2 Fälle der unmittelbaren Haftung

Das Gesetz enthält einige ausdrückliche Fälle, in denen (ausnahmsweise) die unmittelbare Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und den Gesellschaftern vorgesehen ist. Eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gläubi-

ges Verhalten gibt, dass die Zahlungsunfähigkeit der GmbH herbeiführt oder die Befriedigung wenigstens eines Gläubigers schmälert. Als kridaträchtiges Handeln gilt:

- das Zerstören, Verschleudern, Verschenken oder Beiseiteschaffen des Vermögens;
- das Ausgeben hoher Beträge durch außergewöhnliche Geschäfte;
- das Betreiben übermäßigen und unverhältnismäßigen Aufwands;
- das Unterlassen der Führung von Geschäftsbüchern oder sonstigen geeigneten Kontrollmaßnahmen;
- das Unterlassen der Erstellung von Jahresabschlüssen.

Gemäß der Definition von § 6 Abs 3 StGB liegt grobe Fahrlässigkeit vor, wenn jemand ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt und somit das gewöhnliche Maß an der nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeit des täglichen Lebens erheblich übersteigt. Außerdem muss im jeweiligen Fall die dadurch herbeigeführte Schädigung der Gläubiger geradezu als wahrscheinlich vorhersehbar gewesen sein. In der Praxis ist vor allem § 159 Abs 5 Z 4 StGB eine Haftungsfalle für Geschäftsführer: Demnach handelt kridaträchtig, wer es entgegen den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens unterlässt, Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen, oder diese so führt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahren Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt.

Im Ergebnis muss der Geschäftsführer – um kridaträchtiges Handeln zu vermeiden – immer solche Aufzeichnungen führen bzw Kontrollmaßnahmen setzen, die ihm jederzeit einen Überblick über die wirtschaftliche Lage seines Unternehmens erlauben. Darüber hinaus liegt nach dem OGH aber auch dann kridaträchtiges Handeln vor, wenn trotz an sich ordnungsgemäßer Führung von Geschäftsaufzeichnungen die daraus zuziehenden Schlüsse nicht gezogen werden. Somit ist nicht nur das Unterlassen von geschäftlichen Aufzeichnungen und Kontrollmaßnahmen tatbestandsmäßig, sondern auch das Unterlassen des Ziehens der notwendigen Schlüsse aus diesen Geschäftsaufzeichnungen.

Ein Verstoß gegen § 159 StGB kann mit Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren bestraft werden.



Achtung

- *Der Tatbestand des § 159 Abs 5 Z 4 StGB lehnt sich stark an die gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Organe an, die gerade in der Krise eines Unternehmens stark zunehmen (siehe dazu Kapitel 7). In der Krise des Unternehmens ist es daher wichtig, dass die Geschäftsführer zeitgerecht Kontrollmaßnahmen setzen (zB laufende Liquiditätsplanung, Sanierungskonzepte) und dabei nach Möglichkeit auch Rechtsanwälte und Wirtschaftstreuhänder beiziehen.*

Kapitel 7

Exkurs:

Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise des Unternehmens

7.1 Allgemeines

Generell hat die Geschäftsführung ein funktionierendes Risikomanagement (zB angemessenes Rechnungswesen, Internes Kontrollsystem, Risikoerkennungstools etc) einzurichten, damit frühzeitig die ersten Anzeichen einer Krise erkannt werden können. Gem § 25 Abs 1 GmbHG ist der Geschäftsführer zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verpflichtet. Die Verpflichtung zur laufenden Analyse und Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen, der aktuellen Lage und der Entwicklung von Rentabilität und Liquidität ergeben sich aus diesem Sorgfaltsgebot. Fallen Bestandsaufnahmen und Soll-Ist-Vergleiche besonders negativ aus und berechtigen zur Sorge über die weitere Entwicklung der Gesellschaft, ist laufend zu überprüfen, ob allenfalls (insofern das Stadium der Krise bereits fortgeschritten ist) eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Folgende Abbildung stellt den Verlauf einer „typischen“ Krise sowie den entsprechenden Handlungsspielraum schematisch dar:

