

Rechtliche Rahmenbedingungen der Organbesetzung einer GmbH durch Familienmitglieder in Familienunternehmen

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades

Master of Business Administration (MBA)

an der Technischen Universität Wien, Academy for Continuing Education

eingereicht von

Dr. Daniela Fichtenbauer

00203289

BetreuerIn

Dr. Roman Alexander Rauter

Eidesstattliche Erklärung

Ich, DR. DANIELA FICHTENBAUER,

erkläre hiermit,

1. dass ich meine Masterthese selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe,
2. dass ich meine Masterthese bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe,
3. dass ich, falls die Arbeit mein Unternehmen betrifft, meine/n ArbeitgeberIn über Titel, Form und Inhalt der Masterthese unterrichtet und sein Einverständnis eingeholt habe.

Wien, 14.02.2023

Unterschrift

Kurzfassung

Geschäftsführung und Aufsichtsrat werden in Familienunternehmen oft mit Gesellschafter_innen, also Familienmitgliedern, besetzt. Es sollte allerdings sichergestellt werden, dass eine Person nicht alleine aufgrund der Familienzugehörigkeit in eine Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsposition bestellt wird. Die Qualität und eine gewisse Unabhängigkeit der Organe muss sichergestellt werden. Dazu gibt es in Österreich nur wenige gesetzliche Vorgaben. Das für GmbHs relevante GmbH-Gesetz ist weitgehend dispositiv, ergänzt werden kann es also durch Klauseln im Gesellschaftsvertrag, der von Gestaltungsfreiheit geprägt ist. Somit kann der Kreis der Kandidat_innen für Organpositionen eingeschränkt und auf die jeweilige Familie und das Unternehmen angepasst werden. Basierend auf relevanten Gesetzestexten, Judikatur und Literatur präsentiert diese Arbeit einen Überblick über gesetzliche Vorgaben und erlaubte, aber auch unzulässige Einschränkungen der Bestellung in Geschäftsführung und Aufsichtsrat. Eigene dahingehende Gestaltungsmöglichkeiten für einen Gesellschaftsvertrag werden entworfen und diskutiert.

Abstract

In family businesses, shareholders, i.e. family members are often appointed to the management and supervisory boards. However, it should be ensured that appointment decisions are not solely taken on the basis of family membership. The quality and some degree of independence of the bodies must be ensured. In Austria, there are few legal requirements in this regard. The limited liability company law, which is mainly relevant for limited liability companies (German: GmbH), is largely dispositive, so it can be supplemented by clauses in the articles of association, which are characterised by freedom of design. Thus, the group of candidates for board positions can be limited and adapted to the respective family and the company. Based on relevant legal texts, case law and literature, this thesis presents an overview of legal requirements and permissible, but also impermissible restrictions on the appointment to the management and supervisory board. Own options for the drafting of articles of association are presented and discussed.

Inhaltsverzeichnis

ABBILDUNGSVERZEICHNIS	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IV
EXECUTIVE SUMMARY	VI
1 EINLEITUNG	1
1.1 AUSGANGSSITUATION UND PROBLEMSTELLUNG	1
1.2 STRUKTURIERUNG DES PROBLEMS UND ABGRENZUNG DER ARBEIT (SCOPE)	3
1.3 ZIELFORMULIERUNG	3
1.4 METHODEN UND FORSCHUNGSDESIGN	4
2 FAMILIENUNTERNEHMEN ALS GMBHS UND DEREN ORGANE.....	5
2.1 BESONDERHEITEN EINES FAMILIENUNTERNEHMENS	5
2.2 VORTEILE EINER GMBH FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN	6
2.3 ORGANE EINER GMBH.....	7
2.3.1 <i>Generalversammlung</i>	8
2.3.2 <i>Geschäftsführung</i>	9
2.3.3 <i>Aufsichtsrat</i>	12
2.3.4 <i>Beirat</i>	15
2.4 ZUSAMMENSPIEL DER ORGANE.....	15
3 INSTRUMENTE FÜR REGELUNGSMÖGLICHKEITEN DER ORGANBESETZUNG	17
3.1.1 <i>Gesellschaftsvertrag</i>	17
3.1.2 <i>Syndikatsvertrag</i>	21
3.1.3 <i>Familienverfassung</i>	23
4 ORGANBESTELLUNG: GESCHÄFTSFÜHRENDE GESELLSCHAFTER_INNEN.....	25
4.1 BESTELLUNGSWEGE.....	25
4.2 JUDIKATUR UND LITERATUR ZU EINSCHRÄNKUNGEN BETREFFEND GESCHÄFTSFÜHRER_INNENBESTELLUNG.....	27
4.2.1 <i>Gesetzliche Einschränkungen des Personenkreises und Judikatur</i>	27
4.2.1.1 Vorgaben im GmbHG und ABGB.....	27
4.2.1.2 Judikatur: Geschlechterklausel	29
4.2.1.3 Judikatur: Sittenwidrigkeit anderer Kriterien der Differenzierung	31
4.2.1.4 Judikatur: Diskriminierung von EU-Ausländer_innen	32
4.2.1.5 Bevorstehende Änderungen	32
4.2.2 <i>Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit und Missachtung</i>	33
4.2.2.1 Rechtsfolgen unzulässiger Satzungsbestandteile	33
4.2.2.2 Rechtsfolgen der Missachtung gesellschaftsvertraglicher Regeln	34
4.2.2.3 Haftungsfragen bei Bestellung ungeeigneter Geschäftsführer_innen.....	35

4.2.3	<i>Einschränkungen der Bestellung: Beispiele aus der Literatur</i>	37
4.3	MÖGLICHE WEITERE GESTALTUNGSOPTIONEN IM GESELLSCHAFTSVERTRAG	44
4.3.1	<i>Erste Gestaltungsmöglichkeit: Unbescholtenheit und Privatinsolvenz</i>	45
4.3.2	<i>Zweite Gestaltungsmöglichkeit: Familienfremde Geschäftsführer_innen</i>	48
4.3.3	<i>Dritte Gestaltungsmöglichkeit: Qualitätscheck durch Aufsichtsrat</i>	50
4.3.4	<i>Vierte Gestaltungsmöglichkeit: Stimmverbot</i>	51
4.3.5	<i>Fünfte Gestaltungsmöglichkeit: Qualifizierte Mehrheit</i>	54
5	ORGANBESTELLUNG: GESELLSCHAFTER_INNEN IM AUFSICHTSRAT	56
5.1	BESTELLUNGSWEGE	56
5.1.1	<i>Der_die Aufsichtsratsvorsitzende</i>	58
5.2	JUDIKATUR UND LITERATUR ZU EINSCHRÄNKUNGEN BETREFFEND BESTELLUNG VON AUFSICHTSRÄTEN	60
5.2.1	<i>Gesetzliche Einschränkungen des Personenkreises und Judikatur</i>	60
5.2.1.1	Vorgaben im GmbHG	60
5.2.1.2	Judikatur: Geschlechterklausel	62
5.2.1.3	Judikatur: Diskriminierung von EU-Ausländer_innen und sittenwidrige Einschränkungen.....	63
5.2.2	<i>Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit und Missachtung</i>	63
5.2.2.1	Unzulässiger Satzungsbestandteile und Missachtung	63
5.2.2.2	Haftungsfragen bei Bestellung ungeeigneter Aufsichtsräte	63
5.2.3	<i>Einschränkungen der Bestellung: Beispiele aus der Literatur</i>	64
5.3	MÖGLICHE WEITERE GESTALTUNGSOPTIONEN IM GESELLSCHAFTSVERTRAG	71
5.3.1	<i>Erste Gestaltungsmöglichkeiten: Unbescholtenheit, Stimmverbot und qualifizierte Mehrheit</i>	73
5.3.2	<i>Zweite Gestaltungsmöglichkeit: Unabhängige Kontrolle</i>	74
5.3.3	<i>Dritte Gestaltungsmöglichkeit: Offenlegungspflicht für entsendete Aufsichtsratsmitglieder</i>	75
5.3.4	<i>Vierte Gestaltungsmöglichkeit: Diversität der Qualifikationen</i>	76
5.3.5	<i>Fünfte Gestaltungsmöglichkeit: Sprachkenntnisse</i>	77
6	ZUSAMMENFASSUNG	79
7	LITERATURVERZEICHNIS	80
7.1	HAUPTLITERATUR	80
7.2	JUDIKATURVERZEICHNIS	84
7.3	GESETZE UND DATENBANKEN.....	85

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Abgrenzung der Arbeit.....	3
Abbildung 2: Drei-Kreis-Modell des Familienunternehmens von <i>Tagiuri</i> und <i>Davis</i>	6
Abbildung 3: Instrumente zur Regelung der Organbesetzung	17
Abbildung 4: Hauptunterschiede von materiellen und formellen Bestandteilen eines Gesellschaftsvertrages	19

Abkürzungsverzeichnis

AEUV: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG: Aktiengesellschaft
ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AktG: Aktiengesetz
AnwBl: Anwaltsblatt
ArbVG: Arbeitsverfassungsgesetz
Bsp: Beispiel
B-VG: Bundes-Verfassungsgesetz
bzw: beziehungsweise
DRdA: Das Recht der Arbeit
Ecolex: Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF-Z: Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EuGH: Gerichtshof der Europäischen Union
EvBl: Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreichische Juristenzeitung)
FS: Festschrift
GES: Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesbR: Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ: Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GFMA-G: Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat
GIBG: Gleichbehandlungsgesetz
GmbH: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG: GmbH-Gesetz
hM: herrschende Meinung
JEV: Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
KG: Kommanditgesellschaft
mE: meines Erachtens

NetV: Nova et Varia

NZ: Österreichische Notariats-Zeitung

OG: Offene Gesellschaft

OGH: Oberster Gerichtshof

RdW: Recht der Wirtschaft

RIS: Rechtsinformationssystem des Bundes

RWZ: Zeitschrift für Recht & Rechnungswesen

taxlex: Fachzeitschrift für Steuerrecht

UGB: Unternehmensgesetzbuch

VbR: Zeitschrift für Verbraucherrecht

VWT: Vereinigung Österreichischer Wirtschaftstrehänder

wbl: Wirtschaftsrechtliche Blätter

WK: Wiener Kommentare

ZAS: Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

ZGR: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Executive Summary

Problemstellung und Fragestellung: Familienunternehmen dominieren die österreichische Wirtschaft - über 60% aller Arbeitsplätze sind dort angesiedelt. Was Familienunternehmen verbindet, ist dass die Familie(n) einen bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben. Viele Familienunternehmen sind als GmbHs organisiert, da diese Vorteile einer Kapitalgesellschaft wie beschränkte Haftung und freie Übertragbarkeit der Anteile mit den Vorteilen einer Personengesellschaft wie die Entscheidungsmacht der Eigentümersammlung (Generalversammlung) verbindet. So werden Geschäftsführer_innen von der Generalversammlung bestellt, selbiges gilt für den Aufsichtsrat, falls vorhanden. In Familienunternehmen werden oft Gesellschafter_innen und damit Familienmitglieder in diese Organpositionen bestellt. Die sich dabei ergebende Vermischung von privater, familiärer Sphäre, der Gesellschafterstellung, und der Organstellung im Unternehmen birgt großes Konfliktpotential und kann für die Bestellten herausfordernd sein. Eine 100%ige Trennung dieser Bereiche ist nicht möglich, die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander beeinflussen gelegentlich unternehmerische Entscheidungen, und umgekehrt. Es braucht daher eine rechtlich klare Vorsorge, welche Voraussetzungen ein Familienmitglied erfüllen muss, um in diese Organfunktionen bestellt werden zu dürfen. Es sollte sichergestellt werden, dass eine Person nicht alleine aufgrund der Familienzugehörigkeit in eine Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsposition bestellt wird.

Einschränkungen und Vorgaben zu diesen Bestellungen können unter anderem im Gesellschaftsvertrag, Syndikatsvertrag und einer Familienverfassung verankert werden. Diese Arbeit fokussiert auf den Gesellschaftsvertrag, da dieser die größtmögliche Rechtssicherheit und eindeutigste Sanktionsmöglichkeiten bei Verstoß bietet. Hier können individuelle Regelungen getroffen werden, um den Bedürfnissen der jeweiligen Familie gerecht zu werden, da das GmbH-Recht weitgehend dispositiv ist und für den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich Gestaltungsfreiheit gilt, solange nicht gegen zwingendes Recht und die guten Sitten verstoßen wird. Es ergibt sich also folgende Fragestellung:

Welche rechtlichen Rahmenbedingungen gibt es für GmbHs im Familienbesitz für die Bestellung von Familienmitgliedern als Geschäftsführer_innen und als Aufsichtsratsmitglieder und welche Gestaltungsoptionen bietet der Gesellschaftsvertrag?

Obwohl dieser in GmbHs selten anzutreffen ist, beschäftigt sich diese Arbeit auch mit dem Aufsichtsrat, da dieser wichtige Impulse zur Professionalisierung von Familienunternehmen bringen kann.

Ziel dieser Masterarbeit ist es, Familienunternehmen eine Orientierungshilfe zu bieten, welche Gestaltungsoptionen im Gesellschaftsvertrag möglich sind, um Organbesetzung durch Familienmitglieder vorausschauend zu regeln, um Konflikte möglichst zu vermeiden.

Methodik: Diese Arbeit ist hauptsächlich eine Literaturarbeit, Hauptquellen sind Gesetze, Judikatur, und Kommentarliteratur zu den Gesetzen, sowie reale Gesellschaftsverträge. Der Fokus liegt in Österreich. Das GmbH-Gesetz ist das Fundament dieser Arbeit, bei der Betrachtung des Aufsichtsrates wird als Vergleich auch das Aktiengesetz herangezogen. Information aus den Gesetzestexten wird ergänzt mit relevanter Judikatur und der wissenschaftlichen Lehrmeinung in der Literatur. 25 Gesellschaftsverträge von österreichischen GmbHs in Familienbesitz werden eingesehen, um Beispiele für reale Gestaltungsoptionen zu finden. Zuletzt werden sowohl für die Bestellung in die Geschäftsführung, als auch den Aufsichtsrat eigene Gestaltungsoptionen erarbeitet und deren Zulässigkeit diskutiert.

Erkenntnisse und Ergebnisse der Arbeit: Im GmbH Gesetz finden sich sowohl zur Bestellung in die Geschäftsführung, als auch zum Aufsichtsrat, wenig Einschränkungen dazu, welche Personen (nicht) bestellt werden dürfen. Als Kandidat_innen kommen nur "physische, handlungsfähige Personen" in Frage, das 18. Lebensjahr muss also vollendet sein. Mindestens ein_eine Geschäftsführer_in muss den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Wer in einem Beschäftigungsverhältnis mit dem Unternehmen steht, darf nicht in den Aufsichtsrat bestellt werden, auch die Anzahl der erlaubten Aufsichtsratssitze ist gesetzlich beschränkt. Kreuzverflechtungen sind untersagt, spezielle Vorgaben gelten für Konzernunternehmen, eine Geschlechterquote muss unter Umständen beachtet werden. Aus dem ABGB ergibt sich, dass die Gesellschafter_innen bei allen Bestellungen an die Treuepflicht gebunden sind, sowohl untereinander, als auch der Gesellschaft gegenüber. Es dürfen also keine völlig Ungeeigneten bestellt werden.

Der Gesellschaftsvertrag ist zwar von grundsätzlicher Vertragsfreiheit geprägt, allerdings mit Einschränkungen, die sich aus relevanter Judikatur und gesetzlichen Vorgaben außerhalb des GmbH Gesetzes ergeben. So sind Klauseln, die gegen ein Geschlecht oder EU-Ausländer_innen diskriminieren, unzulässig. Dieses Diskriminierungsverbot gilt wohl auch für andere Kriterien die im Gleichbehandlungsgesetz genannt sind, wie ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung.

In der Literatur finden sich für beide Organe ähnliche Beispiele für Einschränkungen der Bestellung und Qualifikationsmerkmale der Kandidat_innen: Ausbildung/Beruf/Qualifikationen/Erfahrung; Alter; Familienmitgliedschaft; Staatsbürgerschaft; für den Aufsichtsrat zusätzlich auch Ausschlussgründe. Der Großteil dieser Einschränkungen sollte zulässig sein. Wird die Staatsbürgerschaft als Kriterium herangezogen, darf nicht gegen EU-Ausländer diskriminiert werden. Altersvorgaben sind mE kritisch zu sehen, sie könnten gegen das Gleichbehandlungsgesetz verstoßen. Nur die Kategorie "Familienmitglied" ist spezifisch für Familienunternehmen.

Aus den eingesehenen 25 Gesellschaftsverträgen von GmbHs in Familienbesetz ist ersichtlich, dass die Gestaltungsfreiheit die der Gesellschaftsvertrag bietet, in der Praxis wenig genutzt wird, es wurden wenige Beispiele zu Einschränkungen der Organbestellung gefunden.

Die selbst vorgeschlagenen Gestaltungsmöglichkeiten zu beiden Organen dienen hauptsächlich dazu, die Qualität der Organmitglieder sicherzustellen, das Konfliktpotential bei Bestelungsentscheidungen zu reduzieren, aber vor allem beim Aufsichtsrat auch dazu, eine gewisse Unabhängigkeit von der Familie sicherzustellen. So kann ein Nachweis von Unbescholtenheit gefordert werden, und Kandidat_innen in Privatsolvenz ausgeschlossen werden. Die Zahl der Geschäftsführer_innen oder Aufsichtsräte mit Familienzugehörigkeit kann begrenzt werden und auch für die Wahl selbst können Vorgaben gemacht werden. Zusätzlich können bestimmte, konkrete Qualifikationen verlangt werden wie Sprachkenntnisse oder berufliche Fachgebiete.

Für alle Vorgaben im Gesellschaftsvertrag gilt allerdings: sie sollten gelegentlich auf ihre Zulässigkeit überprüft werden, da auch Klauseln, die bei Vertragsabschluss zulässig sind, zu einem späteren Zeitpunkt nichtig sein können, wenn sie dann als sittenwidrig eingestuft werden, wie erst unlängst vom OGH entschieden.

1 Einleitung

1.1 Ausgangssituation und Problemstellung

Obwohl Familienunternehmen die österreichische Wirtschaft dominieren und je nach Berechnungsart im Jahr 2019 63-67% der Erwerbstätigen beschäftigten,¹ gibt es keine allgemein gültige, rechtliche Definition eines Familienunternehmens. Laut Vorschlag der Europäischen Union gelten zum Beispiel auch Einzelunternehmer_innen und Selbstständige als Familienunternehmen.² Die Wirtschaftskammer Österreich verwendet bevorzugt eine engere Definition und bezeichnet nur Unternehmen mit mehr als einer_einem Beschäftigten als Familienunternehmen.³ Die häufigste Rechtsform von Unternehmen in Österreich ist das Einzelunternehmen, welches von einer einzigen natürlichen Person gegründet und geführt wird.⁴ Mit Abstand die bedeutendste Kapitalgesellschaftsform ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH),⁵ welche die Notwendigkeit der Bestellung einer Geschäftsführung mit sich bringt und auf welche in dieser Arbeit fokussiert wird.

Als GmbH organisierte Familienunternehmen sind dadurch gekennzeichnet, dass zwischen Familienmitgliedern nicht nur private, verwandtschaftliche Beziehungen bestehen, sondern dass die Familienmitglieder, oder ein Teil von ihnen, auch Gesellschafter_innen, also wirtschaftliche Besitzer_innen eines Unternehmens sind, und sie zusammen das Unternehmen beherrschen.⁶ Zu diesen zwei Bereichen Familie und Gesellschafter_in kommt noch das Unternehmen selbst hinzu. Dadurch ergeben sich unterschiedliche Überschneidungsmengen und Komplexitäten, mit denen sich ein Familienunternehmen, und dadurch die dahinterstehende Familie auseinandersetzen sollte.

Die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander beeinflussen gelegentlich unternehmerische Entscheidungen, da sich Privates oft nicht zu 100% von Unternehmerischem trennen lässt und Emotionen ins Spiel kommen.⁷ Dies kann zu Konflikten führen, sowohl im privaten

¹ *Gavac/Heckl/Petzlberger* (KMU Forschung Austria), Familienunternehmen in Österreich 2019 (2020) 5.

² *European Commission*, Family business - Common European definition of a family business, <ec.europa.eu/growth/smes/supporting-entrepreneurship/family-business_en> (22.12.2021).

³ *Gavac/Heckl/Petzlberger* (KMU Forschung Austria), Familienunternehmen in Österreich 2019 (2020) 2.

⁴ Wirtschaftskammern Österreich, Anzahl der Kammermitglieder nach Rechtsform. Quartalsstatistik 2. Quartal 2021 (2021).

⁵ Wirtschaftskammern Österreich, Anzahl der Kammermitglieder nach Rechtsform. Quartalsstatistik 2. Quartal 2021 (2021).

⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 2/3ff.

⁷ *Lueger/Suchy*, Krisenentscheidungen: Die Transformation eines Familienunternehmens, in *Lueger/Frank*, Wie erfolgreiche Familienunternehmen handeln. Good Practice Fallanalysen (2012), 50.

Bereich als auch im Unternehmen.⁸ Im Zentrum des Unternehmens, und dadurch auch im Zentrum möglicher Konflikte, steht die Gesellschafter_innen-Geschäftsführung, welche sowohl Familienzugehörigkeit, als auch Gesellschafter_innenstellung und Geschäftsführungsposition in Einklang bringen muss. Im weiteren Sinne trifft das auch auf Familienmitglieder im Aufsichtsrat zu. Vor allem wenn es um die Nachfolge von geschäftsführenden Gesellschafter_innen geht, braucht es rechtzeitig eine rechtlich klare Vorsorge,⁹ da nicht jedes Familienmitglied geeignet ist, diese Organfunktion einer GmbH zu bekleiden. Es kann daher in Betracht gezogen werden vertraglich festzulegen, welche Familienmitglieder im Unternehmen welche Rollen übernehmen dürfen, und unter welchen Voraussetzungen. Als Möglichkeiten für Einschränkungen und Vorgaben kommen unter anderem Gesellschaftsvertrag, Syndikatsvertrag und Familienverfassung in Frage. Hier gilt es, die gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im GmbH-Gesetz zu beachten. Die Bestellung der Geschäftsführung ist in § 15 GmbHG geregelt, dessen Abberufung in § 16. Laut § 29 GmbHG ist ein Aufsichtsrat für eine GmbH nur in bestimmten Fällen verpflichtend, kann aber im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Bestellung und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern sind in §§ 30b und 30c GmbHG geregelt. Diese gesetzlichen Vorgaben geben wenig oder keine Hinweise darauf, welche Familienmitglieder sich eignen, diese Organfunktionen zu übernehmen. Es liegt in der Hand der Gesellschafter_innen, hier Regelungen zu schaffen, da die eigentliche Bestellung und Abberufung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat in der Generalversammlung der GmbH erfolgt, welche wiederum an den Gesellschaftsvertrag gebunden ist. Zusätzlich zum fixen Rahmen im GmbH-Gesetz bietet der Gesellschaftsvertrag, vorausgesetzt der Zustimmung der Gesellschafter_innen, einige Gestaltungsfreiheit. Es stellt sich also die Frage, welche konkreten Gestaltungsoptionen der Gesellschaftsvertrag, auf den in dieser Arbeit fokussiert wird, beinhalten kann, um Organbesetzung durch Familienmitglieder vorausschauend zu regeln. Schlussendlich bedeutet Organbesetzung durch Familienmitglieder nicht nur Einfluss im Unternehmen, sondern auch Verantwortung, begleitet von Konfliktpotential.

⁸ *Kemle/Schmidt-Stein*, Familienunternehmen: Wenn sich Privates und Geschäftliches vermischen, Markt und Mittelstand 2018, 9.

⁹ *Kalss*, Planung einer Unternehmensübergabe: Vorüberlegungen zur rechtlichen Gestaltung in *Lueger/Frank*, Wie erfolgreiche Familienunternehmen handeln. Good Practice Fallanalysen (2012), 138.

1.2 Strukturierung des Problems und Abgrenzung der Arbeit (Scope)

Da eine Betrachtung aller Gestaltungsoptionen und Einflussfaktoren den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, wird auf einen Teilbereich fokussiert und andere Bereiche der Vollständigkeit halber nur am Rande erwähnt:

	Teil dieser Arbeit	Nicht Teil dieser Arbeit
Gesellschaftsform / Organisationsform	GmbH	AG, OG, KG, GesBR, e.U., Konzerne, Privatstiftung...
Organe	Geschäftsführung, Aufsichtsrat	Beirat, Generalversammlung nur indirekt
Regelungsmöglichkeiten	Gesellschaftsvertrag	Syndikatsvertrag, Familienverfassung

Abbildung 1: Abgrenzung der Arbeit

Bei Beschlussfassungen der Gesellschafter_innen, welche zu Änderungen im Firmenbuch führen, wird der Zeitraum zwischen Beschluss und Eintrag ins Firmenbuch nicht betrachtet. Außer Acht gelassen wird auch ein mögliches Anstellungsverhältnis der Geschäftsführung mit der GmbH.

1.3 Zielformulierung

Aus der Problemstellung und der Abgrenzung der Arbeit ergibt sich folgende Forschungsfrage:

Welche rechtlichen Rahmenbedingungen gibt es für GmbHs im Familienbesitz für die Bestellung von Familienmitgliedern als Geschäftsführer_innen und als Aufsichtsratsmitglieder und welche Gestaltungsoptionen bietet der Gesellschaftsvertrag?

Folgende Unterfragen werden dazu behandelt:

- Welche Vorgaben ergeben sich aus dem GmbH-Gesetz?
- Welche Regelungen sind laut Judikatur (nicht) zulässig?
- Wie kann der Gesellschaftsvertrag dahingehend gestaltet werden (Gestaltungsoptionen)?

Ziel dieser Masterarbeit ist es, Familienunternehmen eine Orientierungshilfe darüber zu bieten, welche Gestaltungsoptionen im Gesellschaftsvertrag möglich sind, um Organbesetzung durch Familienmitglieder vorausschauend zu regeln und Konflikte möglichst zu vermeiden.

1.4 Methoden und Forschungsdesign

Bei dieser Masterarbeit handelt es sich hauptsächlich um eine Literaturarbeit. Gesetze, Judikatur, Literatur und reale Gesellschaftsverträge werden herangezogen. Dabei liegt der Fokus auf Österreich. Erste Grundlage dieser Masterarbeit sind Gesetzestexte, vor allem das GmbH-Gesetz (GmbHG), wo relevant auch das Unternehmensgesetzbuch (UGB – hier hauptsächlich Buch 1 und 3) und das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB). Vor allem bei der Betrachtung des Aufsichtsrates wird als Vergleich das Aktiengesetz (AktG) herangezogen.

Im nächsten Schritt wird relevante Judikatur, sowohl Rechtssätze als auch Entscheidungstexte, gesucht. In Folge wird die wissenschaftliche Lehrmeinung in der Literatur betrachtet. Zuletzt werden reale Gesellschaftsverträge von österreichischen GmbHs in Familienbesitz eingesehen und darauf basierend eigene Beispiele für Gestaltungsmöglichkeiten zur Organbesetzung entworfen und deren Zulässigkeit diskutiert.

2 Familienunternehmen als GmbHs und deren Organe

2.1 Besonderheiten eines Familienunternehmens

2019 gab es laut KMU Forschung Austria in Österreich 157.000 Familienunternehmen mit mehr als 1,8 Millionen Mitarbeitenden, diese bilden das Rückgrat der österreichischen Wirtschaft.¹⁰ In der Literatur finden sich allerdings unterschiedliche Definitionen für Familienunternehmen. Zentrales Kennzeichen ist, dass die Familie(n) einen bestimmenden Einfluss ausüben, das Unternehmen beherrschen, und das Unternehmen zum Wohle kommender Generationen erhalten wird.¹¹ "Familienunternehmen" ist kein Rechtsbegriff, es knüpfen keine bestimmten Rechte oder Pflichten daran.¹² Rechtliche Konsequenzen ergeben sich hauptsächlich aus der Wahl der Organisationsform des Familienunternehmens. "Familie" selbst hat der österreichische Gesetzgeber in §§ 40ff ABGB definiert, wichtig ist auch § 137 Abs 1 ABGB, die Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern. Diese ist wechselseitig und nicht auf die Versorgung Minderjähriger beschränkt. Daraus ergibt sich ein besonderes Maß an Treuepflicht in Familienunternehmen.¹³

Abgesehen von rechtlichen Verpflichtungen bringt die enge Verbindung von Familie und Unternehmen in Familienunternehmen spezielle Chancen und Vorteile mit sich. Dazu gehören Schnelligkeit und Flexibilität bei Entscheidungen, nachhaltiges Denken und langfristige Perspektiven von Investitionen zum Erhalt des Vermögens, auch kann die Familie selbst als Resource gesehen werden.¹⁴ Genau diese Nähe zur Familie stellt gleichzeitig die größte Herausforderung für diese Unternehmen dar. Familie und Unternehmen lassen sich nicht zu 100% trennen. Die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander beeinflussen unternehmerische Entscheidungen, Emotionen kommen ins Spiel, allzu oft führt dies zu privaten und unternehmerischen Konflikten.¹⁵ Dieses Konfliktpotential wird oft durch die familiäre Situation weiter verschärft, vor allem wenn es um das Thema der Nachfolge in der Geschäftsführung geht.¹⁶

¹⁰ Gavac/Heckl/Petzlberger, Familienunternehmen in Österreich 2019, 4.

¹¹ ZB Gavac/Heckl/Petzlberger, Familienunternehmen in Österreich 2019, 2; Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 2/1ff; Neumüller, Family Compliance: Der erfolgreiche Umgang mit einer Familienverfassung (2020) 34; Bankhaus Carl Spängler & Co. Aktiengesellschaft/INTES Akademie für Familienunternehmen GmbH, Österreichischer Governance Kodex für Familienunternehmen (2017) 5.

¹² Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 2/1.

¹³ Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 2/48.

¹⁴ Mandl, Overview of Family Business Relevant Issues - Final Report (2008) 56f und 66; Neumüller, Familienverfassung, 71; Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 2/51 und Rz 5/158.

¹⁵ Lueger/Suchy in Lueger/Frank, Erfolgreiche Familienunternehmen, 50; Kemle/Schmidt-Stein, Markt und Mittelstand 2018, 9.

¹⁶ Neumüller, Familienverfassung, 35; Mandl, Family Business Relevant Issues, 94f.

Die unterschiedlichen, teils überlappenden Systeme, die es in einem Familienunternehmen gibt, wurden von *Tagiuri* und *Davis* grafisch im Drei-Kreis-Modell des Familienunternehmens, welches Familie (Family), Unternehmen (Business) und Eigentum (Ownership) abbildet (Abbildung 2), dargestellt.¹⁷ Im Zentrum des Drei-Kreis-Modells, und dadurch auch im Zentrum möglicher Konflikte, steht die Gesellschafter_innen-Geschäftsführung, ähnliches gilt für Familienmitglieder im Aufsichtsrat, welche auch allen drei Sphären angehören. Es ist eine besondere Herausforderung, diese drei Interessengebiete "unter einen Hut" zu bringen. Daher ist es ratsam, rechtzeitig eine rechtlich klare Vorsorge darüber zu treffen, welche Voraussetzungen eine Person erfüllen muss, um in diese Organfunktionen bestellt werden zu dürfen.¹⁸ Hier Konflikte zu vermeiden, oder zu bewältigen, ist für ein langfristiges, wirtschaftlich erfolgreiches Bestehen eines Unternehmens unabdinglich.¹⁹ Im Weiteren liegt der Fokus dieser Arbeit auf GmbHs, da diese die häufigste Form einer Kapitalgesellschaft in Österreich ist. Wie im nächsten Kapitel erläutert, bietet diese Gesellschaftsform entscheidende Vorteile für Familienunternehmen.

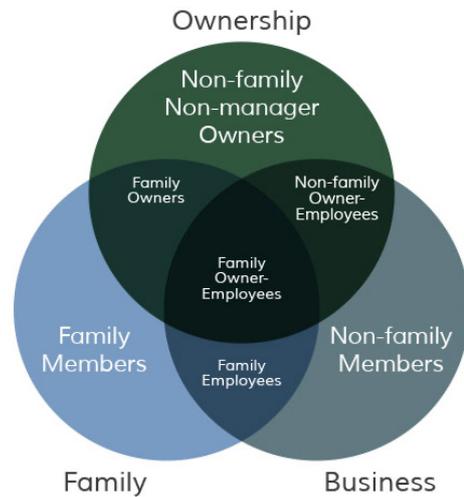


Abbildung 2: Drei-Kreis-Modell des Familienunternehmens von *Tagiuri* und *Davis*.

Quelle: <https://johndavis.com/how-three-circles-changed-the-way-we-understand-family-business/> (Stand 18.03.2018)

2.2 Vorteile einer GmbH für Familienunternehmen

Es gibt eine Palette an möglichen Gesellschaftsformen für Familienunternehmen, hauptsächlich relevant sind Personen- und Kapitalgesellschaften. Die Gesellschafter_innen von Personengesellschaften wie GesbR oder OG sind zwingend in die Leitung des Unternehmens eingebunden und haften persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten, die Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung ist stark eingeschränkt.²⁰ In Kapitalgesellschaften wie AG und GmbH können Anteile grundsätzlich frei übertragen werden, die Leitung durch Fremdorganschaft ist möglich, und Gesellschafter_innen haften nicht mit ihrem persönlichen Vermögen, müssen aber Stammkapital einbringen.²¹

¹⁷ *Tagiuri/Davis*, Bivalent Attributes of the Family Firm, *Family Business Review* 1996, 199; *Davis*, How Three Circles Changed the Way We Understand Family Business, <www.cfeg.com/insights_research/how-three-circles-changed-the-way-we-understand-family-business> (18.03.20).

¹⁸ *Kalss* in *Lueger/Frank*, Erfolgreiche Familienunternehmen, 138.

¹⁹ *Lueger/Suchy*, in *Lueger/Frank*, Erfolgreiche Familienunternehmen 33.

²⁰ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 89.

²¹ *Ratka* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 13 und 48.

Gerade für Familienunternehmen scheint die GmbH speziell geeignet, sie vereint wesentliche Vorteile von Personen- und Kapitalgesellschaften. Wie der Name schon sagt, ist die Haftung beschränkt, nämlich auf das eingebrachte Stammkapital. Im Vergleich zur AG trifft in der GmbH aber die Generalversammlung, also die Eigentümerversammlung alle wichtigen Entscheidungen. Sie bestellt nicht nur die Geschäftsführung, sondern kann dieser auch Weisungen erteilen und sie jederzeit abberufen (§§ 15, 20 und 16 GmbHG). Die Geschäftsführung kann sowohl mit Gesellschafter_innen als auch mit Fremdgeschäftsführer_innen besetzt werden, um das Tagesgeschäft zu führen. Die mittel- bis langfristige Planung bleibt in der Hand der Gesellschafter_innen, also der Familie.²² Da das GmbH-Recht weitgehend dispositiv ist, können im Gesellschaftsvertrag individuelle Regelungen getroffen werden, um den Bedürfnissen der jeweiligen Familie gerecht zu werden, solange keine Grundprinzipien oder zwingendes Recht verletzt werden, wie Minderheitsrechte oder Gläubigerrechte. Dazu der OGH: „Das österreichische GmbH-Recht ist vorwiegend von dem Prinzip der Vertragsfreiheit geprägt.“²³ Selbst wenn ein Aufsichtsrat eingerichtet ist, bleibt die Generalversammlung oberstes Organ und kann Beschlüsse des Aufsichtsrats außer Kraft setzen, auch bei Bestehen eines Aufsichtsrats hat also die Familie das letzte Wort.²⁴ In Folge werden die soeben genannten Organe, deren Bestellung und Pflichten näher betrachtet.

2.3 Organe einer GmbH

Eine GmbH ist zwar rechtsfähig, da sie eine juristische Person ist, sie braucht aber Organe bestehend aus natürlichen Personen, um handlungsfähig zu sein.²⁵ Während in Personengesellschaften die Gesellschafter_innen die Organe dominieren, setzt die GmbH als Kapitalgesellschaft auf Fremdorganschaft: mit Ausnahme der Generalversammlung können alle Organe mit Nicht-Gesellschafter_innen besetzt werden.²⁶ Es wird hauptsächlich zwischen drei Arten von Organen unterschieden:²⁷

1. *Generalversammlung* der GmbH als „oberstes“ Willensbildungsorgan (§§ 34ff GmbHG), bestehend aus allen Gesellschafter_innen;
2. *Geschäftsführer_innen* als Geschäftsführungsorgan (§§ 15ff GmbHG) zur Leitung und Vertretung der GmbH;

²² *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 13/9.

²³ OGH 10.12.1975, 8 Ob 253/75; *Nowotny*, Gesellschaft mit beschränkter Haftung in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 4/129 (Stand 1.6.2017, rdb.at); *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 36 (Stand 1.11.2018, rdb.at).

²⁴ *Fritz*, Die GmbH in der Praxis⁴ (2019) Rz 299; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 30j Rz 20.

²⁵ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 15 Rz 3.

²⁶ *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 108.

²⁷ ZB *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 108; *Rauter* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 47.

3. *Aufsichtsrat* als Aufsichtsorgan (§§ 29ff GmbHG) zur Überwachung der Geschäftsführung, zwingend für größere GmbHs, fakultativ für kleine.

2.3.1 Generalversammlung

Die Gemeinschaft aller Gesellschafter_innen wird als Generalversammlung bezeichnet, sie ist das oberste Organ einer GmbH und fällt grundlegende Beschlüsse, entweder in Versammlungen oder schriftlich (§ 34 GmbHG). Die Generalversammlung oder einzelne Gesellschafter_innen sind aber nicht vertretungsbefugt.²⁸ Laut § 35 GmbHG fallen in die *Zuständigkeit* der Generalversammlung zB Prüfung und Feststellung von Jahresabschluss; Entscheidung über Gewinnverwendung, Nachschüsse, Prokura, Ersatzansprüche gegen Geschäftsführung und Aufsichtsratsmitglieder; Entlastung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat; Zustimmung zu großen Investitionen; des Weiteren Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung (§§ 15 und 16 GmbHG) und des Aufsichtsrats (§ 30b GmbHG); Änderung des Gesellschaftsvertrages (§§ 49f GmbHG) und Weisungen und Beschränkungen der Geschäftsführung (§ 20 GmbHG).²⁹ Diese Kompetenzen können im Gesellschaftsvertrag erweitert oder reduziert werden (§ 35 Abs 2 GmbHG).

Stimmrechte entsprechen, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, dem Anteil am Stammkapital; soll jemandem ein Vorteil aus einem Beschluss entstehen, ist diese Person allerdings nicht stimmberechtigt (§ 39 GmbHG). Eine Ausnahme stellt die Bestellung eines_einer Gesellschafter_in in die Geschäftsführung oder den Aufsichtsrat dar, wo das Stimmrecht der zur Wahl stehenden Person nicht eingeschränkt ist (§ 39 Abs 5 GmbHG). Für die meisten Beschlüsse reicht eine einfache Mehrheit (§ 39 Abs 1 GmbHG). Satzungsänderungen (§ 50 Abs 1 GmbHG) und Abberufung von Aufsichtsräten (§ 30b Abs 3 GmbHG) bedürfen 3/4 der Stimmen. Davon abgegrenzt sind nach hM Eingriffe in *Kernbereiche*³⁰ der Mitgliedschaft der Gesellschafter_innen wie zB Umwandlung einer gewinnorientierten GmbH in eine gemeinnützige, welche die Zustimmung aller Betroffenen erfordern (§ 50 Abs 4 GmbHG).³¹ Zur Abberufung der Gesellschafter_innen-Geschäftsführung ist für die nötigen Stimmmehrheit entscheidend, ob und wie diese Position im Gesellschaftsvertrag verankert ist (zB Sonderrecht auf Geschäftsführung).³²

²⁸ So schon OGH 12.08.1981, 6 Ob 5/81, NZ 1983, 40.

²⁹ Ein Überblick der Aufgaben findet sich zB bei *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 137ff.

³⁰ *Huber*, Kernbereichslehre, in RDB Keywords (Stand 15. 02. 2022, rdb.at).

³¹ *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² (2021), Rz 1.104 (Stand 1.4.2021, rdb.at).

³² *Horn/Robertson*, Aspekte der Beseitigung des Sonderrechts auf GmbH-Geschäftsführung, *ecolex* 2013, 885.

Prinzipiell gilt laut OGH analog zu AGs, dass „ein Aktionär nicht verpflichtet ist, sein Stimmrecht allein zum Wohl der Gesellschaft auszuüben, sondern vielmehr im Rahmen der Grundsätze von Treu und Glauben und der guten Sitten eigene Interessen verfolgen darf“ somit auch bei der Bestellung der Geschäftsführung und Aufsichtsrat.³³ Allerdings gibt es Schranken für die Stimmrechtsausübung. Hier ist vor allem die *Treuepflicht* basierend auf § 1186 ABGB Abs 1 zu nennen, welche sowohl der Gesellschaft als auch den anderen Gesellschafter_innen gegenüber gilt.³⁴ Dies kann zB die Abberufung und Neubestellung von Aufsichtsräten betreffen,³⁵ oder auch Gewinnverwendung.³⁶ Ein Syndikatsvertrag kann die Treuepflicht zusätzlich konkretisieren (siehe Kapitel 3.1.2 und ³⁷). Eine weitere Einschränkung der Stimmrechtsausübung ist der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gesellschafter_innen. Dieser ist zwar im Vergleich zum AktG im GmbHG nicht ausdrücklich festgeschrieben, wird aber laut hM bejaht, basierend auf § 1186 ABGB Abs 2, um Gesellschafter_innen vor „willkürlicher Ungleichbehandlung“ zu schützen.³⁸ Eine *Anfechtung* von Beschlüssen ist unter gewissen Voraussetzungen möglich, mehr dazu in Kapitel 3.1.1.

In Bezug auf das in Familienunternehmen besonders kritische Thema *Nachfolge* gilt für die Generalversammlung: Geschäftsanteile einer GmbH sind vererbbar und übertragbar (§ 76 GmbHG), somit auch die Organstellung als Gesellschafter_in, also Mitgliedschaft in der Gesellschaft, und Teilnahme an Generalversammlungen.

2.3.2 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung ist einerseits zuständig für die Vertretung nach außen, andererseits für die Führung der Geschäfte im Innenverhältnis, um den Gesellschaftszweck zu erreichen.³⁹ Dazu der OGH schon 1976: „... das sind Maßnahmen und Vorkehrungen organisatorischer, kaufmännischer, technischer und personeller Art, die im Interesse der Gesellschaft und des gesellschaftlichen Unternehmens erforderlich sind ...“.⁴⁰ Zwingende, gesetzlich vorgeschriebene *Pflichten* der Geschäftsführung sind zB Einberufung der Generalversammlung und Niederschrift und Weiterleitung der Beschlüsse an die Gesellschafter_innen (§§ 36 und 40

³³ OGH 25.06.2003, 9 Ob 64/03g; *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.21.

³⁴ RIS-Justiz RS0026106; *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.21; *Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 26 (Stand 1.11.2015, rdb.at); *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 7/114.

³⁵ OGH 18.02.2021, 6 Ob 155/20t und 6 Ob 140/20m.

³⁶ OGH 31.01.2013, 6 Ob 100/12t; *Reich-Rohrwig*, Beschlussunfähigkeit der GmbH-Generalversammlung, Stimmrechtsausschluss und Leiter der Generalversammlung, GesRZ 2020, 229.

³⁷ ZB *Rauter*, Die große Mauer: Treuepflicht, JAP 2021, 236.

³⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 41 Rz 30; *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.21; *Rauter* in *Rummel/Lukas*, ABGB - Kommentar⁴ § 1186 Rz 31 (Stand 1.6.2019, rdb.at).

³⁹ *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 129.

⁴⁰ OGH 15.06.1976, 4 Ob 48/76, HS 9632.

GmbHG), Berichtspflicht an den Aufsichtsrat (§ 28a GmbHG) und Vorhandensein von Rechnungswesen und internem Kontrollsystem (§ 22 Abs 1 GmbHG). Aus dem UGB ergibt sich die Pflicht zur Erstellung des Jahresabschlusses (§ 222 Abs 1). Dazu kommen öffentlich-rechtliche Verpflichtungen wie steuerliche, Anmeldungen zum Firmenbuch, usw.⁴¹ Eine detaillierte Auflistung der gesetzlich festgelegten Aufgaben findet sich zB in „Mustersammlung zum GmbH-Recht“.⁴²

Die Geschäftsführung, teilweise auch Vorstand genannt, ist im GmbHG in §§ 15-28 geregelt und zwingend: es muss mindestens ein_eine Geschäftsführer_in laut § 15 GmbHG von der Generalversammlung bestellt werden. Die *Bestellung* ist erst wirksam, wenn sie von dem_der Bestellten angenommen wird, geschäftsführende Gesellschafter_innen können auch im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben werden. Bei Bestellung eines_einer Gesellschafter_in in die Geschäftsführung unterliegt die betreffende Person keinem Stimmverbot in der Generalversammlung (§ 39 Abs 5 GmbHG). Die Abberufung erfolgt durch die Generalversammlung laut § 16 GmbHG, durch Rücktritt der Geschäftsführer_in (§ 16a GmbHG), oder durch gerichtliche Abberufung aus wichtigen Gründen (§ 16 Abs 2 GmbHG), falls die notwendigen Generalversammlungsmehrheiten nicht zustande kommen. Für geschäftsführende Gesellschafter_innen sind diese wichtigen Gründe in § 117 Abs. 1 und § 127 UGB zu finden: „grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung“. Bei im Gesellschaftsvertrag verankerten geschäftsführenden Gesellschafter_innen kann die Abbestellung im Gesellschaftsvertrag auf genau diese wichtigen Gründe beschränkt werden (§ 16 Abs 3 GmbHG).⁴³ Der Gesellschaftsvertrag bietet die Möglichkeit, wichtige Gründe näher auszuführen und auch einzuschränken, laut hM beschneidet dies allerdings nicht die gerichtliche Abberufungsmöglichkeit.⁴⁴ Sowohl für Bestellung als auch Abberufung ist grundsätzlich eine einfache Mehrheit ausreichend, auch bei Eintragung im Gesellschaftsvertrag, da dies ein formeller Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ist.⁴⁵

Besitzt ein_eine Gesellschafter_in im Gesellschaftsvertrag ein *Sonderrecht auf Geschäftsführung*, ist dessen_derer Zustimmung zur Abberufung erforderlich (§ 50 Abs 4 GmbHG), allerdings kann auch hier die Abberufung aus wichtigen Gründen gerichtlich durchgesetzt werden.⁴⁶ Die Mehrheitsverhältnisse sind für eine solche Abberufungsklage nicht entscheidend,

⁴¹ Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 18ff (Stand 1.11.2015, rdb.at).

⁴² Fritz/Wildmoser/Koch, *Mustersammlung zum GmbH-Recht*² (2015) 6.1 Theoretische Einführung 24.

⁴³ Beispiele für 'wichtige Gründe' zB bei Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 16 Rz 24.

⁴⁴ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar³ (2007) § 16 Rz 9; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 16 Rz 25.

⁴⁵ ZB Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar³ (2007) § 4 Rz 20; Ratka/Stöger/Straube/Vökl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 59 (Stand 1.8.2020, rdb.at). Anderer Meinung ist Schummer, er argumentiert, dass eine Eintragung von Geschäftsführer_innen in den Gesellschaftsvertrag materieller Satzungsbestandteil ist: Schummer, Gedanken zur Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag und dessen Abbestellung, GesRZ 1994, 124.

⁴⁶ Horn/Robertson, *ecolex* 2013, 885; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 16 Rz 29.

da sonst ohne Zustimmung des_der betroffenen Geschäftsführer_in keine Möglichkeit zur Abberufung bestehen würde.⁴⁷

Bestellung und Abberufung von Geschäftsführer_innen sind unverzüglich dem *Firmenbuch* zu melden (§ 17 GmbHG), da damit die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis einhergeht (§ 18 GmbHG). Gibt es mehr als eine_einen Geschäftsführer_in und ist im Gesellschaftsvertrag nichts anderes festgelegt, sind diese gesamtvertretungsbefugt (§ 18 GmbHG Abs 2). Auch die Art der Vertretungsbefugnis ist im Firmenbuch einzutragen (§ 11 GmbHG). Andere Einschränkung der Vertretungsbefugnis gelten nur im Innenverhältnis (§ 20 GmbHG).⁴⁸ Im Innenverhältnis spricht man gemeinhin von Geschäftsführungsbefugnis, welche laut hM analog zur Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis auch durch die Generalversammlung eingeschränkt werden kann.⁴⁹ Auch können Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung und Ressortverteilung festgelegt werden.⁵⁰

Das GmbHG setzt keine besonderen *Qualifikationen* für Geschäftsführer_innen voraus, eine Bestellung völlig ungeeigneter Personen würde aber der Treuepflicht der Gesellschafter_innen widersprechen.⁵¹ Auch wird keine Höchstdauer der Organstellung vorgegeben. Die Organstellung als Geschäftsführer_in ist nicht verknüpft mit einer Angestelltenposition der GmbH, hier handelt es sich um zwei getrennte Rechtsverhältnisse.⁵²

Der Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung ist nicht auf Bestellung und Abberufung beschränkt. Die Generalversammlung kann der Geschäftsführung Weisungen erteilen und eine Liste von zustimmungspflichtigen Geschäften festlegen, welche die Geschäftsführung binden (§ 20 GmbHG, siehe Beispielliste von *Reich-Rohrwig*⁵³), die Kompetenzen können aber auch erweitert werden.⁵⁴

Geschäftsführerhaftung: Die Geschäftsführung unterliegt der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 25 Abs 1 GmbHG). Verletzt sie diese und verschuldet sie einen Schaden, haftet sie für diesen (§§ 1293ff ABGB), da sie ihrer Bestellung zugestimmt hat und sich laut § 1299 ABGB die nötigen „nicht gewöhnlichen Kenntnisse“ zutraut. Der verwendete Sorgfaltsmaßstab ist objektiv, aber nach Unternehmensgröße und Branche anzuwenden. Der OGH

⁴⁷ OGH 02.10.1985, 3 Ob 555/85; *Umfahrer*, GmbH - Handbuch für die Praxis⁷ Rz 4.46 (Stand 1.6.2021, rdb.at).

⁴⁸ RIS-Justiz RS0059755.

⁴⁹ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 20 Rz 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 18 Rz 4.

⁵⁰ ZB *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.179.

⁵¹ *Ratka* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ 236.

⁵² RIS-Justiz RS0027940.

⁵³ *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.188.

⁵⁴ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 20 Rz 24.

formulierte es folgendermaßen: „... welche von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig üblicherweise erwartet werden kann“.⁵⁵ Basierend auf der angloamerikanischen Business Judgement Rule ist die Sorgfalt näher definiert in § 25 Abs 3 GmbHG⁵⁶ und konkretisiert durch den OGH in vier Voraussetzungen, die eine unternehmerische Entscheidung erfüllen muss, um die nötige Sorgfalt zu gewährleisten.⁵⁷ Das unternehmerische Risiko trägt immer die GmbH selbst, es gibt keine Erfolgshaftung der Geschäftsführung.⁵⁸ Alleinig anspruchsberechtigt bei zu leistendem Schadenersatz durch die Geschäftsführung ist die Gesellschaft (GmbH) selbst, nicht aber die Gesellschafter_innen, basierend auf § 10 Abs 4 GmbHG.⁵⁹

In Bezug auf *Nachfolge* gilt für die Geschäftsführungspositionen, dass sie höchstpersönlicher Natur sind und damit weder vererbbar noch übertragbar.⁶⁰

2.3.3 Aufsichtsrat

Die Funktion des Aufsichtsrates liegt in der Kontrolle der Geschäftsführung, gerade in Familienunternehmen kann dies zu einer Professionalisierung der Unternehmensleitung beitragen.⁶¹ Ein Aufsichtsrat stellt eine Überwachung der Geschäftsführung durch unabhängige Expert_innen dar, so können Impulse von außen, Vorschläge und neue Sichtweisen eingebracht werden.⁶²

Im Vergleich zur AG fehlt dem Aufsichtsrat einer GmbH die Kompetenz, die Geschäftsführung zu bestellen, eine GmbH ist allerdings auch nur unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, einen Aufsichtsrat einzurichten: bei mehr als 50 Gesellschafter_innen, wenn das Stammkapital € 70.000 überschreitet oder die Anzahl der Mitarbeitenden durchschnittlich über 300 liegt – mehr dazu in § 29 GmbHG. Ein fakultativer Aufsichtsrat ist möglich (§ 29 Abs 6 GmbHG). Zur nachträglichen Errichtung eines solchen ist nur eine einfache Mehrheit nötig (§ 50 Abs 2 GmbHG), dadurch wird eine Satzungsänderung bedingt.⁶³ Ein freiwilliger Aufsichtsrat ist also immer im Gesellschaftsvertrag verankert. Die eigentliche Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt in der Generalversammlung der GmbH durch einfache Mehrheit (§ 30b GmbHG),⁶⁴ und/oder durch Entsendungsrechte von Gesellschafter_innen, welche im Gesellschaftsvertrag verankert sein müssen (§ 30c GmbHG).

⁵⁵ OGH 17.11.1987, 3 Ob 520/86.

⁵⁶ *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25 Rz 33ff.

⁵⁷ OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w.

⁵⁸ ZB OGH 28.06.1990, 8 Ob 624/88.

⁵⁹ *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 3.

⁶⁰ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 22.

⁶¹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 13/101.

⁶² *Fritz*, Die GmbH in der Praxis⁴ (2019) Rz 295.

⁶³ *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 29 Rz 84 (Stand 20.10.2020, rdb.at).

⁶⁴ *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30 Rz 13 (Stand 20.10.2020, rdb.at).

Laut § 29 GmbHG müssen mindestens drei Mitglieder von Kapitalseite, also Gesellschafter_innenseite, bestellt werden (gewählt oder entsendet).⁶⁵ Pro zwei Mitglieder können die Arbeitnehmer_innen ein zusätzliches Aufsichtsratsmitglied nominieren (§ 110 Abs 1 ArbVG). Man spricht also von Kapitalvertreter_innen und Arbeitnehmervertreter_innen im Aufsichtsrat.⁶⁶ Insgesamt ergibt sich so eine Mindestmitgliedszahl von fünf,⁶⁷ außer es werden von Arbeitnehmer_innenseite keine Mitglieder entsandt, zum Beispiel weil kein Betriebsrat besteht.⁶⁸ Unter Umständen muss eine Geschlechterquote beachtet werden, wenn die Voraussetzungen in § 86 AktG Abs 7 zutreffen.⁶⁹ Alle Aufsichtsratsmitglieder und der_die Aufsichtsratsvorsitzende sind dem Firmenbuch zu melden (§30f und 30g).

Im GmbHG (§§ 29ff) finden sich *gesetzliche Vorgaben* zur Einschränkung des Personenkreises von potenziellen Aufsichtsräten: § 30a macht Vorgaben zur Höchstzahl an Aufsichtsratspositionen, die eine Person bekleiden darf. § 30e legt fest, dass sie nicht zugleich in der Geschäftsführung tätig sein dürfen, sie können allerdings zeitlich begrenzt als Vertreter_in in diese Funktion bestellt werden. Parallel zur Geschäftsführung ist auch eine gerichtliche Abberufung aus wichtigen Gründen möglich (§ 30b Abs 5). Für gewählte *Kapitalvertreter_innen* gilt, dass sie ihre fachliche und berufliche Qualifikation nachweisen müssen (§ 30b Abs 1a).⁷⁰ Ihre Funktionsperiode ist begrenzt (§ 30b Abs 2), eine Wiederwahl aber zulässig.⁷¹ § 30b Abs 3 ermöglicht eine vorzeitige Abberufung mit 3/4 Mehrheit in eine Generalversammlung.

Die *Rechte und Pflichten* des Aufsichtsrates finden sich in §§ 30j ff GmbHG und betreffen die Überwachung der Geschäftsführung durch Prüfung der Bücher und Berichte, und Zustimmung (oder Ablehnung) von bestimmten Geschäften. Diese und deren Betragsgrenzen können, bzw müssen, für manche Geschäfte wie Investitionen im Gesellschaftsvertrag näher festgelegt werden. Der Aufsichtsrat kann auch selbst die Liste der zustimmungspflichtigen Geschäfte erweitern (§ 30j Abs 5 Z 13), eine Generalversammlung einberufen (§ 30j Abs 4), oder die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit der Geschäftsführung vertreten (§ 30i). Er berichtet an die Generalversammlung (§ 30k GmbHG), diese oder der Gesellschaftsvertrag kann den Aufsichtsrat auch mit weiteren Pflichten und Rechten versehen (§ 30i Abs 4),⁷² diese aber nicht einschränken.⁷³ Ausgenommen davon ist die Bestellung der Geschäftsführung⁷⁴ und andere

⁶⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 30 Rz 7; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 12 (Stand 20.10.2020, rdb.at).

⁶⁶ *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30 Rz 3.

⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30 Rz 2.

⁶⁸ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 29 704.

⁶⁹ Details zB bei *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30 Rz 14/1ff (Stand 20.10.2020, rdb.at); *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 30 717.

⁷⁰ Details zB bei *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 33 843ff.

⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 30b Rz 6.

⁷² *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 29 Rz 13.

⁷³ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 29 690.

⁷⁴ OGH 21.03.2019, 6 Ob 183/18g.

den Gesellschafter_innen vorbehaltene Kompetenzen wie Änderung des Gesellschaftsvertrages, welche nicht an den Aufsichtsrat übertragen werden können.⁷⁵ Anders als in der AG kann der Aufsichtsrat von der Generalversammlung auch das Recht bekommen, Weisungen an die Geschäftsführung zu erteilen.⁷⁶ Ein fakultativer Aufsichtsrat hat die gleichen Rechte und Pflichten wie ein zwingender, das Gesetz unterscheidet hier nicht.⁷⁷ Beschlüsse werden, wenn im Gesellschaftsvertrag nicht anders festgelegt, mit einfacher Mehrheit getroffen.⁷⁸

Ein Weisungsrecht der Generalversammlung dem Aufsichtsrat gegenüber gibt es nicht, die Generalversammlung bleibt aber oberstes Organ der GmbH und kann Aufsichtsratsbeschlüsse außer Kraft setzen.⁷⁹ Teilweise befürwortet die Literatur die Zulässigkeit von Weisungen von Gesellschafter_innen an von ihnen entsandte Aufsichtsratsmitglieder, vorausgesetzt die Weisungen schaden der Gesellschaft nicht.⁸⁰

Die Sorgfaltspflicht und *Haftung* gilt für Aufsichtsratsmitglieder analog zur Geschäftsführung (§ 33 verweist auf § 25 GmbHG und damit auf §1299 ABGB), der Aufsichtsrat ist dem Wohle des Unternehmens verpflichtet, ansonsten drohen Schadensersatzforderungen durch die GmbH.⁸¹

Laut § 30g Abs 4 GmbHG kann der Aufsichtsrat *Ausschüsse* einrichten, bestehend aus Aufsichtsratsmitgliedern. Ausschüsse dienen dazu, Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten und die Ausführung von Beschlüssen zu überwachen, also zur Aufgabenaufteilung des Aufsichtsrates.⁸² Einem Ausschuss kann ein Entscheidungsrecht eingeräumt werden.⁸³ Aufsichtsräte von aufsichtsratspflichtigen Gesellschaften, die das Fünffache der Merkmale einer großen Gesellschaft laut § 221 Abs 3 UGB überschreiten, müssen verpflichtend einen Prüfungsausschuss für finanzielle Belange einrichten (§ 30g Abs 4a GmbHG).⁸⁴

Die *Nachfolge* betreffend gilt für den Aufsichtsrat, dass eine Position als Aufsichtsratsmitglied nicht direkt übertragbar oder vererbbar ist, sehr wohl aber ein persönliches Entsendungsrecht eines_einer Gesellschafter_in bei entsprechender Ausgestaltung des

⁷⁵ Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 13/118.

⁷⁶ Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn in Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.176; Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 13/117.

⁷⁷ OHG 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

⁷⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar³ (2007) § 30g Rz 21.

⁷⁹ Fritz, Die GmbH in der Praxis⁴ (2019) Rz 299; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar³ § 30j Rz 20.

⁸⁰ Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 13/122; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30g Rz 118 (Stand 1.9.2021, rdb.at).

⁸¹ OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k; Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² § 33 842.

⁸² Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 30g 779; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30g 182.

⁸³ Umfahrer, GmbH - Handbuch⁷ Rz 6.66.

⁸⁴ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30g Rz 208 (Stand 1.9.2021, rdb.at); Umfahrer, GmbH - Handbuch⁷, Rz 6.67.

Gesellschaftsvertrages.⁸⁵ Zugleich kann der_ die Gesellschafter_in auch sich selbst entsenden,⁸⁶ in Kombination entspricht das einer Art indirekter Vererbbarkeit.

2.3.4 Beirat

Wie im vorhergehenden Kapitel beschrieben, bringt ein Aufsichtsrat die mögliche Involvierung von Arbeitnehmervertreter_innen und eine Reihe anderer gesetzlicher Vorgaben mit sich, die auch für fakultative Aufsichtsräte gelten. Um dies zu umgehen, ist anstelle eines fakultativen Aufsichtsrates in manchen Gesellschaftsverträgen die Einrichtung eines Beirates, auch Verwaltungsrat, Familienrat oder Gesellschafterausschuss genannt, vorgesehen. Ein Beirat ist ein zusätzliches, freiwilliges Organ zur Unterstützung und Überwachung der Gesellschaft, welches im GmbHG nicht geregelt ist, und durch die Generalversammlung bestellt wird.⁸⁷ Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird ein Beirat nur am Rande in Kapitel 5.3 erwähnt, der Fokus liegt auf den im GmbHG beschriebenen Organen Geschäftsführung und Aufsichtsrat.

2.4 Zusammenspiel der Organe

Wie schon ausgeführt ist die Generalversammlung das oberste Entscheidungsorgan der GmbH und für *Bestellung* und *Abberufung* sowohl der Geschäftsführung als auch der Aufsichtsratsmitglieder zuständig. Die Generalversammlung kann den Aufsichtsrat zwar mit umfangreichen Kompetenzen ausstatten (§ 30I Abs 4), die Bestellung der Geschäftsführung ist hier aber ausgenommen.⁸⁸ Dazu finden sich in der Literatur aber auch Gegenmeinungen, die die Delegierungsmöglichkeit von Bestellung und Abberufung an andere Organe befürworten, vorausgesetzt grundlegende Gesellschafterrechte werden nicht beschnitten.⁸⁹

Die Generalversammlung kann nicht nur selbst *Weisungen* an die Geschäftsführung erteilen, diese Kompetenz kann auch an den Aufsichtsrat weitergegeben werden, der Umfang dieses Weisungsrechts muss allerdings genau festgeschrieben werden, um das Trennungsprinzip

⁸⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 30c Rz 2; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 30c 746.

⁸⁶ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 746.

⁸⁷ Siehe zB *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 155ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30j Rz 28f; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 29 705ff; *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 29 Rz 87.

⁸⁸ OGH 21.03.2019, 6 Ob 183/18g.

⁸⁹ ZB *Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 61; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 15 Rz 14; *Artmann/Rüffler*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts² (2020) Rz 910.

zwischen kontrollierendem und geschäftsführendem Organ nicht zu verletzen.⁹⁰ Das letzte Wort hat aber immer die Generalversammlung.⁹¹

Das erwähnte Trennungsprinzip zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat weist eine Ausnahme auf: Für einen begrenzten Zeitraum können einzelne Aufsichtsratsmitglieder unter den Voraussetzungen des § 30e Abs 2 GmbHG in die Geschäftsführung bestellt werden.

Sowohl Aufsichtsrat als auch Geschäftsführung können die Zusammensetzung der Generalversammlung nicht beeinflussen, sie können allerdings Generalversammlungen einberufen, falls dies zum Wohle der Gesellschaft notwendig ist (§§ 30j Abs 4 und 36 GmbHG) und die Geschäftsführung kann den Aufsichtsrat einberufen (§30i Abs 1 GmbHG). Zuletzt räumt § 41 Abs 3 GmbHG nicht nur Gesellschafter_innen, sondern auch der Geschäftsführung und dem Aufsichtsrat die Möglichkeit ein, gegen Generalversammlungsbeschlüsse zu klagen, also eine weitere Möglichkeit der Einwirkung auf die Generalversammlung. Hierzu bleiben einige Fragen offen, zum Beispiel wie die anderen Organe Kenntnis erlangen von den Generalversammlungsbeschlüssen,⁹² oder ob dies einer Anfechtungspflicht gleichkommt.⁹³

Die drei Organe sind also eng verknüpft, wenn auch der Gesetzgeber ein Mindestmaß an Trennung zwischen der Generalversammlung als obersten Willensbildungsorgan, der Geschäftsführung zur Leitung und Vertretung der GmbH, und dem Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan sichergestellt hat. Bestellungen in die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat haben somit Auswirkungen auch auf die jeweils anderen Organe. Das nächste Kapitel beschäftigt sich damit, wo Regelungsmöglichkeiten zur Organbesetzung verankert werden können, um (zusätzliche) Mindestkriterien für Organe festzulegen.

⁹⁰ *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 154 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 20 Rz 18; *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.176; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 20 Rz 30.

⁹¹ Details dazu in *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², Anhang § 29 ff Überschneidung der Zuständigkeiten von Aufsichtsrat und Generalversammlung.

⁹² *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) §§ 41 - 42 Rz 107.

⁹³ Übersicht der hM in *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 63 (Stand 1.8.2013, rdb.at).

3 Instrumente für Regelungsmöglichkeiten der Organbesetzung

Um die Organbesetzung in Familienunternehmen zu regeln, stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung. Am häufigsten in der Literatur beschrieben sind Gesellschaftsvertrag, Syndikatsvertrag und Familienverfassung. Sie unterscheiden sich voneinander hauptsächlich durch ihre rechtliche Verbindlichkeit und Formfreiheit (Abbildung 3). In dieser Arbeit wird mit einer Beschreibung des Gesellschaftsvertrages begonnen, welcher für eine GmbH zwingend erforderlich ist, und auf welchen auch in den folgenden Kapiteln fokussiert wird.

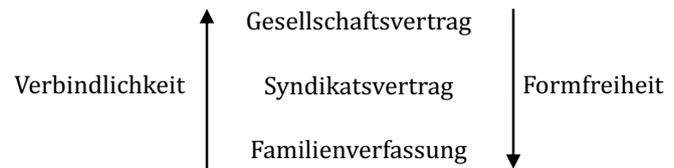


Abbildung 3: Instrumente zur Regelung der Organbesetzung

3.1.1 Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, auch Satzung genannt, regelt die Struktur der Gesellschaft, das Verhältnis der Gesellschafter_innen untereinander und zur Gesellschaft, und bindet alle Gesellschafter_innen, auch neue.⁹⁴ Laut § 3 GmbHG ist ein Gesellschaftsvertrag notwendig zur Eintragung ins Firmenbuch und damit zur Errichtung der Gesellschaft. Vor Eintragung prüft das Firmenbuchgericht den Vertrag,⁹⁵ Firmenbuch inklusive Urkundensammlung sind öffentlich (§ 9 Abs 1 UGB). § 4 GmbHG legt die Notariatsaktspflicht und den Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages fest: Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand, Stammkapital und Stammeinlagen der Gesellschafter_innen. Änderungen müssen notariell beglaubigt und im Firmenbuch eingetragen werden (§§ 49 und 51 GmbHG).

Zusätzlich zum Mindestinhalt erwähnt das GmbHG mögliche Optionen im Gesellschaftsvertrag wie Regelungen zur Bestellung von Gesellschafter_innen in die Geschäftsführung (§ 15 GmbHG), zur Vertretungsbefugnis (§ 18 Abs 2 GmbHG), Prokura (§ 28 Abs 2 GmbHG) und zum Aufsichtsrat (zB §§ 30 und 30b Abs 3 GmbHG). Auch die Bestellung eines fakultativen Aufsichtsrats ist möglich (§ 29 Abs 6 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag kann weitere Bestimmungen enthalten, vorausgesetzt diese widersprechen nicht dem GmbHG oder anderen Gesetzen (§ 4 Abs 2). Dies ermöglicht eine Anpassung der Satzung an die jeweilige Unternehmerfamilie bzw das Familienunternehmen, zum Beispiel durch die Regelung von

⁹⁴ Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 1.

⁹⁵ Umfahrer, GmbH - Handbuch⁷ Rz 3.161; Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 107.

Aufgriffsrechten oder Anteilsübertragung, aber auch Qualifikationsanfordernisse für geschäftsführende Gesellschafter_innen oder Aufsichtsräte, wie später in dieser Arbeit noch näher behandelt.⁹⁶

Prinzipiell wird im Gesellschaftsvertrag unterschieden zwischen materiellen, formellen, und indifferenten Vertragsbestandteilen. *Materielle Regelungen*, auch als korporativ, zwingend oder echt bezeichnet, sind jene, die auch für Dritte und zukünftige Gesellschafter_innen von Geltung sind und die die grundlegende Organisation der Gesellschaft betreffen.⁹⁷ Dazu gehören zB Vinkulierung, Entsendungs- und Vetorechte, Stimmrechte, freiwillige Gesellschaftsorgane wie Aufsichtsrat, Regelungen zu Gewinnbeteiligung und Sonderrecht auf Geschäftsführung.⁹⁸ Nach ständiger Rechtsprechung sind diese Regelungen nicht subjektiv nach dem Willen der Gesellschafter_innen, sondern „nach deren Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv (normativ) auszulegen“, auch in personalistischen Gesellschaften.⁹⁹ In der Literatur wird hingegen auch die Meinung vertreten, dass gerade in Familienunternehmen eine subjektive Auslegung unter Miteinbezug von äußeren Umständen wie Syndikatsvertrag zielführender wäre.¹⁰⁰ Änderungen sind in der Regel nur mit drei Viertel der Stimmen möglich (§ 50 Abs 1 GmbHG).

Formelle (unechte, individualrechtliche) Bestandteile basieren auf schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Gesellschafter_innen persönlich, binden die Gesellschaft selbst nicht, und hätten außerhalb des Gesellschaftsvertrages getroffen werden können.¹⁰¹ Die Auslegung dieser schuldrechtlichen Vereinbarungen erfolgt laut § 914 ABGB und daher bei übereinstimmenden Parteiwillen möglicherweise subjektiv, inhaltlich handelt es sich zB um Stimmbindungsverträge, Optionen zur Übertragung von Geschäftsanteilen, Bestellung von Gesellschafter_innen in die Geschäftsführung, und Beschränkung von deren Abbestellung auf wichtige Gründe.¹⁰² Zur Änderung gelten die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblichen Regelungen, nicht § 50 Abs 1 GmbHG.¹⁰³ Die wichtigsten Unterschiede zwischen materiellen und formellen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrages sind zusammengefasst in Abbildung 4.¹⁰⁴

⁹⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/9.

⁹⁷ ZB RIS-Justiz RS0108891; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/62; *Rauter* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 32.

⁹⁸ *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 39; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/63; *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 126.

⁹⁹ RIS-Justiz RS0108891.

¹⁰⁰ ZB *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/113ff; *Rauter* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 35.

¹⁰¹ *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 126ff.

¹⁰² *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 127; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/64.

¹⁰³ *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 34 (Stand 1.12.2022, rdb.at); *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 127.

¹⁰⁴ *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 4 Rz 68.

	Materiell	Formell
Wirkung auf künftige Gesellschafter_innen	Gilt für alle Gesellschafter_innen	Wirkung nur „inter partes“ - grundsätzlich nicht für künftige Gesellschafter_innen
Auslegung	Objektiv	Laut § 914 ABGB - eventuell subjektiv
Abänderung	§ 50 Abs 1 GmbHG: drei Viertel der Stimmen	Je nach Rechtsverhältnis, § 50 Abs 1 GmbHG kommt nicht zur Anwendung

Abbildung 4: Hauptunterschiede von materiellen und formellen Bestandteilen eines Gesellschaftsvertrages. Abgeleitet aus Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 4 Rz 68.

Kritisch zu dieser Unterteilung in materielle und formelle Satzungsbestandteile, und den daraus folgenden unterschiedlichen Auslegungen, äußert sich in Österreich zum Beispiel *Schamberger*,¹⁰⁵ ähnlich argumentiert *Meier* in der deutschen Literatur.¹⁰⁶

In der Literatur wird auch auf sogenannte *indifferente* Bestandteile hingewiesen, bei denen es keine eindeutige Zurechnung zu materiellen oder formellen Bestandteilen gibt, hier kommt es auf die konkrete Ausgestaltung der Regelung an, zum Beispiel bei Aufgriffsrechten.¹⁰⁷

Fehlerhafte Beschlüsse, welche gegen Gesetze oder materielle Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags verstoßen, werden oft in vier Kategorien eingeteilt: (i) anfechtbare Beschlüsse; (ii) nichtige Beschlüsse; (iii) Scheinbeschlüsse; und (iv) schwebend unwirksame Beschlüsse.¹⁰⁸ *Anfechtbare Beschlüsse* sind prinzipiell wirksam, können aber durch Klage laut § 41 GmbHG beseitigt werden.¹⁰⁹ Dazu führt der OGH aus: „Die Nichtigkeitsklage des § 41 GmbHG ist ihrem Wesen nach eine Anfechtungsklage; das ihr stattgebende Urteil ist ein Rechtsgestaltungsurteil“.¹¹⁰ Anfechtbare Beschlüsse sind laut § 41 Abs 1 Z 1 aus formellen (verfahrenstechnischen) oder § 41 Abs 1 Z 2 materiellen (inhaltlichen) Gründen anfechtbar.¹¹¹ Zu formellen Gründen zählen unter anderem Einberufungs- und Beschlussermittlungsmängel, zu inhaltlichen Mängeln die Verletzung des Gesellschaftsvertrages oder gesetzlicher Vorschriften.¹¹² Zu inhaltlichen Mängeln zählt auch eine Verletzung der Treuepflicht, diese kann

¹⁰⁵ *Schamberger*, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen (2018), 115ff.

¹⁰⁶ *Meier*, „Echte“ und „unechte“ Satzungsbestandteile – eine überflüssige Unterscheidung, ZGR 2020, 124.

¹⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 4 Rz 17; *Ettmayer/Kusznier*, Notwendig materielle Satzungsbestandteile und Syndikatsverträge – eine praktische Analyse der Rsp über die Auslegung von Gesellschaftsverträgen, RWZ 2012, 31; *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 41 (Stand 1.11.2015, rdb.at).

¹⁰⁸ ZB *Brditschka/Gratzl* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 4.35 (Stand 1.4.2021, rdb.at).

¹⁰⁹ *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 10.

¹¹⁰ RIS-Justiz RS0060124 / OGH 04.12.1957, 7 Ob 559/57; bestätigt zB in OGH 15.03.2021 6 Ob 38/21p.

¹¹¹ *Brditschka/Gratzl* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 4.38.

¹¹² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 21.

zB in einem omnilateralen Syndikatsvertrag konkretisiert sein.¹¹³ Ist eine Klage erfolgreich, ist der Beschluss ex tunc – rückwirkend – beseitigt.¹¹⁴ In manchen Fällen kann auch eine positive Beschlussfeststellungsklage zielführend sein, zB wenn die Geschäftsführung entgegen der Treuepflicht nicht entlastet wurde.¹¹⁵

Nichtige Beschlüsse sind ipso iure unverbindlich und werden in der Literatur beschrieben als solche mit strafrechtlich relevantem Inhalt, steuerrechtswidrig, oder gegen sonstige Gesetze verstoßend, bei denen eine Anfechtung nicht notwendig (aber möglich) ist, da diese Beschlüsse ohnehin rechtlich unwirksam sind.¹¹⁶ Für AGs findet sich eine gesetzliche Regelung in §§ 199 - 202 AktG, Selbiges ist im GmbHG nicht enthalten. Die Judikatur bestätigt diese Kategorie für GmbHs nicht, es wird auf anfechtbare Beschlüsse und *Scheinbeschlüsse* hingewiesen.¹¹⁷ Als Scheinbeschlüsse gelten in der Rechtsprechung jene Beschlüsse mit gravierenden Mängeln, bei denen keine rechtswirksam zustande gekommenen Gesellschafterbeschlüsse vorliegen und eine Klage nach § 41 GmbHG zur Beseitigung nicht notwendig ist, die einmonatige Frist des § 41 GmbHG also nicht gilt, und die fehlende rechtliche Wirkung mit einer Feststellungsklage geltend gemacht werden kann.¹¹⁸ Die Abgrenzung zu nichtigen Beschlüssen bleibt in der Rechtsprechung fraglich. Der Großteil der Literatur ordnet Scheinbeschlüsse den nichtigen Beschlüssen zu: die Rechtsfolgen wären die Gleichen; Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Scheinbeschlüssen und Nichtigkeit würden vermieden.¹¹⁹ Es ist allerdings auch in der Literatur strittig, welche Mängel einen Beschluss nichtig machen sollen.¹²⁰ Eine umfangreiche Diskussion nichtigkeitsbegründender Mängel findet sich zum Beispiel bei *Lindner*¹²¹ und *Enzinger*¹²².

¹¹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 31; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 47; OGH 16.02.2006 6 Ob 130/05v.

¹¹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 42 Rz 13; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 33; OGH 15.03.2021, 6 Ob 39/21k.

¹¹⁵ *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) Vorbemerkungen § 41, 42 Rz 26.

¹¹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 7; *Brditschka/Gratzl* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 4.67; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², Vorbemerkungen § 41, 42 Rz 4, 9ff.

¹¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 7.

¹¹⁸ RIS-Justiz RS0111764; RIS-Justiz RS0111607; *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, 229; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 41 - 42 Rz 19ff; Beispiele für Scheinbeschlüsse in *Rauter*, Scheinbeschluss (Gesellschaftsrecht), in RDB Keywords (Stand 11.10.2021, rdb.at).

¹¹⁹ ZB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 7ff; *Brditschka/Gratzl* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 4.80; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 41 - 42 Rz 19ff; *Lindner* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 41 865.

¹²⁰ *Lindner* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 41 Rz 14; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ (2009) § 41 508f, 515.

¹²¹ *Lindner* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 41 871ff.

¹²² *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 15ff.

(Schwebend) *Unwirksame Beschlüsse* sind rechtsfehlerfrei zustande gekommen, ihnen fehlt aber noch ein Wirksamkeitserfordernis, wie zum Beispiel bei einer Geschäftsführungsbestellung die Zustimmung der/des Bestellten.¹²³

Hauptversammlungsbeschlüsse, welche im Einzelfall materiellen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrages widersprechen, werden auch als *Satzungsdurchbrechung* bezeichnet.¹²⁴ Entfallen diese keine dauerhafte Wirkung, spricht die Literatur oft von *punktuellen Satzungsdurchbrechungen*, welche als wirksam angesehen werden, wenn sie nicht erfolgreich angefochten werden.¹²⁵ Im Vergleich dazu bedürfen dieser Einteilung nach sogenannte zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen mit dauerhafter Wirkung einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages.¹²⁶ Auf formelle Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages trifft dies nicht zu, da diese schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen den jeweiligen Vertragspartnern geändert oder aufgehoben werden müssen.¹²⁷

3.1.2 Syndikatsvertrag

Ein Syndikatsvertrag ist eine schuldrechtliche Ergänzung und Spezifizierung des Gesellschaftsvertrages zwischen den Gesellschafter_innen, ohne in die Organisation der Gesellschaft selbst einzugreifen, er bindet also die Gesellschaft selbst nicht.¹²⁸ Er kann zwischen einigen oder allen Gesellschafter_innen geschlossen werden und bietet weitgehende Gestaltungsfreiheit.¹²⁹ Das Interesse einzelner Gesellschafter_innen wird dem Wohl der Gesellschaft untergeordnet und effizientere Entscheidungs- und Stimmbildungsprozesse verankert – daher oft auch die Bezeichnung Stimmbindungsvertrag.¹³⁰ Hauptfunktion von Syndikatsverträgen bei Familienunternehmen ist der Erhalt des Familieneigentums.¹³¹

Im Vergleich zum Gesellschaftsvertrag wird ein Syndikatsvertrag nicht in die Urkundensammlung des Firmenbuches aufgenommen und unterliegt nicht der Publizitätsanforderung (§§ 11

¹²³ *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 84; *Brditschka/Gratzl* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 4.79.

¹²⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 49 Rz 8; *Rauter*, Satzungsdurchbrechung, in RDB Keywords (Stand 11.10.2021, rdb.at).

¹²⁵ ZB *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/85; *Obradović*, Die Teilung eines Geschäftsanteils bei fehlender Regelung im Gesellschaftsvertrag, GesRZ 2012, 333; *Feltl*, Neues zur Satzungswidrigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, eolex 2015, 300. Eine Übersicht der Literaturmeinung und Diskussion findet sich in *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 58ff.

¹²⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/89ff. Mehr dazu auch in Kapitel 4.2.2.2.

¹²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 4 Rz 20.

¹²⁸ RIS-Justiz RS0079236; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/77; *Berger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 4 Rz 49.

¹²⁹ *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 71f; *Völkl*, Nebenvereinbarung, in RDB Keywords, (Stand 11.10.2021, rdb.at).

¹³⁰ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/59ff.

¹³¹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/13.

und 9 Abs 2 GmbHG).¹³² Die gewünschten Regeln könnten zwar auch in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, um nicht nur schuldrechtliche, sondern gesellschaftsrechtliche Wirkung zu erlangen, wären dort aber nicht geheim.¹³³ Dieser Ausschluss der Öffentlichkeit stellt einen wesentlichen Vorteil des Syndikatsvertrages dar, eine Kontrolle durch das Firmenbuchgericht ist ausgeschlossen.¹³⁴ *Kalss/Probst* fassen die Vorteile wie folgt zusammen: „mangelnde Öffentlichkeit, Gestaltungsfreiheit, Formfreiheit, Flexibilität, Rechtsformunabhängigkeit, Konzernbezogenheit“.¹³⁵

Nachteile von Regelungen in einen Syndikatsvertrag im Vergleich zum Gesellschaftsvertrag zeigen sich vor allem bei Gesellschafterwechsel. Hier kann es zu Rechtsunsicherheit kommen, da neue Gesellschafter_innen nicht automatisch Parteien des Syndikatsvertrags sind.¹³⁶ Getroffene Regelungen wirken außerdem nicht direkt auf die Gesellschaft ein,¹³⁷ sondern indirekt über das Stimmverhalten der gebundenen Gesellschafter_innen in der Generalversammlung.

Laut RIS-Justiz RS0059854 ist eine Stimmabgabe in der Generalversammlung, welche den Syndikatsvertrag verletzt, prinzipiell als wirksam anzusehen.¹³⁸ Allerdings kann ein Syndikatsvertrag unter Umständen auf den Gesellschaftsvertrag durchschlagen, wenn er die Treuepflicht der Gesellschafter_innen konkretisiert, vor allem bei einem omnilateralen Syndikatsvertrag zwischen allen Gesellschafter_innen.¹³⁹ Bei einem Syndikatsvertrag zwischen den zwei einzigen Gesellschafter_innen ist diese Treuepflicht als noch stärker anzusehen.¹⁴⁰ Mit einer Unterlassungsklage kann man einer drohenden Verletzung dieser Treuepflicht vorbeugen, auch Schiedsvereinbarung oder Konventionalstrafen tragen zu einem syndikatsvertragskonformen Stimmverhalten bei.¹⁴¹ Kommt es jedoch zu einer treuwidrigen Stimmabgabe, muss man Widerspruch zu Protokoll geben und den resultierenden Generalversammlungsbeschluss anfechten (§ 41 Abs 2 GmbHG), auch können die Syndikatspartner auf Schadenersatz

¹³² *Kalss*, Wie sichtbar muss ein Syndikatsvertrag sein? in *Harrer/Rüffler/Schima*, Die GmbH – FS Hans-Georg Koppensteiner zum 80. Geburtstag (2016) 155.

¹³³ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/76.

¹³⁴ *Schmidberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 4 Rz 159; *Kalss/Probst*, Syndikatsverträge in Familienunternehmen – rasch überprüfen! GesRZ 2015, 154.

¹³⁵ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/15.

¹³⁶ *Fell/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 71; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/20 und 4/140ff.

¹³⁷ RIS-Justiz RS0079236.

¹³⁸ *Berger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 4 Rz 50.

¹³⁹ RIS-Justiz RS0079236; OGH 18.02.2021, 6 Ob 140/20m; *Walch*, Verstoß gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag als Anfechtungsgrund eines Gesellschafterbeschlusses, GES 2015, 159; *Welser*, „Durchschlagen“ der erfolgreichen Anfechtung eines Beschlusses über die Abberufung eines Aufsichtsrats wegen Treuwidrigkeit auf Nachfolge-Bestellungsbeschlüsse, *ecolex* 2021, 445.

¹⁴⁰ OGH 18.02.2021, 6 Ob 155/20t; *Welser*, Treuepflichten nach beidseits unerkanntem Erlöschen eines Entsendungsrechts: „So geht man mit einem langjährigen Geschäftspartner nicht um“, *ecolex* 2021, 443.

¹⁴¹ RIS-Justiz RS0117682; *Nierlich*, Syndikatsvertrag und Beschlussanfechtung: Zusammenspiel von Gesellschafts- und Syndikatsvertrag, *NetV* 2020, 48.

geklagt werden.¹⁴² Der Nachweis, aber auch die genaue Quantifizierung des Schadens bereitet allerdings Schwierigkeiten, da eine Rückgängigmachung und die Wiederherstellung des vorherigen Zustands meist nicht möglich ist und daher ein Schätzwertes des Vermögens der_ des Geschädigten ohne Schaden herangezogen werden muss.¹⁴³

In Bezug auf Regelungen der Organbesetzung bedeutet das, dass diese in einem Syndikatsvertrag getroffen werden können und so geheim sind. Gebunden sind dadurch aber die Gesellschafter_innen untereinander und nicht die Gesellschaft selbst, solche Regelungen müssen schuldrechtlich durchgesetzt werden.

3.1.3 Familienverfassung

Für den Begriff Familienverfassung (auch als Familiencharta bezeichnet) gibt es wie schon für das Familienunternehmen selbst keine endgültige Definition, auch in der Rechtsordnung ist diese nicht verankert.¹⁴⁴ Oft wird die Gesamtheit aller Vertragswerke und Regeln rund um ein Familienunternehmen als Familienverfassung bezeichnet und beinhaltet daher auch den zuvor beschriebenen Gesellschaftsvertrag und Syndikatsvertrag.¹⁴⁵ Im Folgenden wird auf diese nicht noch einmal eingegangen sondern ein kurzer Überblick über die Familienverfassung präsentiert, welche der Definition laut *Neumüller* folgt: „Eine Familienverfassung ist also eine schriftlich niedergelegte, langfristige Strategie einer Unternehmerfamilie, die die Interessen von Familie, Unternehmen und Gesellschaftern sorgfältig abwägt und mit klaren Strukturen den Geschäftsbetrieb und den familiären Zusammenhalt fördern und sichern soll.“¹⁴⁶ In dieser Definition sind nicht nur rechtliche, sondern auch wertorientierte, moralische Komponenten enthalten.¹⁴⁷ Die Familienverfassung ist also der weiteste, meist verschriftlichte Rahmen in einem Familienunternehmen und beschreibt gemeinsame Werte der Familie über mehrere Generationen hinweg, Konfliktmanagement, und oft auch Vermögensverwaltung, Unternehmensführung und Rechtsnachfolge. Sie sollte gemeinsam erarbeitet werden und Grundprinzipien zum Zusammenwirken von Familie und Unternehmen festlegen, damit ist sie ein wesentliches Instrument zur Konfliktvermeidung.¹⁴⁸ Die Familienverfassung selbst ist laut hM kein rechtlicher Vertrag, bei Missachtung der Familienverfassung gibt es daher keine Rechtsfolgen, es wird auf private Selbstregulierung auf Basis interner Regelsetzung gesetzt, mit

¹⁴² OGH 16.02.2006, 6 Ob 130/05v; OGH 09.05.2007, 9 Ob 138/06v; *Rauter*, Stimmbindungsvertrag, in RDB Keywords (Stand 11.10.2021, rdb.at).

¹⁴³ § 1323 ABGB; OGH 31.01.2013, 6 Ob 244/12v; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/159ff.

¹⁴⁴ *Schauer*, Familienverfassung, GesRZ 2021, 139; *Neumüller*, Familienverfassung, 47ff.

¹⁴⁵ *Kalss/Probst*, Die Familienverfassung als Grundlage eines Familienunternehmens, VWT 2013, 162; *Schauer*, GesRZ 2021, 139.

¹⁴⁶ *Neumüller*, Familienverfassung, 50.

¹⁴⁷ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 3/23.

¹⁴⁸ *Kalss/Probst*, VWT 2013, 162.

hauptsächlich sozialen Konsequenzen.¹⁴⁹ Die genaue Ausführung ist aber entscheidend, so könnte sie zB auch einen Rahmenvertrag darstellen.¹⁵⁰ Sie kann auch indirekt rechtlich verbindlich werden, wenn Regelungen zB in einen Syndikatsvertrag oder Gesellschaftsvertrag übernommen werden.¹⁵¹ Kürzlich argumentierte *Kalss*, dass eine Familienverfassung analog zum Syndikatsvertrag zur Konkretisierung von Treuepflichten beitragen könnte, diese Ansichtswiese ist aber von der Judikatur nicht bestätigt.¹⁵²

Regelungen zur Organbesetzung können also in eine Familienverfassung aufgenommen werden, sind dort aber eher als Leitlinien zu verstehen, ohne direkte rechtliche Verbindlichkeit.

¹⁴⁹ *Hueck*, Die Familienverfassung: rechtliche Konturen eines Instruments der Governance in Familienunternehmen (2017) 73f; *Neumüller*, Familienverfassung, 114ff.

¹⁵⁰ *Kalss*, Die Familienverfassung, GesRZ 2022, 107.

¹⁵¹ Details zB bei *Neumüller*, Familienverfassung (2020) 91ff.

¹⁵² *Kalss*, GesRZ 2022, 107.

4 Organbestellung: geschäftsführende Gesellschafter_innen

In Österreich werden 70% aller GmbHs von geschäftsführenden Gesellschafter_innen geleitet.¹⁵³ In Familien-GmbHs liegt es an den Familienmitgliedern und gleichzeitig Gesellschafter_innen, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine Doppelorganschaft als geschäftsführende_r Gesellschafter_in möglich sein soll.¹⁵⁴ Laut einer Studie gibt es europaweit in mehr als der Hälfte der Familienunternehmen Einschränkungen für Gesellschafter_innen, um in die Geschäftsführung bestellt zu werden, konträr dazu liegen aber die tatsächlichen formalen Qualifikationen von geschäftsführenden Gesellschafter_innen oft unter denen einer vergleichbaren Fremdorganbesetzung.¹⁵⁵ *Probst* stellt in einem Interview fest, dass Familienunternehmen in diesem Punkt mehr Rechtssicherheit brauchen.¹⁵⁶ *Wedemann* spricht vom Regelungsauftrag an die Gesellschafter_innen, um das große Konfliktpotential rund um geschäftsführende Gesellschafter_innen zu entschärfen.¹⁵⁷ Es scheint also eine Lücke zu geben zwischen der Erkenntnis, dass es Vorgaben braucht, und einer rechtlich verbindlichen Niederschrift und Umsetzung dieser.

Wie in Kapitel 3 ausgeführt, bietet eine Verankerung von Regelungen betreffend geschäftsführende Gesellschafter_innen im Gesellschaftsvertrag die größtmögliche Rechtssicherheit und eindeutige Sanktionsmöglichkeiten bei Verstoß. Gleichzeitig gilt im GmbHG und damit für den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich Gestaltungsfreiheit, solange nicht gegen zwingendes Recht und gute Sitten verstoßen wird.¹⁵⁸ Es wird also in dieser Arbeit auf Klauseln betreffend Geschäftsführungsbestellung in diesem Vertragsinstrument fokussiert. Zuvor bietet dieses Kapitel noch einen Überblick der möglichen Bestellungswege in die Geschäftsführung, da Einschränkungen der Bestellung gezielt für manche, oder aber auch für alle Bestellungswege aufgestellt werden können.

4.1 Bestellungswege

Für die Bestellung in die Geschäftsführung, egal ob für Familienmitglieder oder bei Fremdorganbesetzung, gilt § 15 GmbHG, also die Zuständigkeit der Gesellschafter_innen. Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, wird über eine Bestellung in der Generalversammlung abgestimmt und mit einfacher Mehrheit ein Beschluss gefasst (§ 39 Abs 1

¹⁵³ *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.12.

¹⁵⁴ *Neumüller*, Familienverfassung, 54.

¹⁵⁵ *Mandl*, Family Business Relevant Issues, 63f.

¹⁵⁶ Familienunternehmen brauchen mehr Rechtssicherheit, Die Presse 26.03.2013.

¹⁵⁷ *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften (1999) 438.

¹⁵⁸ OGH 16.06.1966, 1 Ob 141/66; im Detail: *Torggler*, GesRZ 2010, 185.

GmbHG).¹⁵⁹ Die Bestellung von Gesellschafter_innen in die Geschäftsführung kann auch bei Gründung der GmbH im Gesellschaftsvertrag erfolgen, oder diesem später über eine Satzungsänderung mit qualifizierter Mehrheit hinzugefügt werden, dies ändert aber nichts an der Zuständigkeit der Gesellschafter_innen.¹⁶⁰ Ein_eine im Gesellschaftsvertrag genannte_r Geschäftsführer_in unterscheidet sich in Rechten, Pflichten und Abberufungsmodus nicht von solchen, die durch einen Generalversammlungsbeschluss in die Geschäftsführung bestellt werden. Da diese Art der Bestellung eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeutet und notariell beglaubigt werden muss, ist diese Bestellungsart nach der Entstehungsphase der GmbH eher unüblich, außer es soll dem_der betreffenden geschäftsführenden Gesellschafter_in zusätzlich ein Sonderrecht auf Geschäftsführung eingeräumt werden oder die Abberufung auf wichtige Gründe eingeschränkt werden.¹⁶¹

Das eben erwähnte *Sonderrecht auf Geschäftsführung*, wird zwar im Gesetzestext nicht explizit genannt, ist in der Judikatur und Literatur aber größtenteils anerkannt, wenn es unmissverständlich im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben ist.¹⁶² Ein solches Sonderrecht kann nur mit Zustimmung der_des Betroffenen (§ 50 Abs 4 GmbHG) oder aus wichtigem Grund durch Klage (§ 16 Abs 2) entzogen werden.¹⁶³ Es stellt also eine starke Absicherung der Organstellung dar, was vor allem für Minderheitsgesellschafter_innen sinnvoll sein kann, die sonst jederzeit von der Mehrheit abberufen werden können.¹⁶⁴

Zusätzlich können im Gesellschaftsvertrag bestimmten Gesellschafter_innen *Entsendungs- und Nominierungsrechte* eingeräumt werden. Dadurch kann Gruppen von Gesellschafter_innen oder Familienstämmen die Möglichkeit gegeben werden, Vertrauenspersonen in der Geschäftsführung zu positionieren.¹⁶⁵ Es spricht prinzipiell nichts dagegen, dass sich Gesellschafter_innen selbst nominieren oder entsenden.¹⁶⁶ Wird das Nominierungsrecht genutzt, sind die anderen Gesellschafter_innen gebunden, in der Generalversammlung für die nominierte Person zu stimmen, wenn keine wichtigen Gründe dagegensprechen.¹⁶⁷ Eine gewisse Kontrolle der nominierten Personen durch die anderen Gesellschafter_innen findet also statt. Stärker als ein Nominierungsrecht ist das Entsendungsrecht, welches zwar im GmbHG nicht erwähnt

¹⁵⁹ *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷ Rz 4.18.

¹⁶⁰ *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷ Rz 4.16f.

¹⁶¹ *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷ Rz 4.17.

¹⁶² ZB OGH 16.06.2011, 6 Ob 99/11v; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 16 Rz 10.

¹⁶³ *Horn/Robertson*, *ecolex* 2013, 885.

¹⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 15 Rz 54; *Horn/Robertson*, *ecolex* 2013, 885.

¹⁶⁵ *Reich-Rohrwig*, Einzelne Fragen der Satzungsgestaltung bei der GmbH, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen: Österreich, Italien und Slowenien (2005) 21.

¹⁶⁶ *Umlauf*, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern unter besonderer Berücksichtigung des Nominierungsrechtes, NZ 1992, 89.

¹⁶⁷ *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 1.194.

wird, laut hM aber zulässig ist. Der_ die Entsendungsberechtigte übt sein_ ihr Recht der Gesellschaft gegenüber durch eine Erklärung an diese aus, die Bestellung selbst erfolgt durch die Gesellschaft.¹⁶⁸ Der_ die Entsendungsberechtigte ist durch die Treuepflicht gebunden, keine ungeeigneten Personen zu benennen, aus wichtigen Gründen ist eine gerichtliche Abberufung möglich.¹⁶⁹ Basierend auf OGH 6 Ob 183/18g (21.03.2019) wurde unlängst von Rüffler die Zulässigkeit des Entsendungsrechts allerdings diskutiert.¹⁷⁰

Im Ausnahmefall gibt es die Möglichkeit einer *gerichtlich bestellten Geschäftsführung* (§ 15a GmbHG), die Bestellung eines_ einer sogenannten Notgeschäftsführer_in. Da diese Bestellung aber nicht durch Gesellschafter erfolgt, wird hier nicht weiter darauf eingegangen.

Im Fall der Bestellung durch die Gesellschafter_innen kann in Familienunternehmen angedacht werden, im Gesellschaftsvertrag Vorkehrungen zu treffen, welche Voraussetzungen und Qualifikationen zukünftige Geschäftsführer_innen mitbringen sollten. Im Folgenden werden gesetzliche Vorgaben, Einschränkungsmöglichkeiten, aber auch dahingehende unerlaubte Klauseln diskutiert.

4.2 Judikatur und Literatur zu Einschränkungen betreffend Geschäftsführer_innenbestellung

4.2.1 Gesetzliche Einschränkungen des Personenkreises und Judikatur

4.2.1.1 Vorgaben im GmbHG und ABGB

Gerade in Familienunternehmen ist es wichtig sicherzustellen, dass unqualifizierte Personen nicht aufgrund der Familienzugehörigkeit in eine Geschäftsführungsposition bestellt werden.¹⁷¹ Das GmbHG schränkt den Personenkreis, der für die Geschäftsführung infrage kommt, in § 15 nur auf „physische, handlungsfähige Personen“ ein, mindestens ein_ eine Geschäftsführer_in muss den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 15a Abs 2 GmbHG). Juristische Personen können also nicht Geschäftsführer_innen werden; um voll handlungsfähig und geschäftsfähig zu sein, muss das 18. Lebensjahr vollendet sein.¹⁷²

Beispiele für *Geschäftsunfähigkeit* aus der Judikatur finden sich bei *Feltl*:¹⁷³

¹⁶⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 15 Rz 12; *Torggler*, GesRZ 2010, 185; *Rüffler*, Sonderrechte hinsichtlich der Bestellung von Geschäftsführern, GES 2021, 227.

¹⁶⁹ *Zib in Torggler*, GmbHG § 15 Rz 21 (Stand 1.8.2014, rdb.at); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 15 Rz 12.

¹⁷⁰ *Rüffler*, GES 2021, 227.

¹⁷¹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/14.

¹⁷² *Zib in Torggler*, GmbHG § 15 Rz 4.

¹⁷³ *Feltl*, GmbHG § 15 E34ff (Stand 1.2.2022, rdb.at).

- Schwere psychoorganische Beeinträchtigung infolge schwerer Alkoholabhängigkeit (VwGH 2007/08/0105)
- Manisch-depressives Krankheitsbild (OGH 28.11.2000, 1 Ob 137/00d)
- Bestellung einer Erwachsenenvertretung (RIS-Justiz RS0129579)

In manchen Branchen wie bei Kreditinstituten, Wirtschaftstreuhandern, Pensionskassen und Rechtsanwälten gelten Sondergesetze zur persönlichen und fachlichen Eignung,¹⁷⁴ darauf wird hier nicht näher eingegangen. Auch Voraussetzungen für gewerberechtliche Geschäftsführung, die keine Organstellung darstellt,¹⁷⁵ werden hier nicht weiter diskutiert.

§ 30e Abs 1 GmbHG schließt Mitglieder des Aufsichtsrats davon aus, in die Geschäftsführung bestellt zu werden. Ausgenommen davon ist die zeitlich begrenzte Vertretung der Geschäftsführung (§ 30e Abs 2 GmbHG), in dieser Zeit ist aber die Aufsichtsratsfunktion ruhend gestellt.

Laut § 1024 ABGB erlischt die Vertretungsvollmacht einer Person, über die ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Das GmbHG hat als *lex specialis* aber Vorrang und spricht diesem Personenkreis die Handlungsfähigkeit nicht ab.¹⁷⁶ Im Vergleich zu deutschem GmbHG (§ 6) schließt auch eine strafrechtliche Verurteilung wegen Delikten wie zum Beispiel Insolvenzstraftaten eine Eignung für die Geschäftsführung nicht aus, nicht einmal Personen, die zum Zeitpunkt der Bestellung mehrjährige Haftstrafen verbüßen, sind ausgeschlossen.¹⁷⁷ *Reich-Rohrwig* stellt dazu allerdings fest, dass eine solche Bestellung in den allermeisten Fällen wohl nicht den guten Sitten entsprechen würde, wenn schon bei der Bestellung klar ist, dass diese Person aufgrund der Haft den Geschäftsführerplichten nicht nachkommen kann.¹⁷⁸ Gesellschafter_innen sind verpflichtet, keine völlig ungeeignete Person zu bestellen, da dies gegen die Treuepflicht verstoßen würde und anfechtbar wäre.¹⁷⁹

Die erwähnte *Treuepflicht*, auch Schutz- und Sorgfaltspflicht genannt,¹⁸⁰ der Gesellschafter_innen unterliegen, ergibt sich aus §§ 1175 und 1186 des ABGB. Laut § 1175 Abs 4 gilt § 1186 nicht nur für GesbRs sondern auch andere Gesellschaften: „Die Gesellschafter haben ... mit gebotener Sorgfalt mitzuwirken, den Gesellschaftszweck redlich zu fördern und alles zu unterlassen, was den Gesellschaftsinteressen schadet“. Fast wortgleich auch § 112 UGB. Das

¹⁷⁴ Ausführlich dazu: *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 4 Rz 94ff; Überblick: *Kalss*, Aktiengesellschaft in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/339ff (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁷⁵ *Rohregger/Kudrna* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 15 Rz 11 und 73f.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0059495; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 4/142.

¹⁷⁷ OGH 27.10.1994, 6 Ob 28/94; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 23.

¹⁷⁸ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) Rz 2/31.

¹⁷⁹ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 29.

¹⁸⁰ *Rauter* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 19.

Gesellschaftsinteresse geht also über die Einzelinteressen der Gesellschafter_innen hinaus und ist durch den Gesellschaftszweck definiert.¹⁸¹ Dadurch werden die Gesellschafter_innen der Gesellschaft gegenüber gebunden, dass die Treuepflicht auch anderen Gesellschafter_innen gegenüber gilt, ist unbestritten.¹⁸² Die Treuepflicht umfasst zum Beispiel die Informationspflicht, Schädigungsverbot und Unterlassungs- und Mitwirkungspflicht, der genaue Inhalt und Reichweite hängen vom Einzelfall ab.¹⁸³

Bei Bestellungen von Gesellschafter_innen in die Geschäftsführung und gesellschaftsvertraglicher Einschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe (§ 16 Abs 3 GmbHG) ergibt sich aus der Treuepflicht möglicherweise eine weitere Einschränkung: die Pflicht zur Nichtbestellung eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin in die Geschäftsführung aus wichtigem Grund, wenn dieser Grund schon bei der Bestellung bekannt ist.¹⁸⁴ Diese sogenannten wichtigen Gründe gelten zwar ursprünglich als Rechtfertigung einer Abberufung der geschäftsführenden Gesellschafter_innen. *Kalss* argumentiert aber, dass diese Gründe im Umkehrschluss auch für eine Nicht-Bestellung gelten müssten: Da die Wiederbestellung einer gerichtlich abberufenen Geschäftsführung treuwidrig ist, wenn der wichtige Grund zur Abberufung weiterhin vorliegt,¹⁸⁵ sollte Selbiges auch für die erstmalige Bestellung in die Geschäftsführung gelten, was einem Verbot der Bestellung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gleichkommt.¹⁸⁶

4.2.1.2 Judikatur: Geschlechterklausel

Beispiele für eindeutig verbotene Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, um den Kreis zukünftiger Organmitglieder der Geschäftsführung einzuschränken, gibt es wenige. Die in der Literatur viel diskutierten *Geschlechterklauseln*¹⁸⁷ sind bisher nun teilweise vom OGH verboten worden, begründet mit der verbotenen Einschränkung der selbständigen Erwerbstätigkeit: Um Diskriminierung von Frauen in der Arbeitswelt zu beseitigen wurde 2004 das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) beschlossen. Der Geltungsbereich des GIBG umfasst nicht nur Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen, sondern auch jegliche andere Art von selbstständiger Tätigkeit (§ 1 Abs 1 Z 4 GIBG), um die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei zu machen.¹⁸⁸ Der OGH hat die nachträgliche Anwendbarkeit auf

¹⁸¹ *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 112 Rz 67 (Stand 1.9.2016, rdb.at).

¹⁸² RIS-Justiz RS0026106; *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH², Rz 1.21; *Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 26; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 7/114.

¹⁸³ *Kalss*, Treuepflichten in Familienunternehmen – Ihre Leistungskraft steigt! GesRZ 2021, 203.

¹⁸⁴ *Kalss*, Die Nichtbestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer aus wichtigem Grund, RdW 2010, 461.

¹⁸⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 16 Rz 29; *Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 16 Rz 36 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

¹⁸⁶ *Kalss*, RdW 2010, 461.

¹⁸⁷ Ein Überblick über die Meinungen in der Lehre zum Zeitpunkt des in Folge diskutierten Urteils findet sich im OGH-Urteil selbst (OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h).

¹⁸⁸ *Hopf/Mayr/Eichinger/Erlor*, GIBG² § 1 Rz 20 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

Gesellschaftsverträge in 6 Ob 55/18h (24.01.2019) bestätigt und verbietet „generell-abstrakte (diskriminierende) Regelungen“,¹⁸⁹ wenn in diesem Urteil auch für eine Kommanditgesellschaft. Da es im Kern des Urteils um die geschlechterdiskriminierende Einschränkung vom Zugang zu selbständigen (geschäftsführenden) Tätigkeiten in einem Gesellschaftsvertrag geht, ist das Urteil mE nach auch richtungsweisend für Gesellschaftsverträge von GmbHs, wenn es um geschäftsführende Gesellschafterinnen geht.¹⁹⁰ In der Begründung des OGH wird unter anderem angeführt, dass das GIBG zur Auffüllung der Generalklausel in § 879 ABGB (Verbot von Verträgen die gegen die guten Sitten verstoßen) dient.¹⁹¹ Im Rechtssatz RS0022866 wird dazu festgehalten: „Die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt zu dem neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die allgemein anerkannten Normen der Moral gehören.“¹⁹² Grundsätzlich soll die Vertragsfreiheit zwar nur in krasen Fällen mit dem Argument der Sittenwidrigkeit eingeschränkt werden, dies ist für den OGH in 6 Ob 55/18h aber der Fall.¹⁹³ Ein Vertrag der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig (§ 879 Abs 1 ABGB), also rechtlich ex tunc nicht gültig, somit auch die gegen die guten Sitten verstoßende Geschlechterklausel. Der OGH hat hier auch entschieden, dass nicht der Zeitpunkt der Vertragsserrichtung, sondern jener der Rechtsausübung ausschlaggebend ist – bei Vertragsserrichtung war die strittige Klausel nämlich nicht sittenwidrig.¹⁹⁴

In der Literatur wird dieses Urteil zwar im Ergebnis begrüßt, der dazu führende Lösungsweg aber teilweise kritisch betrachtet.¹⁹⁵ Abzuwägen galt es den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz (Art 7 Abs 1 B-VG) und das GIBG mit den Grundsätzen der Vertragsfreiheit, Privatautonomie und Eigentumsschutz. Als Argumente für die Sittenwidrigkeit werden zwar § 4 Z3 GIBG und Art 7 Abs 1 B-VG genannt, nur das GIBG – und damit der Bezug zur Arbeitswelt – wird detaillierter behandelt. Inwiefern in Zukunft der allgemein gültige Gleichheitsgrundsatz in Art 7 Abs 1 B-VG zur Bewertung von Klauseln in Gesellschaftsverträgen herangezogen werden muss, bleibt durch den Fokus des Urteils auf das GIBG und selbstständige Erwerbstätigkeit/Geschäftsführungsposition offen.

¹⁸⁹ Daraus resultierend: RIS-Justiz RS0132580.

¹⁹⁰ So zB auch *Artmann/Zauner*, Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, VbR 2020, 48

¹⁹¹ Ausführlich dazu: *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249.

¹⁹² RIS-Justiz RS0022866.

¹⁹³ RIS-Justiz RS0113654.

¹⁹⁴ OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h; diskutiert zB bei *Walkner*, Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Unzulässigkeit von „Geschlechterklauseln“ in Gesellschaftsverträgen, AnwBl 2019, 586.

¹⁹⁵ *Artl*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, GesRZ 2019, 181; *Artmann/Zauner*, VbR 2020, 48; *Czernich*, OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung von Frauen unzulässig, NZ 2019, 373; *Ehgartner*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 6 Ob 55/18h, JEV 2020, 67; *Perner*, Die „Ausübungskontrolle“: Nachträglich entstehende Sittenwidrigkeit, EvBl 2019, 921; *Walkner*, AnwBl 2019, 586; *Zöchling-Jud*, Zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen, EF-Z 2020, 100.

Die Kritik ist mE berechtigt: ein deutlicheres Hervorheben und Eingrenzen der Sittenwidrigkeit aufgrund des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes wäre wünschenswert gewesen. Damit wäre eine eindeutigere Basis für ein Diskriminierungsverbot in Gesellschaftsverträgen nicht nur in Bezug auf selbstständige Erwerbstätigkeit in Gesellschaften, sondern allgemein auch zB im Erlangen der Gesellschafter_innenstellung gegeben gewesen. Gleichzeitig bekräftigt der OGH im Urteil aber wiederholt, dass Grundrechte mittelbar auf das Verhältnis Privater zueinander einwirken können. Dadurch sind die Folgewirkungen dieses Urteils schwer einzuschätzen.¹⁹⁶

Für zukünftige Vertragswerke kommt zum Beispiel *Hofmann* zum Schluss, dass bis zu einer weiteren Klärung auf neutrale oder sachlich differenzierende Formulierungen geachtet werden muss, die weder durch das GIBG noch andere gesetzliche Diskriminierungsverbote angreifbar sind.¹⁹⁷ Das bedeutet, dass man damit rechnen muss, dass die Verfassung, allen voran Art 7 Abs 1 B-VG mit Umweg über § 879 Abs 1 ABGB, über der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsvertrag steht und damit „Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses“ ausgeschlossen sind und niemand wegen einer Behinderung benachteiligt werden darf. Auch müssen Art 21 Abs 1 der EU-Grundrechtecharta¹⁹⁸ und andere Teile des GIBG wie II. Teil (§§ 16 ff): „Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung“ beachtet werden.¹⁹⁹

Auch *Artmann/Zauner*²⁰⁰ und *Perner*²⁰¹ gehen von einer über die Geschlechtergleichstellung hinausgehenden Wirkung von OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h aus, da eben die hauptsächliche Begründung des Urteils im Bezug zu unternehmerischen Tätigkeiten liegt. Daher sollten auch die oben erwähnten ähnlich aufgebauten Antidiskriminierungsvorgaben in Teil II des GIBG (§§ 16 ff) greifen.

4.2.1.3 Judikatur: Sittenwidrigkeit anderer Kriterien der Differenzierung

In OGH 7 Ob 193/04i (08.09.2004) wurde bei einer Differenzierung der Nacherben in Adelige und Nicht-Adelige auf einen Verstoß gegen Grundrechte (Art 7 Abs 1 B-VG) entschieden: „wobei Grundrechte durch ihre mittelbare Drittwirkung auch im Privatrecht zu beachten seien“.

¹⁹⁶ *Artmann/Zauner*, VbR 2020, 48; *Czernich*, NZ 2019, 373

¹⁹⁷ *Hofmann*, Ein Erblasser darf Töchter nicht diskriminieren – andere aber schon? Der Standard 02.04.2020.

¹⁹⁸ Art 21 Abs 1 EU-Grundrechtecharta: Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnische oder soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, Religion, Weltanschauung, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögens, Geburt, Behinderung, Alters oder sexuelle Ausrichtung.

¹⁹⁹ *Hofmann*, Der Standard 02.04.2020.

²⁰⁰ *Artmann/Zauner*, VbR 2020, 48.

²⁰¹ *Perner*, EvBl 2019, 921.

Als sittenwidrig eingestuft wurde vom OGH in Bezug auf Erbrecht auch Diskriminierung aufgrund von Heirat mit Personen einer bestimmten "Konfession, Nation u.ä." (RIS-Justiz RS0015345). *Artmann/Zauner* argumentieren, dass hier die Grundrechtswidrigkeit nicht in einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes liegt, sondern viel mehr in der unzulässigen Willenssteuerung und somit in einem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Freiheit der Willensentschließung.²⁰²

Diese Kriterien dürften also wohl auch nicht in Bestimmungsklauseln von Geschäftsführer_innen verwendet werden.

Für nicht sittenwidrig befunden hat der OGH die Zuteilung einer Nacherbschaft basierend auf einer Differenzierung zwischen leiblichen und adoptierten Enkelkindern im Testament.²⁰³ Begründet wird dies damit, dass ein adoptiertes Kind zwar gegenüber den annehmenden Eltern einem leiblichen Kind gleichgestellt wird. Den Eltern der Annehmenden, also den Großeltern gegenüber, werden aber keine familienrechtlichen Beziehungen begründet.

4.2.1.4 Judikatur: Diskriminierung von EU-Ausländer_innen

Einigkeit herrscht über die Unzulässigkeit von Satzungsklauseln, welche EU-Ausländer_innen am Arbeitsmarkt diskriminieren, somit auch bei der Bestellung in die Geschäftsführung.²⁰⁴ Dagegen hat schon 2000 der EuGH entschieden,²⁰⁵ basierend auf Art 45 EU-Vertrag, welcher die Freizügigkeit von Arbeitnehmern gewährleistet.²⁰⁶ Im Detail der Entscheidung geht es um ein Sprachzertifikat als Bewerbungskriterium, welches nur in einer einzigen Provinz eines Mitgliedstaates ausgestellt wird und das für den_die im Ausland lebende_n Bewerber_in nicht zeitgerecht zu erlangen war. Der EuGH bestätigte zwar die Zulässigkeit, Sprachkenntnisse eines bestimmten Niveaus zu verlangen, Nachweise aus anderen Mitgliedsstaaten hätten aber auch anerkannt werden müssen. Daher wurde diese Bewerbungsvoraussetzung vom EuGH als gemeinschaftsrechtswidrige Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ausgelegt, den Grundfreiheiten wurde hier also Drittwirkung zugesprochen.²⁰⁷

4.2.1.5 Bevorstehende Änderungen

2023 ist wohl mit gesetzlichen Vorgaben zur (Nicht-) Eignung von Geschäftsführer_innen zu rechnen: EU-Richtlinie (EU) 2019/1151 („Digitalisierungsrichtlinie“ - DigiRL) zum Einsatz

²⁰² *Artmann/Zauner*, VbR 2020, 48.

²⁰³ OGH 25.07.2019, 2 Ob 15/19y.

²⁰⁴ *Ratka/Stöger/Straube/Vökl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 33; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 29.

²⁰⁵ EuGH C-281/98 – *Angonese*; 06.06.2000.

²⁰⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV.

²⁰⁷ *Lengauer*, EuGH-Urteil *Angonese*: Drittwirkung von Grundfreiheiten? *ecolex* 2001, 97; *Feltl*, GmbHG § 15 E42; *Ratka/Stöger/Straube/Vökl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 33; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 29.

digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht sieht vor, dass ein zentrales, digitales Zugangstor eingerichtet wird. Über dieses muss unter anderem Information über Vorschriften zur Disqualifikation eines_einer Geschäftsführer_in zugänglich sein (Art 13f Abs c). Art 13i konkretisiert, dass diese Vorschriften zur Disqualifikation auch Information zur Disqualifikation aus anderen Mitgliedsstaaten berücksichtigen kann, und anderen Mitgliedsstaaten Information über disqualifizierte Geschäftsführer übermittelt werden muss, zumindest ob jemand disqualifiziert ist oder nicht. Auch müssen die Folgen der Disqualifikation eines Geschäftsführers durch die zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaats dargelegt werden (Art 13g Abs 4b). Diese EU-Richtlinie muss laut Art 2 Abs 1 bis 1.8.2023 umgesetzt werden.²⁰⁸

4.2.2 Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit und Missachtung

Zu unterscheiden ist auf der einen Seite zwischen Rechtsfolgen von Einschränkungen im Gesellschaftsvertrag die sich als verboten herausstellen, auf der anderen Seite den Rechtsfolgen einer Missachtung des Gesellschaftsvertrages.

4.2.2.1 Rechtsfolgen unzulässiger Satzungsbestandteile

Wie schon zuvor ausgeführt, gibt es nur wenige eindeutige Verbote von Einschränkungen in der Organbestellung in die Geschäftsführung: Nur physische, handlungsfähige Personen dürfen in die Geschäftsführung bestellt werden, Mitglieder des Aufsichtsrats sind ausgeschlossen. Einschränkungen aufgrund des Geschlechts sind sittenwidrig, eine Diskriminierung von EU-Ausländer_innen ist nicht zulässig. Zu anderen möglicherweise diskriminierenden Einschränkungen gibt es noch keine Rechtsprechung. Enthält ein Gesellschaftsvertrag Satzungsbestandteile, die diesen Vorgaben widersprechen, dann sind diese nichtig, dies ergibt sich aus § 4 Abs 2 GmbHG ("Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung") und § 879 Abs 1 ABGB ("ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig").²⁰⁹ Die Gesellschaft darf also nicht ins Firmenbuch eingetragen werden. Wird sie dennoch eingetragen, führt dies zu keiner Heilung, die Gesellschaft entsteht aber.²¹⁰

Wird basierend auf einer nichtigen Klausel ein Beschluss zur Geschäftsführungsbestellung gefasst, verletzt diese Bestellung zwar nicht den Gesellschaftsvertrag, es liegt aber ein inhaltlicher Mangel des Beschlusses vor, da gesetzliche Vorschriften verletzt werden.²¹¹ Dieser

²⁰⁸ Mehr dazu zB bei *Ratka/Stöger/Straube/Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 33; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 29.

²⁰⁹ *Torggler*, GesRZ 2010, 185.

²¹⁰ *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 4 141.

²¹¹ *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 43; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 21.

inhaltliche Beschlussmangel macht den Beschluss laut § 41 Abs 1 Z 2 anfechtbar.²¹² Dies gilt auch, wenn die strittige Klausel bei Vertragsunterzeichnung gültig war, und erst durch neuere Gesetzgebung unzulässig wurde, ausschlaggebend ist also nicht der Zeitpunkt der Vertragserrichtung, sondern jener der Rechtsausübung, also der Bestellung.²¹³

4.2.2.2 Rechtsfolgen der Missachtung gesellschaftsvertraglicher Regeln

Formuliert man Satzungsklauseln zu Einschränkungen der Bestellung in die Geschäftsführung, sollen diese nicht nur für die Gründungsgesellschafter_innen gelten, sondern auch zukünftigen Gesellschafter_innen gegenüber wirksam sein. Der OGH hat in Bezug auf Abberufungsklauseln festgestellt, "dass die Abberufungsmodalitäten des Gesellschaftsvertrages zu den materiellen Satzungsbestandteilen gehören".²¹⁴ Bestellungsklauseln betreffen auch die grundlegende Organisation der GmbH, analog zu Abberufungsklauseln handelt es sich daher um *materielle Satzungsbestandteile*.²¹⁵

Ein Beschluss der gegen materielle Satzungsbestandteile verstößt, ist prinzipiell *anfechtbar*, aber nicht automatisch unwirksam.²¹⁶ Bei einem solchen Verstoß handelt es sich um einen inhaltlichen Mangel eines Beschlusses: laut § 41 Abs 1 Z 2 GmbHG liegt ein solcher Mangel vor, wenn ein Beschluss gegen die Satzung oder zwingendes Gesetz verstößt. Dies führt eben zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses. Wird eine Klage eingebracht, muss das Gericht die materiellen Voraussetzungen des Beschlusses prüfen.²¹⁷ Wird erfolgreich angefochten, dann ist der Beschluss *ex tunc* nichtig.²¹⁸ Bis über die Anfechtungsklage entschieden ist, ist der Beschluss allerdings wirksam.²¹⁹ Aufgeschoben werden kann der Beschluss mit einer einstweiligen Verfügung, wenn ein unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht werden kann (§ 42 Abs 4 GmbHG).

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass Satzungsdurchbrechung, also Beschlüsse, die im Einzelfall von der Satzung abweichen, ohne dass sie die Satzung ändern wollen, nichtig/unwirksam seien, wenn sie dauerhafte Wirkung entfalten

²¹² *Brditschka/Gratzl* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH² Rz 4.50, 4.55; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 43.

²¹³ OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h; diskutiert zB bei *Walkner*, AnwBl 2019, 586.

²¹⁴ OGH 21.12.2011, 6 Ob 221/11k.

²¹⁵ Vergleich zB RIS-Justiz RS0108891; *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 38; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/62; *Rauter* in *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 32.

²¹⁶ So schon *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung (1993) § 15 Rz 50; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² Rz 2/36; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 68.

²¹⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² Rz 2/36.

²¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 42 Rz 13; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 33 (Stand 1.8.2013, rdb.at).

²¹⁹ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 15 Rz 69.

("zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen").²²⁰ Ob die Bestellung eines_einer Geschäftsführer_in entgegen gesellschaftsvertraglicher Qualifikationserfordernisse eine solche zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung darstellen würde, bleibt stritt, und es herrscht in der Literatur auch keine Einigkeit, ob eine solche Bestellung zu Anfechtbarkeit des Beschlusses, oder Nichtigkeit führen würde.²²¹ In der Praxis scheint es also ratsam, bei solchen Beschlüssen in der Generalversammlung Widerspruch zu Protokoll zu geben, um eine Anfechtungsklage einbringen zu können.

Haben Gesellschafter_innen treuwidrig ihre Stimme abgegeben und zum Beispiel völlig ungeeignete oder vertrauensunwürdige Personen in die Geschäftsführung bestellt, sind die resultierenden Beschlüsse auch vorläufig wirksam und anfechtbar.²²² In der Literatur wird teilweise für die Nichtigkeit von treuwidrig abgegeben Stimmen argumentiert, diese Stimmen wären nicht mitzuzählen, wenn die Treuwidrigkeit erkannt wird.²²³

Eine Bestellung in die Geschäftsführung, die gegen die Satzung verstößt, oder durch treuwidrig abgegebene Stimmen zustande gekommen ist, ist also anfechtbar. Wird ein solcher Beschluss nicht angefochten, ist dieser im Einzelfall wirksam. Es stellt sich allerdings die Frage, ob Gesellschafter_innen oder die Gesellschaft eine Mitschuld trifft, sollte sich die gesellschaftsvertragsverletzende Bestellung für die Gesellschaft als nachteilig herausstellen.

4.2.2.3 Haftungsfragen bei Bestellung ungeeigneter Geschäftsführer_innen

Wird eine ungeeignete Person in die Geschäftsführung bestellt, und nimmt diese die Bestellung an, ohne die erforderlichen Kenntnisse zu besitzen, macht sie sich der sogenannten Übernahmefahrlässigkeit schuldig.²²⁴ In erster Linie haftet also der_die Geschäftsführer_in selbst nach § 25 GmbHG, sollte durch sein_ihr sorgfaltswidriges Verhalten ein Schaden entstehen. Die Ersatzansprüche kommen der Gesellschaft zu.²²⁵

In der österreichischen Lehre ist umstritten, ob bei Bestellung eines_einer Ungeeigneten und daraus folgenden Schadensfall eine Mitschuld der Gesellschaft und/oder der bestellenden Gesellschafter_innen besteht. Generell kann Fehlverhalten einer zurechenbaren Person zu

²²⁰ Eine Übersicht der Literaturmeinung und Diskussion findet sich in *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 58ff.

²²¹ Rauter, Satzungsdurchbrechung, in RDB Keywords (Stand 11.10.2021, rdb.at); *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 70.

²²² RIS-Justiz RS0106227; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 41 Rz 31; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 29.

²²³ So zB von *Thöni*, Sind treuwidrige Stimmabgaben von GmbH-Gesellschaftern bei der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter mitzuzählen? GesRZ 2008, 346; *Baumgartner/Mollnhuber/Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 39 Rz 41f (Stand: 1.8.2014, rdb.at); *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 41 - 42 Rz 142f.

²²⁴ ZB RIS-Justiz RS0059723; OGH 08.06.1989, 12 Os 152/88; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 25, 186.

²²⁵ *Pucher*, Mitverschulden der Gesellschaft bei der Haftung von Leitungsorganen, GesRZ 2015, 174.

Mitverschulden der Gesellschaft führen, so werden Entscheidungen der Generalversammlung der GmbH zugerechnet.²²⁶ Bei Bestellung Ungeeigneter besteht für *Leitner* ein Fehlverhalten der Gesellschafter_innen durch Auswahlverschulden, basierend auf § 1299 Satz 2 ABGB, welches zur Schadensaufteilung laut §1304 ABGB ("ein Verschulden von Seite des Beschädigten") führt und damit zur Zulässigkeit eines Mitverschuldenseinwands der Geschäftsführung der Gesellschaft gegenüber.²²⁷ Die Gesellschaft muss in diesem Fall einen Teil des Schadens selber tragen, außer das Gesellschaftsvermögen reicht nicht ausreicht, um Gläubigerforderungen abzudecken, dann ist ein Mitverschuldenseinwand aufgrund von § 25 Abs 5 GmbHG nicht möglich.²²⁸ Auch *Pucher* sieht in § 1299 Satz 2 ABGB die Grundlage für einen möglichen Mitverschuldenseinwand des_der Geschäftsführers_in der Gesellschaft gegenüber, wenn treu- oder sorgfaltswidriges Verhalten der Gesellschafter_innen während einer Generalversammlung vorliegt.²²⁹

Die Rechtssphäre der GmbH ist prinzipiell von jener der Gesellschafter_innen getrennt, eine *Durchbrechung* kann nur in Ausnahmefällen angedacht werden, bei schuldhaften und rechtswidrigen Verhalten.²³⁰ In außergewöhnlichen Fällen könnte für *Arnold/Pampel* bei Schaden durch Bestellung Ungeeigneter eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter_innen analog zur Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung in Frage kommen, allerdings nur bei bewusstem Rechtsmissbrauch.²³¹ Auch *Pucher* hält eine Haftung der Gesellschafter_innen in engen Grenzen für möglich, basierend auf der Treuepflicht, welche Gesellschafter_innen an die Förderung des Gesellschaftszwecks und Unterlassung gesellschaftsschädigender Handlungen bindet.²³² In der Rechtsprechung finden sich jedoch derzeit keine Hinweise auf eine Durchgriffshaftung gegen Gesellschafter_innen bei Bestellung eines_einer Ungeeigneten in die Geschäftsführung.²³³

In Bezug auf Schadenersatzforderungen zwischen Gesellschafter_innen ist anzumerken, dass zwar auch Treuepflicht zwischen Gesellschafter_innen besteht, diese betrifft aber die Wahrung mitgliedschaftlicher Interessen, nicht aber Verpflichtungen der Gesellschafter_innen der Gesellschaft gegenüber oder private Interessen der Mitgesellschafter_innen.²³⁴

²²⁶ *Pucher*, GesRZ 2015, 174.

²²⁷ *Leitner*, Auswahlverschulden der GmbH bei einem Qualifikationsmangel des Geschäftsführers - Anlass zur Haftungsminderung? GES 2009, 208.

²²⁸ *Leitner*, GES 2009, 208

²²⁹ *Pucher*, GesRZ 2015, 174.

²³⁰ *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 61 Rz 25 und Rz 71; *Pucher*, GesRZ 2015, 174

²³¹ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 28.

²³² *Pucher*, GesRZ 2015, 174.

²³³ *Arft*, Trennungsprinzip, in RDB Keywords (Stand 03. 03. 2022, rdb.at).

²³⁴ *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 61 Rz 39; *Aicher/Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 39f (Stand 1.12.2022, rdb.at).

Insgesamt ist also nicht auszuschließen, dass sich Geschäftsführer_innen im Schadensfall auf Mitschuld der Gesellschaft / Gesellschafter_innen berufen. Verstärkt würde diese Argumentation mE durch eine satzungsmisachtende Bestellung. Umgekehrt kann eine Aufnahme von Qualifikationsmerkmalen für zukünftige Geschäftsführer_innen in den Gesellschaftsvertrag in diesem Zusammenhang vorteilhaft sein, wenn sinnvolle Einschränkungen aufgestellt und die Klauseln in Bestellungen befolgt werden. Dies hilft der Generalversammlung, die nötige Sorgfalt walten zu lassen, und keinen_keine völlig unqualifizierte_n Geschäftsführer_in zu bestellen.

4.2.3 Einschränkungen der Bestellung: Beispiele aus der Literatur

Für alle zuvor beschriebenen Bestellungswege gilt: Personalentscheidungen sind Ermessensentscheidungen.²³⁵ Der Kreis der bestellbaren Personen kann aber im Gesellschaftsvertrag aufgrund der Vertragsfreiheit eingeschränkt werden, auch für entsendete oder nominierte Personen.²³⁶ Dies gilt sowohl für Fremdgeschäftsführer_innen, als auch geschäftsführende Gesellschafter_innen. Im Folgenden werden Beispiele für mögliche Einschränkungen zur Bestellung in die Geschäftsführung aus unterschiedlichen Literaturquellen, hauptsächlich zum GmbH-Recht, Gesellschaftsverträgen, Gesellschaftsrecht, aber auch Praxisratgeber für Geschäftsführer_innen aus fast drei Jahrzehnten analysiert. Die darin gefundenen Einschränkungen wurden thematisch gruppiert und fallen in mehrere Bereiche, welche wiederholt in der Literatur angeführt werden:

- Ausbildung
- Berufsstand / Qualifikationen / Erfahrung
- Alter
- Familienmitglied / Verwandtschaftsverhältnis
- Staatsbürgerschaft

Des Öfteren wird auch die Schwierigkeit erwähnt, persönliche Voraussetzungen festzulegen.²³⁷ Ein Überblick aller analysierten Einschränkungen findet sich in Tabelle 1, darauffolgend werden die Gruppen im Detail betrachtet. Ein kurzer Blick auf die Erscheinungsdaten der Werke zeigt keine deutlichen Veränderungen der Beispiele im zeitlichen Verlauf.

²³⁵ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/17f.

²³⁶ *Reich-Rohrwig*, Entsendung oder Nominierung von Geschäftsführern in *Kalss/Rüffler*, Satzungsge-
staltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 21; *Rüffler*, GES 2021, 227.

²³⁷ *ZB Fritz*, Die GmbH in der Praxis⁴ Rz 342; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/6.

Tabelle 1: Literaturbeispiele von Einschränkungen des Personenkreises für die Bestellung in die Geschäftsführung – chronologisch nach Erscheinungsjahr ("Jahr") angeführt.

Autoren und Autorinnen	Jahr	Einschränkungsbereich					
		Ausbildung	Berufstand / Qualifikation / Vorerfahrung	Alter	Familienmitglied / Verwandtschaft	Staatsbürgerschaft	Sonstiges
<i>Wünsch</i>	1993	Bestimmten Ausbildung		Mindestalter	Mitgliedschaft zu einer bestimmten Familie	Staatsangehörigkeit des Sitzstaates	Mitgliedschaft zu einem bestimmten Verein
<i>Reich-Rohrwig</i>	1997	Ausbildung	Praxiszeit	Alter	Verwandtschaft		
<i>Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth</i>	2007			Mindestalter	Eigenschaft als Familienmitglied		
<i>Koppensteiner/Rüffler</i>	2007		Fachliche Voraussetzungen	Mindestalter	Verwandtschaftliche Beziehungen		
<i>Gellis/Feil</i>	2009	Bestimmte Vorbildung	Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand	Mindestalter		Österreichische	
<i>Kalss/Probst</i>	2013	Ausbildung	Berufliche Vorerfahrung, genaue Qualifikationsanforderungen		Familienzugehörigkeit		Berechtigter im Sinne der Familienverfassung
<i>Rohregger/Kudrna</i>	2017	Absolvierung einer bestimmten Ausbildung	Notwendigkeit zu einem bestimmten Berufsstand	Mindestalter	Bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis		
<i>Nowotny</i>	2017	Bestimmte Ausbildung		Mindestalter			
<i>Arnold/Pampel</i>	2018	Ausbildung	Erfahrung	Bestimmtes Alter	Verwandtschaft		
<i>Ratka</i>	2020	Ausbildung	Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand	Mindestalter			
<i>Artmann/Rüffler</i>	2020		Bestimmte Qualifikationsmerkmale		Familienmitglied sein muss		
<i>Ratka/Stöger/Straube/Völkl</i>	2021	Ausbildung	Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand	Mindestalter			
<i>Umfahrer</i>	2021	Bestimmte Vorbildung	Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand	Mindestalter		Österreichische	Gewöhnlicher Aufenthalt im Inland
<i>Weinstich/Albl</i>	2021		Beruflicher Qualifikationen	Höchst- bzw Mindestalter			

Autoren und Autorinnen	Jahr	Einschränkungsbereich					
		Ausbildung	Berufstand / Qualifikation / Vorerfahrung	Alter	Familienmitglied / Verwandtschaft	Staatsbürgerschaft	Sonstiges
<i>Fritz et al.</i>	2021, 2019, 2015	Bestimmte Zusatzqualifikationen (zB MBA, Mediatorenausbildung, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger)	Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand; berufliche Erfahrung in einem bestimmten Fachbereich innerhalb und außerhalb der Gesellschaft; Voraussetzungen für die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer	Mindestalter (30), Höchstalter (72)			Fremdsprachenkenntnisse
Referenzen (chronologisch): <i>Wünsch</i> , Kommentar zum GmbHG ³ . Lieferung (1993) § 15 Rz 18. <i>Reich-Rohrwig</i> , Das österreichische GmbH-Recht ² (1997) Rz 2/36. <i>Duursma/Duursma-Keppinger/Roth</i> , Gesellschaftsrecht: Handbuch ¹ (2007) Rz 2826. <i>Koppensteiner/Rüffler</i> , GmbHG Kommentar ³ (2007) § 15 Rz 15. <i>Gellis/Feil</i> , GmbH-Gesetz Kommentar ⁷ (2009) § 15 143. <i>Kalss/Probst</i> , Familienunternehmen (2013) Rz 12/8f. <i>Rohregger/Kudrna</i> in <i>Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer</i> , GmbHG (2017) § 15 Rz 12. <i>Nowotny</i> , Gesellschaft mit beschränkter Haftung in <i>Kalss/Nowotny/Schauer</i> , Österreichisches Gesellschaftsrecht ² , Rz 4/142 (Stand 1.6.2017, rdb.at). <i>Arnold/Pampel</i> in <i>Gruber/Harrer</i> , GmbHG ² (2018) § 15 Rz 27 und 29. <i>Ratka</i> in <i>Ratka/Rauter/Völkl</i> , Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht ⁴ (2020) 236. <i>Artmann/Rüffler</i> , Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts ² (2020) Rz 908. <i>Ratka/Stöger/Straube/Völkl</i> in <i>Straube/Ratka/Rauter</i> , WK GmbHG § 15 Rz 33 (Stand 1.8.2020, rdb.at). <i>Umfahrer</i> , GmbH - Handbuch für die Praxis ⁷ Rz 4.7 und Bsp 28 Geschäftsführer (Stand 1.6.2021, rdb.at). <i>Weinstich/Albl</i> , Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag ² (2021) Rz 4/112. <i>Fritz</i> , Wie führe ich eine GmbH richtig? ³ (2021) Rz 4/112; <i>Fritz</i> , Die GmbH in der Praxis ⁴ (2019) Rz 342, Bsp 109, Rz 701; <i>Fritz/Wildmoser/Koch</i> , Mustersammlung zum GmbH-Recht ² (2015) Band I, Kapitel 1.2.5 125, Kapitel 2.10.9 482f.							

Ausbildung: Dieses Kriterium wird in fast allen analysierten Quellen erwähnt, entweder direkt mit dem Begriff „Ausbildung“ oder „bestimmte Vorbildung“. Konkrete Beispiele dazu gibt *Fritz*: „Master of Business Administration [MBA], Mediatorenausbildung, allgemein beedeter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für ...“.²³⁸ Bei *Ratka/Rauter/Völkl* findet sich dazu: „... nur Absolventen wirtschaftswissenschaftlicher Universitäts- oder FH-Studiengängen bestellt werden dürfen ...“.²³⁹ Diese Art der Einschränkung sollte mE zulässig sein, da es sich um sachlich begründete Klauseln handelt, die dem Wohle der Gesellschaft dienen und keine Kriterien des GIBG betreffen. Auch für *Kalss/Probst* sind Einschränkungen durch sachbezogene Kriterien zulässig.²⁴⁰

Berufsstand/Qualifikationen/Erfahrung: In dieser Kriteriengruppe finden sich auch Bezeichnungen wie „berufliche Qualifikationen“, „Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand“, „fachliche Voraussetzungen“, „Praxiszeit“, „berufliche Vorerfahrung“, es gibt also eine teilweise Überlappung mit „Ausbildung“. Als konkretes Beispiel gibt *Fritz* an: „Voraussetzungen für die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer“.²⁴¹ Eine Basis für mögliche Klauseln bietet auch die Formulierung: „Nachgewiesene berufliche Erfahrung in einem bestimmten Fachbereich innerhalb und außerhalb der Gesellschaft“.²⁴² In dieser Formulierung sind zwei Punkte adressiert, die in den anderen Quellen nicht erwähnt werden, mE aber entscheidend dafür sind, ob eine gesellschaftsvertragliche Klausel die Eignung der Geschäftsführer_innen verbessert. Erstens muss ein Fachbereich festgelegt werden. Hier müssen die Gesellschafter_innen die Entscheidung treffen, ob Erfahrung im Fachbereich des Unternehmens von Vorteil ist, oder ob Erfahrung in anderen Branchen der Vorzug gegeben wird, um neue Ansätze und Sichtweisen ins Unternehmen zu bringen. Zweitens wird auf Erfahrung innerhalb und außerhalb der Gesellschaft verwiesen. Auch hier liegt es an den Gesellschafter_innen zu entscheiden, was für die Gesellschaft wichtiger ist, oder vielleicht sogar beides zu verlangen.

Wie schon bei Kriterien betreffend der Ausbildung gibt es mE aus rechtlicher Sicht keine Einwände, Ausschlusskriterien basierend auf Berufsstand und Erfahrung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, da diese die Möglichkeit bieten, die Qualität der Geschäftsführung zu verbessern und eine sachliche Differenzierung darstellen. Auch handelt es sich hier um Anforderungen an den Personenkreis, wie man sie auch bei einer Fremdbesetzung, also zum Beispiel in einer Stellenausschreibung erwarten würde. Beide Kriterien, Ausbildung und Berufsstand/Erfahrung tragen zur Planbarkeit für Familienmitglieder bei, falls sie eine Position in der

²³⁸ *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ (2021) Rz 4/112.

²³⁹ *Ratka* in Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 236.

²⁴⁰ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/08.

²⁴¹ *Fritz*, Die GmbH in der Praxis⁴ (2019) Bsp 109, Rz 701.

²⁴² *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ (2021) Rz 4/112.

Geschäftsführung anstreben. *Kalss/Probst* plädieren in diesem Zusammenhang sogar für "genaue Qualifikationsanforderungen".²⁴³

Alter: diese Kategorie an Einschränkungen inkludiert „Mindestalter“, „Höchstalter“, und „bestimmtes Alter“. Ein Mindestalter von 18 Jahren ist indirekt gesetzlich vorgegeben, da Geschäftsführer_innen voll handlungsfähig und geschäftsfähig sein müssen (§ 15a Abs 2 GmbHG).²⁴⁴ Daher ist hier wohl ein höheres Mindestalter gemeint. Konkret wird zum Beispiel ein Alter von 30 genannt.²⁴⁵ § 17 GIBG verbietet Diskriminierung aufgrund des Alters in Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis. Das Verbot der Altersdiskriminierung findet sich aber nicht nur im GIBG sondern auch im Unionsrecht.²⁴⁶ Dies gilt sowohl für das höhere als auch das jugendliche Lebensalter und Positionen in der Geschäftsführung.²⁴⁷ Nichtsdestotrotz wird die Möglichkeit der Festsetzung eines Mindestalters in fast allen Quellen genannt. Eine unterschiedliche Behandlung des Alters wegen für bestimmte berufliche Tätigkeiten ist laut Unionsrecht erlaubt, wenn diese objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. In Bezug auf ein Mindestalter wird konkret erwähnt "die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung",²⁴⁸ wortgleich dazu § 20 Abs 4 Z 2 GIBG. Argumentieren könnte man also damit, dass ein Mindestalter dazu dient, eine gewisse Reife und Lebenserfahrung sicherzustellen. ME könnte also ein Mindestalter für einen_eine Geschäftsführer_in als angemessenes und erforderliches Mittel gesehen werden, mit dem ein legitimes Ziel verfolgt wird. So halten *Reich-Rohrwig/Szilagyi* für den Vorstand einer AG, in Anbetracht der Verantwortung, ein Mindestalter von 30 für zulässig.²⁴⁹ Zu überlegen ist mE eventuell trotzdem, ob mit anderen Kriterien wie Ausbildung oder Arbeitserfahrung das gewünschte Ziel von geeigneten Geschäftsführer_innen nicht besser zu erreichen wäre.

ME nicht haltbar ist das Ausschlusskriterium Höchstalter, auch wenn sich dieses nach wie vor in der Literatur, auch in jüngerer, findet,²⁵⁰ sogar als konkretes Beispiel: „Die Bestellung endet auch mit Erreichen des 72. Lebensjahres.“²⁵¹ Eine altersbedingte Ungleichbehandlung erfüllt in manchen Berufsfeldern die oben genannten Kriterien der Objektivität und Angemessenheit wie zum Beispiel aus Gründen der Sicherheit, wenn altersbedingt die physischen und psychischen Kräfte nachlassen. Als Beispiele werden hier Einsatzpersonal von Feuerwehr oder

²⁴³ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/09.

²⁴⁴ *Zib in Torggler*, GmbHG § 15 Rz 4.

²⁴⁵ *Fritz/Wildmoser/Koch*, Mustersammlung zum GmbH-Recht² (2015) Kapitel 2.10.9 482.

²⁴⁶ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

²⁴⁷ *Schrenk*, Der ältere Dienstnehmer im Arbeitsrecht, taxlex 2011, 204.

²⁴⁸ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000; Artikel 6, Abs 1b.

²⁴⁹ *Reich-Rohrwig/Szilagyi* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 75 Rz 101 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

²⁵⁰ *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 134.

²⁵¹ *Fritz/Wildmoser/Koch*, Mustersammlung zum GmbH-Recht² (2015) 127.

Polizei genannt.²⁵² Bei körperlich wenig fordernden Positionen wie in der Geschäftsführung ist mE eine diesbezügliche, angemessene Rechtfertigung und ein legitimes Ziel nicht zu erkennen. So hat der OGH zum Beispiel eine Altersgrenze von 55 Jahren für Invertragnahme von Kassenärzt_innen abgelehnt²⁵³ und eine Benachteiligung aufgrund des Alters in einem Bewerbungsvorgang als Verstoß gegen § 17 GIBG gewertet.²⁵⁴ Erst jüngst hat der EuGH dahingehend entschieden, dass eine Satzungsklausel einer Arbeitnehmerorganisation, die ein Höchstalter für die Wählbarkeit in das Amt des_der Vorsitzenden festlegt, unter Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2000/78 fällt und daher diskriminierend ist.²⁵⁵ Das Urteil beschäftigt sich zwar nicht mit GmbHs, erste Kommentare zu dem Urteil erwähnen aber, dass dies wohl auch für Altersgrenzen für die Geschäftsführung gilt.²⁵⁶ Eine Klausel in der Satzung eines Gesellschaftsvertrags, die ein Höchstalter für die Geschäftsführungsbestellung festlegt, sollte mE daher auch als unzulässig eingestuft werden, egal ob die Bestellung mit einem Anstellungsverhältnis einhergeht oder nicht, da der EuGH im Urteil den Zweck der Richtlinie wie folgt beschrieben "die Beseitigung aller auf Diskriminierungsgründe gestützter Hindernisse für ... die Fähigkeit, durch Arbeit, egal in welcher Rechtsform, einen gesellschaftlichen Beitrag zu leisten".²⁵⁷ Eine solche Altersklausel erfüllt auch nicht die Voraussetzungen von Richtlinie 2000/78 zu Ausnahmen, welche eine Diskriminierung erlauben würden - sie sind nicht "durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich".

Familienmitglied/Verwandtschaftsverhältnis: Eine derartige Einschränkungsmöglichkeit wird in rund der Hälfte der Quellen genannt, unter anderem auch bezeichnet als „verwandtschaftlicher Beziehungen“, „Mitgliedschaft zu einer bestimmten Familie“, „Familienzugehörigkeit“ und „bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis“. Es ist die einzige in der Literatur angeführte Einschränkungsgruppe, welche ausschließlich für Familienunternehmen relevant ist. Es ist nicht erkennbar, ob zusätzlich zum Verwandtschaftsverhältnis auch die (nicht) Gesellschafterstellung eine Rolle spielen soll. Da Familienunternehmen zwar oft von einer Person gegründet werden, die Gesellschaftsmitgliedschaft sich aber über die Generationen auf mehrere Familienstämme aufspalten kann, ist diese Einschränkung ein wichtiges Instrument, um den Einfluss unterschiedlicher Gruppierungen von Gesellschafter_innen auszubalancieren und zu sichern. ME

²⁵² Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² § 20 Rz 8 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

²⁵³ OGH 18.07.2011, 6 Ob 246/10k; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² § 17 Rz 53 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

²⁵⁴ OGH 29.01.2013, 9 Ob A 154/12f; Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG² § 17 Rz 140.

²⁵⁵ EuGH 02.06.2022 C-587/20; Krömer, Altersgrenze für Wahl einer Vorsitzenden eines AN-Verbandes, ZAS 2022, 54.

²⁵⁶ Nägele, Altersgrenzen für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte, <naegele-arbeitsrecht.eu/altersgrenzen-fuer-vorstaende-geschaeftsfuehrer-aufsichtsräte> (26.07.2022); Imping, Gewerkschaftsvorsitz und Altersdiskriminierung, <fgvw.de/neues/arbeitsrecht-gewerkschaftsvorsitz-und-altersdiskriminierung> (26.07.2022).

²⁵⁷ EuGH 02.06.2022 C-587/20;

sind solche Einschränkungen rechtens und durch die Vertragsfreiheit gedeckt, keine gesetzlichen Vorgaben werden verletzt.

Staatsbürgerschaft: Die letzte Gruppe an Einschränkungen, die mehrmals in der Literatur erwähnt werden, betrifft Klauseln zur Staatsbürgerschaft der Geschäftsführer_innen. Zweimal wird die österreichische Staatsbürgerschaft erwähnt,²⁵⁸ einmal findet sich die Formulierung "Staatsangehörigkeit des Sitzstaates".²⁵⁹ Wie in Kapitel 4.2.1.4 ausgeführt ist eine Diskriminierung von EU-Ausländer_innen am Arbeitsmarkt nicht zulässig, eine sachliche Begründung dafür wird auch schwer zu finden sein. ME ist eine Einschränkung auf eine bestimmte Staatsbürgerschaft auch nicht zielführend und fördert nicht das Wohl der Gesellschaft. Art 45 AEUV gilt allerdings nur für Unionsbürger_innen – Staatsbürger_innen von Drittstaaten können weiterhin ausgeschlossen werden.²⁶⁰

Zusätzlich zu diesen mehrmals angeführten Einschränkungen erwähnen manche Autoren noch *weitere Klauseln*. Unproblematisch dürfte der "gewöhnliche[n] Aufenthalt im Inland" sein,²⁶¹ da dies auch im GmbHG für zumindest einen_eine Geschäftsführer_in festgelegt ist. Für *Wünsch* ist "Mitgliedschaft zu einem bestimmten Verein" ein mögliches Kriterium,²⁶² *Fritz* erwähnt Fremdsprachenkenntnisse.²⁶³ Beides sollten mE zulässige Einschränkungen sein, da sie keinen rechtlichen Vorgaben widersprechen. Auch der EuGH hat Sprachkenntnisse als Kriterium für den Zugang zu einer Anstellung prinzipiell als zulässig befunden.²⁶⁴ Bei der Einschränkung "Vereinszugehörigkeit" könnte es allerdings auf die Art des Vereines und den Beitrittsprozess ankommen, ob es eventuell zu einer indirekten unerlaubten Diskriminierung kommen könnte.

Kalss/Probst verweisen darauf, dass Kriterien für eine Bestellung zum_zur Geschäftsführer_in auch in anderen Dokumenten festgelegt werden können. Sie führen als Beispiel für eine mögliche Klausel im Gesellschaftsvertrag an: "Status als Berechtigter im Sinne der Familienverfassung".²⁶⁵ Hier wird aber die Publizität des Gesellschaftsvertrages umgangen. Solche Vorgaben sind nicht gesellschaftsrechtlich relevant, sondern binden höchstes die Gesellschafter_innen untereinander schuldrechtlich. Auf eine Bestellung wird nur mit Umweg über die Treuepflicht eingewirkt. Geschäftsführungsbestellungen sind zwar Ermessensentscheidungen, diese können aber durch Treuebindung modifiziert sein, welche sich zum Beispiel aus

²⁵⁸ *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ (2009) § 15 143; *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷ Rz 4.7.

²⁵⁹ *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung (1993) § 15 Rz 18.

²⁶⁰ *Windisch-Graetz*, Diskriminierungsverbot von Wanderarbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit, *ecolex* 2017, 236.

²⁶¹ *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷, Bsp 28 Geschäftsführer.

²⁶² *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung (1993) § 15 Rz 18.

²⁶³ *Fritz*, Die GmbH in der Praxis⁴ (2019) Bsp 109, Rz 701.

²⁶⁴ EuGH C-281/98 - *Angonese*; 06.06.2000.

²⁶⁵ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/8.

einem Syndikatsvertrag ergeben kann.²⁶⁶ Auch wenn Klauseln zu möglichen Geschäftsführer_innen außerhalb des Gesellschaftsvertrages festgelegt werden, ändert dies nichts an rechtlich zwingenden Beschränkungen.

Eine Differenzierung, die in keiner Quelle vorgenommen wird, ist auf Basis der Stellung als Gesellschafter_in. Auch werden Einschränkungen aufgrund von strafrechtlicher Verurteilung, Ausschluss von Personen in Haft, oder Personen, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nicht als Kriterien genannt.

4.3 Mögliche weitere Gestaltungsoptionen im Gesellschaftsvertrag

Die GmbH bietet mit ihrer Mischung aus kapitalistischen und personalistischen Komponenten, ergänzt durch weitgehende Vertragsfreiheit im Gesellschaftsvertrag, einen geeigneten rechtlichen Rahmen für viele Familienunternehmen. So muss bei vom Gesetz abweichenden Satzungsbestandteilen nicht deren Zulässigkeit, sondern umgekehrt die Unzulässigkeit begründet werden.²⁶⁷ So können unter anderem Qualifikationsmerkmale und andere Einschränkungen für die Geschäftsführer_innenbestellung im Gesellschaftsvertrag verankert werden²⁶⁸, wobei es sich – wie schon erläutert – um materielle Satzungsbestandteile handelt, die auch zukünftige Gesellschafter_innen binden.

Das dies speziell bei Familienunternehmen wichtig ist, ergibt sich aus der Verflechtung von Familie, Unternehmen und Organstellung: Bereiche die wohlüberlegt ausbalanciert werden müssen. Gesellschaftsvertragliche Regelungen zur Organbestellung können hier einen Beitrag leisten. Bestellungen sollen nicht (nur) zum Wohl der Familie, sondern hauptsächlich der Gesellschaft getroffen werden. Gleichzeitig sollen aber auch jene Familienmitglieder, die eine Organstellung in der GmbH anstreben, eine faire, sachgerechte Chance bekommen.²⁶⁹

Laut *Kalss* gibt es nur wenige rechtstatsächliche Studien zum Inhalt von Gesellschaftsverträgen,²⁷⁰ diese zeigen aber, dass die umfassenden Gestaltungsmöglichkeiten, die der Gesellschaftsvertrag bietet, meist ungenutzt bleiben. Teilweise liegt das daran, dass entsprechende Regelungen in Syndikatsverträge ausgelagert werden.²⁷¹ Für eine möglichst hohe Rechtssicherheit ist mE aber der Gesellschaftsvertrag das richtige Instrument für Gestaltungsoptionen betreffend der Bestellung geschäftsführender Gesellschafter_innen.

²⁶⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/19.

²⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 4 Rz 19.

²⁶⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 15 Rz 15.

²⁶⁹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/16.

²⁷⁰ *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 249; Beispiel einer solchen Studie in Deutschland zu 528 GmbHs: *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften (1999).

²⁷¹ *Kalss* in *Harrer/Rüffler/Schima*, FS Koppensteiner 155.

Bevor im folgenden Kapitel eigene Klauseln entworfen und diskutiert werden, wurde als Basis Einsicht in Gesellschaftsverträge von österreichischen Familienunternehmen genommen. Dafür wurden 25 nicht-repräsentative GmbHs mit zwei oder mehreren Gesellschafter_innen ausgewählt aus drei Gruppen: (i) persönlich bekannt, (ii) ausgezeichnet als „Österreichs bestes Familienunternehmen“²⁷², und (iii) bekannte österreichische Marken (zB Red Bull, Swarovski). Die Einschätzung von Kalss, dass die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsvertrages nur selten ausgeschöpft werden, bestätigt sich hier. Nur zwei der 25 Gesellschaftsverträge beinhalten Vorgaben zu Qualifikationen und/oder Eigenschaften von Geschäftsführer_innen:

"Schwiegerkinder der Gesellschafter [XY] dürfen nicht zu Geschäftsführern oder Prokuristen bestellt werden."²⁷³

"(1) Mitglieder der Geschäftsführung der Gesellschaft dürfen weder Mitglieder des Verwaltungsrats noch der operativen Geschäftsführung der Mutter- oder Tochtergesellschaften sein ... (2) Zu Mitgliedern der Geschäftsführung der Gesellschaft dürfen nur solche Personen bestellt werden, die (i) die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrung besitzen, die dort anfallenden Geschäftsvorgänge im Regelfall selbst beurteilen zu können, (ii) über die für die Ausführung der Tätigkeit erforderliche persönliche Integrität und Arbeitszeit verfügen ... (4) Für eine Mitgliedschaft in der Geschäftsführung der Gesellschaft ... entsandte Personen werden vor ihrer Bestellung im Hinblick auf ihre Qualifikation durch einen unabhängigen Sachverständigen validiert."²⁷⁴

Da in der Einsichtnahme in bestehende Gesellschaftsverträge nicht mehr Beispiele gefunden wurden, wurden die folgenden Gestaltungsmöglichkeiten hauptsächlich basierend auf identifizierten Lücken an Einschränkungsvorschlägen erstellt.

4.3.1 Erste Gestaltungsmöglichkeit: Unbescholtenheit und Privatinsolvenz

Kandidat_innen für Geschäftsführungspositionen müssen mit einer Strafregisterbescheinigung ihre Unbescholtenheit nachweisen. Personen, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet (bzw. mangels Masse abgewiesen) wurde, dürfen nicht zum_zur Geschäftsführer_in bestellt werden.

Zweck der Klausel: Schutz der Gesellschaft: Handlungsfähigkeit sicherstellen, Ansehen und Vertrauen sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis. Eine rechtskräftige Verurteilung durch ein Strafgericht kann Zweifel am Charakter einer Person wecken und so der Gesellschaft

²⁷² „Die Presse“ und ihre Partner Bankhaus Spängler, BDO sowie die Österreichische Notariatskammer zeichnen jährlich die besten österreichischen Familienunternehmen aus. Mehr dazu zB auf <diepresse.com/unternehmen/familienunternehmen>.

²⁷³ Gesellschaftsvertrag der Glas Gasperlmair Gesellschaft m.b.H.; Fassung vom 04.07.2017.

²⁷⁴ Gesellschaftsvertrag der Swarovski Auslandsholding GmbH; Fassung vom 05.07.2021.

schaden. Sollte eine Verurteilung zu einer Haftstrafe führen, dann ist anzunehmen, dass die Handlungsfähigkeit eingeschränkt ist. Wer sich in einem Insolvenzverfahren befindet, also in "Privatkonkurs", und das persönliche Vermögen nicht mit der nötigen Sorgfalt verwaltet hat, dem sollte man nicht fremdes Vermögen (das der Gesellschaft) anvertrauen.

Anwendungsbereich: Diese Klausel eignet sich sowohl für kleine als auch große (Familien-) GmbHs und geschäftsführende Gesellschafter_innen als auch Fremdgeschäftsführer_innen. Gerade in Familienunternehmen entsteht aber möglicherweise Druck auf die Gesellschafter_innen, Familienmitglieder in die Geschäftsführung zu bestellen, auch wenn dies dem Ansehen der Gesellschaft Schaden zufügen könnten.

Praktische Umsetzbarkeit: Strafregisterbescheinigung: Im Strafregister sind rechtskräftige Verurteilungen durch österreichische Strafgerichte und bestimmte rechtskräftige Verurteilungen ausländischer Strafgerichte bis zum Ende der Tilgungsfrist eingetragen. Tilgungsfristen betragen drei Jahre oder länger, je nach Höhe der ausgesprochenen Strafe und Art.²⁷⁵ Bestätigt die Strafregisterbescheinigung also die Unbescholtenheit einer Person, ist eine rechtskräftige Verurteilung durch ein Strafgericht zumindest in den letzten 3 Jahren auszuschließen. Eine Strafregisterbescheinigung wird nur der betreffenden Person selbst ausgestellt, die Kandidat_innen müssten diese also der Gesellschaft vor der Bestellung zur Verfügung stellen. *Insolvenzverfahren:* Das Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO) ermöglicht nicht nur juristischen, sondern auch natürlichen Personen eine Entschuldung (der sogenannte "Privatkonkurs"). Grundlegende Daten zu Insolvenzverfahren sind kostenlos bis ein Jahr nach Abschluss der Verfahren in der öffentlich zugänglichen *Insolvenzdatei*²⁷⁶ abrufbar, bei Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens drei Jahre lang. Scheint jemand nicht in dieser Datenbank auf, ist anzunehmen, dass diese Person nicht in "Privatkonkurs" ist. Die Abfragen können die Gesellschafter_innen für Kandidat_innen, deren Lebensmittelpunkt in den vorhergehenden Jahren in Österreich war, selbst vornehmen. Ähnliche Portale zur Abfrage gibt es auch in anderen Ländern.

Zulässigkeit: ME ist eine solche Klausel zulässig, in Literatur und Judikatur finden sich dazu einige Hinweise: So wäre eine Bestellung entgegen dieser Klausel aufgrund der Schutz- und Sorgfaltspflicht (Treuepflicht) fragwürdig, wenn auch nicht grundsätzlich verboten.²⁷⁷ *Reich-Rohrwig* zB stellt fest, dass eine Bestellung von Personen in Haft wohl nicht den guten Sitten entsprechen würde, wenn diese Person aufgrund der Haft den Geschäftsführerplichten nicht nachkommen kann.²⁷⁸ Einen deutlichen Hinweis zur Zulässigkeit bietet auch der OGH: "Es

²⁷⁵ <oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafregister/Seite.300030.html> (17.9.2022).

²⁷⁶ <edikte.justiz.gv.at/edikte/id/idedi8.nsf/suche!OpenForm&subf=eid> oder bei Gericht.

²⁷⁷ OGH 27.10.1994, 6 Ob 28/94.

²⁷⁸ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) Rz 2/31.

sind jedoch Fragen nach Vorstrafen zulässig und diese sind wahrheitsgemäß zu beantworten, soweit es sich um ungetilgte Verurteilungen handelt, die den Bewerber für die angestrebte berufliche Tätigkeit objektiv ungeeignet erscheinen lassen."²⁷⁹ Die Nicht-Eignung eines Bewerbers wird unter anderem dadurch begründet, dass ein Bekanntwerden der Verurteilung in der Öffentlichkeit möglicherweise zu einem ungünstigen Image für die Gesellschaft führen könnte. Wenn dies, wie im gegebenen Fall, auf einen Außendienstmitarbeiter zutrifft, dann sollte selbiges mE erst recht für die Geschäftsführung gelten.

Kalss befürwortet eine Pflicht zur Nichtbestellung eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin in die Geschäftsführung aus wichtigem Grund, wenn dieser Grund schon bei der Bestellung bekannt ist.²⁸⁰ Das GmbHG bietet keine Auflistung wichtiger Gründe, der OGH sieht aber einen solchen, wenn der Verbleib des Geschäftsführers unzumutbar ist, "zu würdigen ist auch das Schadenspotential" (RIS-Justiz RS0118175). ME kann ein möglicher Imageschaden für die Gesellschaft einen solchen wichtigen Grund darstellen, der einer Bestellung entgegensteht. Ähnlich der OGH, der festgestellt hat, dass eine rechtskräftige Verurteilung für eine frühere strafbare Handlung einen Entlassungsgrund darstellen kann, wenn der_ die Arbeitnehmer_in dadurch objektiv vertrauensunwürdig geworden ist.²⁸¹ Wer also durch eine Verurteilung vertrauensunwürdig geworden ist, ist mE als Geschäftsführer_in unzumutbar.

Allgemein ist eine Strafregisterbescheinigung in einigen Ausbildungs- und Berufszweigen üblich, wie zB im Sicherheitsdienst oder in Pflege und Betreuung.²⁸² Zuletzt spricht auch eine ähnliche Formulierung im AktG für die Zulässigkeit dieser Klausel: § 87 2a AktG schließt eine Person von Aufsichtsrat aus, die "rechtskräftig wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung verurteilt worden ist, die seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt." Was für den Aufsichtsrat einer AG gilt, sollte mE auch für die Geschäftsführung einer GmbH zulässig sein.

ME ist die Treuepflicht, der die Gesellschafter_innen bei der Bestellung unterliegen nicht nur schwer mit einer strafgerichtlichen Verurteilung, sondern auch mit Privatkonkurs der zur Wahl stehenden Person vereinbar, da auch hier die Gefahr des Imageschadens für die Gesellschaft und die Frage der Vertrauensunwürdigkeit besteht. So spricht § 1024 ABGB prinzipiell Personen, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, die Vertretungsvollmacht ab. Nur aufgrund des Vorranges des GmbHG kommt dies aber bei Geschäftsführer_innenbestellung nicht zur Anwendung. Eine Unvereinbarkeit von Insolvenzverfahren und Geschäftsführungsposition sehen auch *Fritz/Wildmoser/Koch*, welche "die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (bzw Abweisung mangels Masse) oder des Schuldenregulierungsverfahrens über

²⁷⁹ OGH 15.11.2001, 8 Ob A 123/01y; *Kallab*, Glosse zu OGH 15.11.2001, 8 Ob A 123/01y, DRdA 2002, 490.

²⁸⁰ *Kalss*, RdW 2010, 461.

²⁸¹ OGH 26.04.1983, 4 Ob 76/82; *Petrovic*, Glosse zu OGH 26.4.1983, 4 Ob 76/82, DRdA 1986, 209.

²⁸² <oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafregister/Seite.300020.html> (17.9.2022).

das Vermögen des Geschäftsführers" als wichtigen Grund zum Widerruf der Geschäftsführer_innenbestellung nennen, analog sollte diese Einschränkung also auch in der Bestellung zulässig sein.²⁸³

Die zeitliche Komponente der Klausel ergibt sich aus den Tilgungsfristen der Strafen im Strafregister, bzw ist begrenzt auf ein Jahr nach Abschluss des Insolvenzverfahrens (drei Jahre bei Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens) in der Insolvenzdatei. Dieser zeitliche Rahmen ist mE zweckmäßig und nicht unverhältnismäßig in Anbetracht der Verantwortung, die eine Geschäftsführungsposition mit sich bringt.

Fazit: Es spricht mE nichts gegen die Zulässigkeit der Klausel.

4.3.2 Zweite Gestaltungsmöglichkeit: Familienfremde Geschäftsführer_innen

Es sind mindestens 2, maximal 4 Geschäftsführer_innen zu bestellen. Höchstens zwei Gesellschafter-Geschäftsführer_innen und mindestens ein_eine Geschäftsführer_in, der_die nicht Gesellschafter_in ist und auch nicht in einem verwandtschaftlichen (Geschwister, Eltern/Kinder) oder ehelichen Verhältnis zu einer Gesellschafterin oder einem Gesellschafter steht, sind zu bestellen.

Entspricht die Zusammensetzung der Geschäftsführung temporär nicht dieser Klausel, zum Beispiel aufgrund des Ausscheidens einer Person aus der Geschäftsführung, bleiben die Bestellungen der verbleibenden Geschäftsführungsmitglieder gültig. Es muss aber ehestmöglich eine Generalversammlung einberufen werden, um zusätzliche Geschäftsführer_innen zu bestellen, die der Klausel entsprechen.

Anmerkung: In der Literatur wird oft der Begriff "familienfremde Geschäftsführer_in" für Geschäftsführer_innen verwendet, die nicht selbst Gesellschafter_innen sind, und in keinem nahen verwandtschaftlichen Verhältnis zu diesen stehen.²⁸⁴ Dieser Wortwahl wird hier gefolgt.

Zweck der Klausel: (i) Ein Teil der Geschäftsführung sollte (relativ) unabhängig von den Gesellschafter_innen / der Familie sein, so fordern zB *Kalss/Probst* gerade bei familiengeführten Gesellschaften die "Beziehung externen Sachverständs".²⁸⁵ Durch die Verflechtung von Privatem und Beruflichen bei Familienmitgliedern in der Geschäftsführung (siehe Drei-Kreis Modell des Familienunternehmens von *R. Tagiuri* und *J. Davis* - Abbildung 2) besteht die Gefahr, dass geschäftsführende Gesellschafter_innen nicht das Wohl der Gesellschaft in den Vordergrund stellen, sondern das der Familie / eines Familienzweigs. Dem sollte ein familienfremde_r

²⁸³ *Fritz/Wildmoser/Koch*, Mustersammlung zum GmbH-Recht² (2015) Kapitel 2.10.1 465.

²⁸⁴ So zB *Kalss* in *Lueger/Frank*, Erfolgreiche Familienunternehmen; *Müller/Pfeiffer/Hülsbeck*, Gemischte Geschäftsführungsteams in Familienunternehmen, 2016; Familienfremde Führungskräfte im Familienunternehmen – eine Frage des Vertrauens, *Die Presse*, 25.03.2022.

²⁸⁵ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/32.

Geschäftsführer_in entgegenwirken und Fehlentwicklungen aufzeigen. Allerdings sind auch familienfremde Geschäftsführer_innen nie 100% unabhängig, da auch sie von der Generalversammlung, also der Familie bestellt und abberufen werden.

(ii) Professionalisierung kann durch familienfremde Geschäftsführer_innen vorangetrieben werden. Der Pool an potenziellen Geschäftsführer_innen ist begrenzt, wenn nur Familienmitglieder bestellt werden. Dadurch kann in manchen Bereichen der Geschäftsführung die notwendige Expertise fehlen.²⁸⁶ Familienfremde Geschäftsführer_innen können diese Mängel ausgleichen, zur Professionalisierung beitragen und neue Ansätze und Blickwinkel einbringen.

Der zweite Teil der Klausel beschreibt den Bestellvorgang selbst.

Anwendungsbereich: Diese Klausel eignet sich nur für Familienunternehmen und ist nur ab einer gewissen Größe der Gesellschaft zweckdienlich, ab der es Sinn macht, mehrere Geschäftsführer_innen zu bestellen. Kleinunternehmen (bis 9 Mitarbeitende) werden durch diese Klausel eher nicht profitieren, für Kleinunternehmen (bis 49 Mitarbeitende) muss im Einzelfall abgewogen werden, ob mehr als ein_eine Geschäftsführer_in gewünscht ist.²⁸⁷

Praktische Umsetzbarkeit: Während Familienmitglieder, die für Geschäftsführungspositionen infrage kommen, den Gesellschafter_innen in den meisten Fällen bekannt sein werden, müssen Personen, die als familienfremde Geschäftsführer_in bestellt werden können, erst gefunden werden. Die Gesellschafter_innen selbst können diese Suche durchführen, häufig wird aber auch eine Personalberatung beauftragt.²⁸⁸ Weitere Klauseln sollten die Vertretungsbefugnis nach außen und eventuell auch Geschäftsführungsbefugnis/Ressortverteilung im Innenverhältnis regeln. Ungeachtet einer möglichen Ressortverteilung oder Art der Vertretungsbefugnis haften alle Geschäftsführer_innen für die Erfüllung der ihnen gesetzlich auferlegten Pflichten.²⁸⁹ Diese persönliche Haftung sollte für familienfremde Geschäftsführende einen triftigen Grund darstellen, Fehlentwicklungen aufzuzeigen oder auf Defizite hinzuweisen, wodurch der Zweck der Klausel erfüllt ist.

Zulässigkeit: Sowohl Literatur als auch Judikatur liefern keine Anhaltspunkte, die für eine Unzulässigkeit dieser Regelung sprechen. ME ist die Klausel durch die Gestaltungsfreiheit, die der Gesellschaftsvertrag bietet, gedeckt.

²⁸⁶ Müller/Pfeiffer/Hülsbeck, Gemischte Geschäftsführungsteams in Familienunternehmen, 2016.

²⁸⁷ Zur Definition von Klein- und Kleinunternehmen: WKO: Klein- und Mittelbetriebe in Österreich, <wko.at/service/zahlen-daten-fakten/KMU-definition.html> (23.09.2022).

²⁸⁸ Müller/Pfeiffer/Hülsbeck, Gemischte Geschäftsführungsteams in Familienunternehmen, 2016.

²⁸⁹ Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 416.

4.3.3 Dritte Gestaltungsmöglichkeit: Qualitätscheck durch Aufsichtsrat

Sollen Gesellschafter_innen zu Geschäftsführer_innen bestellt werden, müssen die Qualifikationsprofile der Kandidat_innen zuvor dem Aufsichtsrat übermittelt werden. Nur jene, die von den Kapitalvertretern im Aufsichtsrat mit mindestens einfacher Mehrheit als qualifiziert erachtet werden, dürfen in die Geschäftsführung bestellt werden. Selbiges gilt für Personen, die in einem verwandtschaftlichen (Geschwister, Eltern/Kinder) oder ehelichen Verhältnis zu einer Gesellschafterin oder einem Gesellschafter stehen.

Zweck der Klausel: In Familienunternehmen besteht die Gefahr, dass sich Gesellschafter_innen möglicherweise auf Geschäftsführer_innen aus dem Familienkreis versteifen.²⁹⁰ Es braucht daher Regelungen, damit keine "ungeschickten und unternehmerisch untüchtigen" Familienmitglieder in die Geschäftsführung bestellt werden.²⁹¹

Anwendungsbereich: Da ein Aufsichtsrat notwendig ist, um diese Vorgabe zu erfüllen, eignet sich diese Klausel nur für mittlere und große Familienunternehmen mit Aufsichtsrat.

Praktische Umsetzbarkeit: Die Gesellschafter_innen müssen in einem ersten Schritt die Kandidat_innen nennen. Die Generalversammlung kann selbst keine Aufsichtsratssitzung einberufen, kann aber die Geschäftsführung anweisen, dies zu veranlassen: § 30i Abs 1 GmbHG legt fest, dass der_die Vorsitzende des Aufsichtsrats auf Verlangen der Geschäftsführung eine Aufsichtsratssitzung einberufen muss. Somit kann der Aufsichtsrat mit der Aufgabe betraut werden. Werden die Kandidat_innen vom Aufsichtsrat als qualifiziert erachtet, kann die eigentliche Bestellung in der nächsten Generalversammlung erfolgen.

Zulässigkeit: Die Zulässigkeit dieser Klausel ist nicht endgültig geklärt. Relevant dafür sind § 15 Abs 1 GmbHG ("Die Bestellung erfolgt durch Beschluß [sic] der Gesellschafter."), § 30i Abs 4 GmbHG ("Weitere Obliegenheiten können dem Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluß [sic] übertragen werden.") und § 35 Abs 2 GmbHG ("Die Gegenstände, die der Beschlußfassung [sic] durch die Gesellschafter unterliegen sollen, können im Gesellschaftsvertrag vermehrt oder verringert werden.").

Für eine Genossenschaft wurde in OGH 6 Ob 92/07h die Übertragung der Zuständigkeit zur Bestellung der Vorstandsmitglieder an den Aufsichtsrat als unzulässig befunden, mit Hinweis auf die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ und den zwingenden Charakter von § 15 GmbHG.²⁹² In 6 Ob 183/18g bestätigt der OGH die Unzulässigkeit der Übertragung dieser Bestellungskompetenz an andere Organe in der GmbH. Weiters wird festgestellt, dass auch ein bindendes Nominierungsrecht für den Aufsichtsrat mit § 15 Abs 1 GmbHG nicht vereinbar

²⁹⁰ Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 12/9.

²⁹¹ Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 12/16.

²⁹² OGH 25.05.2007, 6 Ob 92/07h

ist, die Bestellung durch die Gesellschafter_innen, wird als zwingend erachtet.²⁹³ Basierend auf diesem Urteil lautet RS0132585 "§ 15 Abs 1 S 3 GmbHG lässt eine Übertragung der Zuständigkeit der Gesellschafter zur Bestellung der Geschäftsführer auf den Aufsichtsrat nicht zu."

In der Literatur wird teilweise die Delegierungsmöglichkeit von Bestellung und Abberufung an andere Organe befürwortet, vorausgesetzt grundlegende Gesellschafterrechte werden nicht beschnitten. So argumentieren *Koppensteiner/Rüffler* gegen eine ausschließliche Zuständigkeit der Generalversammlung mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit und § 35 Abs 2 GmbHG, wo der Gesetzgeber ausdrücklich die Verringerung der Beschlussgegenstände der Generalversammlung erlaubt, und gleichzeitig Ausnahmen festlegt, in denen die Bestellung der Geschäftsführung nicht genannt wird.²⁹⁴ Gleichzeitig liegen für *Koppensteiner/Rüffler* keine Gründe für eine zwingende Wirkung des § 15 Abs 1 GmbHG vor. Die Letztentscheidung liege ohnedies bei den Gesellschaftern aufgrund ihrer Kompetenz zur Satzungsänderung. Diese Ansicht vertreten auch *Arnold/Pampel* und *Artmann/Rüffler*.²⁹⁵ Auch *Torggler* befürwortet eine Zulässigkeit der Bestellungskompetenz durch den Aufsichtsrat, solange grundlegende Rechte von Gesellschafter_innen unangetastet bleiben, also Teilnahme- und Rederecht der Gesellschafter weiterhin sichergestellt sind, zB durch eine Konsultation der Generalversammlung vor der Bestellung.²⁹⁶ Das Anfechtungsrecht bestehe ja durch Abberufbarkeit aus wichtigem Grunde (§ 16 Abs 2 GmbHG). Aufgrund der rechtlichen Unsicherheit raten *Artmann/Rüffler* bis auf Weiteres von einer Übertragung der Bestellungskompetenz auf den Aufsichtsrat ab.

Fazit: Die vorgeschlagene Klausel überträgt weder die Bestellung selbst an den Aufsichtsrat, noch bekommt dieser ein Nominierungsrecht, sie weist also ab von den in OGH 6 Ob 92/07h (25.05.2007) und OGH 6 Ob 183/18g (21.03.2019) gekippten Regelungen. Für die Zulässigkeit spricht, dass weitere Obliegenheiten dem Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag übertragen werden können (§ 30I Abs 4 GmbHG). Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die vorgeschlagene Art der Einbindung des Aufsichtsrats in eine Geschäftsführer_innenbestellung vor Gericht nicht Bestand haben würde.

4.3.4 Vierte Gestaltungsmöglichkeit: Stimmverbot

Gesellschafter_innen unterliegen bei Abstimmungen zu ihrer eigenen Bestellung und Abberufung in die Geschäftsführung einem Stimmverbot.

²⁹³ OGH 21.03.2019, 6 Ob 183/18g.

²⁹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 15 Rz 14.

²⁹⁵ *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 15 Rz 60f; *Artmann/Rüffler*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts² (2020) Rz 910.

²⁹⁶ *Torggler*, GesRZ 2010, 185.

Anmerkung: Im folgenden Kapitel wird davon ausgegangen, dass die Anzahl der jedem_jeder Gesellschafter_in zustehenden Stimmen nur von der Höhe der Stammeinlage abhängt.

Zweck der Klausel: Es ist zu bezweifeln, ob der_die zur Wahl stehende Gesellschafter_in unbefangen über die eigene Befähigung entscheiden kann.²⁹⁷ Mit dieser Klausel kann sich ein_eine Mehrheitsgesellschafter_in, der_die nicht das Vertrauen der Mehrheit der anderen Gesellschafter_innen genießt, nicht selbst in die Geschäftsführung bestellen, und auch Minderheitsgesellschafter_innen müssten mindestens 50% der anderen Gesellschafter_innen von ihrer Eignung überzeugen. Diese Klausel dient nicht nur dem Minderheitenschutz, sondern auch um eine breite Vertrauensbasis für zukünftige geschäftsführende Gesellschafter_innen zu schaffen. Man könnte argumentieren, dass eine solche Klausel nicht notwendig ist, da aus wichtigen Gründen eine gerichtliche Abberufung aller ungeeigneten Geschäftsführer_innen, auch eines_einer Mehrheitsgesellschafters_in, möglich ist. Dies bedeutet aber eine zeitliche Verzögerung, in der Zwischenzeit ist die Bestellung gültig. Auch wäre mE in diesem Fall der Schaden, den das Vertrauen der Gesellschafter_innen untereinander erleidet, wesentlich größer, als wenn eine Bestellung im Vorfeld abgelehnt werden kann. In Familienunternehmen wären die Auswirkungen eine gerichtliche Abberufung, sollte es zu einer solchen kommen, noch gravierender, da auch die privaten, familiären Beziehungen der Gesellschafter_innen untereinander schwer belastet wären. Es ist auch nicht auszuschließen, dass eine solche gerichtliche Abberufung, auch wenn sie gerechtfertigt wäre, von den anderen Gesellschafter_innen nicht eingeleitet werden würde, um der Familie selbst nicht zu schaden, auch wenn dies eventuell nicht zum Besten der Gesellschaft ist. Auch die Abberufung wird durch diese Klausel erleichtert, als Antwort auf Rechtsprechung²⁹⁸, die geschäftsführenden Gesellschafter_innen auch bei Abstimmungen zu deren Abberufung aus wichtigem Grund das Stimmrecht zugesteht (die Möglichkeit der gerichtlichen Abberufung besteht allerdings).

Anwendungsbereich: Diese Klausel eignet sich sowohl für große als auch kleine Familienunternehmen, entscheidend für die Sinnhaftigkeit sind die Besitzverhältnisse der Gesellschaft. Liegen die Gesellschaftsanteile der einzelnen Gesellschafter_innen bei rund 10 - 50% kann diese Klausel ihren Zweck erfüllen. Gibt es viele Gesellschafter_innen, alle davon mit kleinen Anteilen, wird eine solche Klausel keinen großen Einfluss auf Bestellung haben. Umgekehrt kann ein_eine Mehrheitseigentümer_in die Aufnahme einer solchen Klausel in den Gesellschaftsvertrag ablehnen.

Praktische Umsetzbarkeit: Gesellschafter_innen dürfen laut dieser Klausel in der Generalversammlung keine Stimme abgeben, wenn es um ihre Bestellung in oder Abberufung aus der

²⁹⁷ *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 39 Rz 66.

²⁹⁸ ZB OGH 26.04.1988, 3 Ob 549/86.

Geschäftsführung geht. Tun sie dies trotzdem und wird ihre Stimme gezählt, ist der Beschluss anfechtbar (siehe Kapitel 4.2.2.2; RS0106227).

Zulässigkeit: Für die Zulässigkeit entscheidend ist § 39 GmbHG. Abs 4 bestimmt, dass "wem ein Vorteil zugewendet werden soll, hat hiebei weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht". Dadurch sollen Interessenkollisionen bei Geschäften mit sich selbst vermieden werden und niemand soll zum Richter in eigener Sache werden.²⁹⁹ Allerdings findet sich in Abs 5 eine Ausnahme: „Wenn ein Gesellschafter selbst zum Geschäftsführer oder Aufsichtsrat oder Liquidator bestellt oder als solcher abberufen werden soll, so ist er bei der Beschlußfassung [sic] in der Ausübung seines Stimmrechtes nicht beschränkt.“ Der OGH hat diese Gesetzeslage wiederholt bestätigt, und auch in Rechtssätzen festgehalten (zB OGH 29.01.1981, 7 Ob 507/81; OGH 27.02.1986, 8 Ob 515/86; OGH 11.07.1991, 7 Ob 559/91; OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95; OGH 21.11.2018, 6 Ob 191/18h; RS0059960; RS0059976). Eine Satzungsbestimmung, die § 39 Abs 5 GmbHG abändert und einem_einer Geschäftsführer_in das Stimmrecht bei der eigenen Bestellung und Abberufung entzieht, wurde im OGH- Urteil 3 Ob 383/60 (29.11.1960) behandelt. Hier spricht der OGH eindeutig aus, dass § 39 Abs 5 GmbHG bei der Abberufung eines_einer Geschäftsführer_in als *zwingend* anzusehen ist und eine Satzungsbestimmung, die das Stimmrecht entzieht, nichtig ist. Analog ist dies auch für die Bestellung anzunehmen. Allerdings begründet der OGH diese Entscheidung nicht und verweist auf OGH 3 Ob 159/54³⁰⁰. Dieses Urteil beschäftigt sich zwar mit § 39 Abs 4 und Abs 5 GmbHG, nicht aber mit eine Satzungsklausel, welche Abs 5 abändert. Es findet sich auch in diesem Urteil mE keine Begründung für einen zwingenden Charakter von Abs 5.³⁰¹ Der Gesetzgeber hat laut diesem Urteil der Sicherung der Stellung der Mehrheit anderen Erwägungen gegenüber den Vorzug gegeben,³⁰² was mE noch keine Abänderung im Gesellschaftsvertrag ausschließt.

Das § 39 Abs 5 GmbHG zwingend sei, ist auch in der Literatur strittig. *Felll* hält Satzungsklauseln die § 39 Abs 5 GmbHG widersprechen für nichtig,³⁰³ *Lindner* sieht einen inhaltlichen Mangel im Gesellschaftsvertrag, wenn das in § 39 Abs 5 zugesicherte Stimmrecht eingeschränkt werden soll.³⁰⁴ Beide verweisen auf OGH 3 Ob 159/54 und OGH 8 Ob 563/89,³⁰⁵ laut diesen OGH-Entscheidungen sei § 39 Abs 5 GmbHG zwingend. Diese Folgerung aus den Urteilen sind mE nicht schlüssig, und auch in der Literatur nicht begründet.³⁰⁶

²⁹⁹ *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, 229.

³⁰⁰ OGH 17.03.1954, 3 Ob 159/54, SZ 27/71.

³⁰¹ So auch *Gaggl/Sigari-Majd*, Abänderung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag, *ecolex* 2003, 338.

³⁰² OGH 17.03.1954, 3 Ob 159/54, SZ 27/71.

³⁰³ *Felll*, GmbHG § 39 E 167 (Stand 1.2.2022, rdb.at).

³⁰⁴ *Lindner* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 41 Rz 87.

³⁰⁵ OGH 26.04.1990, 8 Ob 563/89, wbl 1990, 313; OGH 17.03.1954, 3 Ob 159/54, SZ 27/71.

³⁰⁶ Ähnlich für §39 Abs 4 GmbHG: *Fantur*, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, GES 2006, 335; *Gaggl/Sigari-Majd*, *ecolex* 2003, 338.

Baumgartner/Mollnhuber/Torggler halten die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Stimmverbote für unzulässig und dementsprechend das Stimmrecht gemäß § 39 Abs 5 GmbHG für unentziehbar.³⁰⁷ In einer früheren Publikation argumentierte *Torggler* allerdings, dass ein kompletter Ausschluss des Stimmrechts zulässig sein sollte, solange weitere Teilbereiche des Rechts auf Entscheidungsteilnahme gewahrt bleiben, also Teilnahme-, Rede- und Anfechtungsrecht, wie es in der vorgeschlagenen Klausel der Fall wäre.³⁰⁸ Allerdings wäre eine Regelung im Gesellschaftsvertrag unzulässig, wenn das Stimmrecht eines_einer Gesellschafter_in sittenwidrig eingeschränkt wird.³⁰⁹ Sittenwidrigkeit ist hier nicht erkennbar, da wie zuvor angemerkt, diese Klausel für zu bestellende Gesellschafter_innen mit kleinem Stimmanteil wenig ändert, und Mehrheitsgesellschafter_innen nicht dazu gezwungen werden können, der Aufnahme der Klausel in den Gesellschaftsvertrag zuzustimmen. *Fritz* sieht eine gesellschaftsvertragliche Klausel, die das Stimmrecht von Gesellschafter_innen bei der Selbstbestellung zum_zur Geschäftsführer_in ausschließt, als Erweiterung des Stimmverbotes in § 39 Abs 4 GmbHG.³¹⁰ Auch *Koppensteiner/Rüffler* bezweifeln den zwingenden Charakter von § 39 Abs 5 GmbHG, sehen aber aufgrund der gerichtlichen Abberufungsmöglichkeit (§ 16 GmbHG) wenig Notwendigkeit dafür.³¹¹

Fazit: Die vorgeschlagene Klausel ist mit großer Rechtsunsicherheit behaftet, anderen gesellschaftsvertraglichen Regelungen wie zum Beispiel der fünften Gestaltungsmöglichkeit ist wohl der Vorzug zu geben. Alternativ kann auch eine Reduktion des Stimmgewichtes für die zu bestellende_n Gesellschafter_in auf eine Stimme für diesen Beschlussgegenstand angedacht werden.³¹²

4.3.5 Fünfte Gestaltungsmöglichkeit: Qualifizierte Mehrheit

Gesellschafter_in können nur mit einer qualifizierten Mehrheit von mindestens 75% der Stimmen zu Geschäftsführer_innen bestellt werden.

Zweck der Klausel: Diese Klausel bietet eine Alternative zur vierten Gestaltungsmöglichkeit, deren Zulässigkeit strittig ist. Hauptzweck ist auch hier, dass Gesellschafter_innen nur bei breiter Zustimmung in die Geschäftsführung bestellt werden können und somit ungeeignete Personen eher von der Geschäftsführung ferngehalten werden und potenzieller Schaden an der Familie und Gesellschaft verringert wird. Die betroffenen Gesellschafter_innen selbst sind stimmberechtigt, allerdings wird die laut § 39 Abs 1 GmbHG standardmäßig nötige einfache

³⁰⁷ Baumgartner/Mollnhuber/Torggler in Torggler, GmbHG § 39 Rz 40 (Stand: 1.8.2014, rdb.at)

³⁰⁸ *Torggler*, GesRZ 2010, 185.

³⁰⁹ *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 4 Rz 131.

³¹⁰ *Fritz/Wildmoser/Koch*, *Mustersammlung zum GmbH-Recht*² (2021) Kapitel 6.1.2.1.

³¹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 39 Rz 44 und 48.

³¹² *Reich-Rohrwig/Kuhn/Rubin-Kuhn* in *Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, *Handbuch Generalversammlung der GmbH*² Rz 1.203 (Stand 1.4.2021, rdb.at).

Mehrheit auf 75% der Stimmen erhöht. Je nach Größe der Anteile der Gesellschafter_innen kann dies zu ähnlichen Ergebnissen wie Klausel 4 führen. Besitzt niemand 75% oder mehr der Gesellschaft, ist zumindest immer die Zustimmung eines_einer anderen Gesellschafter_in nötig, um den_die Mehrheitseigentümer_in in die Geschäftsführung zu bestellen.

Anwendungsbereich: Auch diese Klausel eignet sich für große und kleine Familienunternehmen bei unterschiedlichsten Besitzverhältnissen.

Praktische Umsetzbarkeit: Diese Klausel muss in der Generalversammlung bei der Wahl eines_einer Geschäftsführers_in beachtet werden und sollte in der Praxis weniger Schwierigkeiten bereiten als die vierte Gestaltungsmöglichkeit, da jede_jeder ein Stimmrecht besitzt. Die Frage, wer stimmberechtigt ist, und welche Stimmen zu zählen sind, stellt sich hier also nicht.

Zulässigkeit: Die Zulässigkeit von höheren Mehrheitserfordernissen für bestimmte Generalversammlungsbeschlüsse ist unbestritten. So erwähnt das Gesetz (§ 39 Abs 1 GmbHG) die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag für manche Beschlussgegenstände andere als einfache Mehrheiten festzuschreiben. Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass höhere Mehrheitserfordernisse für Generalversammlungsbeschlüsse gesellschaftsvertraglich bestimmt werden können.³¹³ In Bezug auf die Geschäftsführung führt zum Beispiel *Fritz* an, dass ein höheres Mehrheitserfordernis für die Bestellung von Gesellschafter-Geschäftsführer_innen gesellschaftsvertraglich vereinbart werden kann.³¹⁴ Auch *Koppensteiner/Rüffler* plädieren für die Möglichkeit eine Erhöhung der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse in Zusammenhang mit Geschäftsführer_innen-Bestellungen und Abberufungen.³¹⁵

Fazit: Diese Klausel sollte vor Gericht Bestand haben.

³¹³ So zB *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 11 (Stand 1.8.2013, rdb.at); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 39 Rz 5; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/294 (Stand 1.6.2017, rdb.at)².

³¹⁴ *Fritz/Wildmoser/Koch*, Mustersammlung zum GmbH-Recht² (2021) Kapitel 6.1.2.1.

³¹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 39 Rz 48.

5 Organbestellung: Gesellschafter_innen im Aufsichtsrat

Wie in 2.3.3 ausgeführt, ist für GmbHs ein Aufsichtsrat nur in speziellen Fällen gesetzlich vorgeschrieben, ansonsten fakultativ (§ 29 GmbHG). Dass dieses Organ freiwillig nur wenig genutzt wird, zeigt sich in den Zahlen: 2010 hatten 1.475 von 119.475 GmbHs einen Aufsichtsrat, damit nur etwas mehr als 1%.³¹⁶ Dabei kann ein Aufsichtsrat nicht nur im Nachhinein kontrollieren, sondern auch als Beratungsorgan einer Gesellschaft eingerichtet werden und grundlegende Entscheidungen beeinflussen. *Kalss/Probst* bezeichnen einen freiwilligen Aufsichtsrat als ein Instrument nachhaltiger, erfolgreicher Unternehmensführung.³¹⁷ Für *Fritz* signalisiert ein Aufsichtsrat Professionalität nach außen und kann neue oder für Gesellschafter_innen unbequeme Impulse bringen.³¹⁸ Viele Unternehmen richten daher einen Beirat oder ähnliches mit aufsichtsratsähnlicher Funktion ein, um gesetzlichen Vorgaben wie der Einbindung der Mitarbeitenden, auszuweichen.³¹⁹ Decken sich die Kernkompetenzen allerdings mit jenen eines Aufsichtsrats, vor allem in Bezug auf Kontrollaufgaben, sind alle gesetzlichen Bestimmungen zu einem Aufsichtsrat zu beachten.³²⁰

Ist ein Aufsichtsrat eingerichtet, egal ob zwingend oder fakultativ, ist die Auswahl der Mitglieder entscheidend. Eine Bestellung von Gesellschafter_innen in den Aufsichtsrat kann durchaus Sinn machen, zum Beispiel um Minderheitsgesellschafter_innen einen gewissen Einfluss zukommen zu lassen, also die Machtverhältnisse in der Gesellschaft auszubalancieren. Wie auch schon bei der Auswahl der Geschäftsführung sollte eine sorgfältige Erstellung von Eignungskriterien angedacht werden, um die Qualität des Organs sicherzustellen. Es stellt sich also auch hier die Frage, welche Vorgaben im Gesellschaftsvertrag zur Eignung von Gesellschafter_innen als Aufsichtsratsmitglieder (nicht) möglich sind.

Anmerkung: Da das Gesetz bei Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats nicht zwischen fakultativ und zwingend unterscheidet,³²¹ wird diese Differenzierung auch hier nicht weiter vorgenommen. Arbeitnehmervertreter_innen werden nur am Rande erwähnt, da Gesellschafter_innen keinen Einfluss auf deren Bestellung haben.

5.1 Bestellungswege

Die Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrates erfolgt in der *Generalversammlung* mit einfacher Mehrheit, falls im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist (§ 30b Abs 1

³¹⁶ *Hoffmann/Kalss/Klampfl/Maidorfer*, Stand der Unternehmensaufsicht in Österreich, AR aktuell 2011, 5.

³¹⁷ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 13/107.

³¹⁸ *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ (2021) 2/46.

³¹⁹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 7/116ff.

³²⁰ RIS-Justiz RS0121278.

³²¹ OHG 26.02.2002, 1 Ob 144/01k; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 29 690.

GmbHG).³²² Der Aufsichtsrat muss mindestens drei Mitglieder von Kapitalseite her umfassen, im Vergleich zum AktG ist keine Höchstanzahl festgelegt (§ 30 GmbHG). Laut § 39 Abs 5 GmbHG unterliegen Gesellschafter_innen, welche für einen Sitz im Aufsichtsrat kandidieren, bei der Wahl keinem Stimmverbot. Die Funktionsperiode von gewählten Aufsichtsratsmitgliedern ist begrenzt (§ 30b Abs 2 GmbHG), eine Wiederwahl aber zulässig.³²³

Werden mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder in einer Generalversammlung gewählt, kann von Gesellschafter_innen, die mindestens ein Drittel des vertretenen Stammkapitals repräsentieren, die separate Wahl jedes Aufsichtsratsmitgliedes verlangt werden. Werden in den ersten zwei Wahldurchgängen wenigstens ein Drittel der Stimmen erfolglos für dieselbe Person abgegeben, gilt diese automatisch als gewählt (§ 30b Abs 1 GmbHG). Dies wird aber in der Praxis durch überlappende Funktionsperioden der Aufsichtsräte häufig umgangen.³²⁴

Ein *Nominierungsrecht* für einzelne Gesellschafter_innen kann vereinbart werden, entspricht aber nur einem Wahlvorschlag und bindet Gesellschafter_innen in ihrer Wahlentscheidung nicht.³²⁵

Die Möglichkeit, einzelnen Gesellschafter_innen ein *Entsendungsrecht* zuzugestehen, ist durch § 30c GmbHG gegeben. Dieses muss als Sonderrecht im Gesellschaftsvertrag verankert sein und ist entweder persönlich mit dem Gesellschafter verknüpft, oder an einen Geschäftsanteil gebunden und gilt dann nur für vinkulierte Geschäftsanteile.³²⁶ Im Vergleich zum Nominierungsrecht ist ein Entsendungsrecht unabhängig von der Zustimmung der Generalversammlung. Daher macht es vor allem für Minderheitsgesellschafter_innen Sinn, deren Kandidat_innen sonst vielleicht nicht gewählt werden würden, um deren Einfluss auf die Gesellschaft sicher zu stellen.³²⁷ Im Vergleich zum AktG gibt es keine Limitierung der Anzahl der entsendeten Aufsichtsratsmitglieder – alle Kapitalvertreter_innen können entsendet sein. Die Möglichkeit einer gerichtlichen Abberufung aus wichtigem Grund wird als ausreichend zum Schutz von Minderheitenrechten angesehen.³²⁸ Es ist auch zulässig, dass Gesellschafter_innen sich selbst entsenden,³²⁹ Entsendungsberechtigte sind aber immer durch die Treuepflicht gebunden, keine ungeeigneten Personen zu entsenden³³⁰. Das Entsendungsrecht kann nicht an Dritte übertragen werden, also auch nicht an die Geschäftsführung oder andere

³²² *Straube/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30 Rz 13.

³²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30b Rz 6.

³²⁴ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30b Rz 28 (Stand 20.10.2020, rdb.at).

³²⁵ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 30b 733; *Doralt*, Entsendung bei der AG in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) Rz 178.

³²⁶ *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷ Rz 6.29ff; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 745.

³²⁷ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 744.

³²⁸ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 744.

³²⁹ OGH 25.06.2003, 9 Ob 64/03g; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 746.

³³⁰ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 38 (Stand 20.10.2020, rdb.at).

Aufsichtsräte.³³¹ Da einem_einer Gesellschafter_in das Recht zur Entsendung mehrerer Aufsichtsratsmitglieder eingeräumt werden kann, ist Vorsicht geboten, eine ausgewogene Zusammensetzung dieses Organs zu garantieren.³³² Im Vergleich zu gewählten, gibt es für entsandte Aufsichtsratsmitglieder keine zeitliche Limitierung ihrer Organstellung, sie werden ausschließlich durch die jeweiligen entsendenden Gesellschafter_innen abberufen.³³³ Ihre Rechte und Pflichten unterscheiden sich nicht von gewählten Aufsichtsratsmitgliedern, ein gewisses Weisungsrecht der entsendenden Gesellschafter_innen gegenüber den von ihnen entsendeten Aufsichtsratsmitgliedern wird angenommen.³³⁴

Ist der Aufsichtsrat seit mehr als drei Monaten nicht funktionsfähig, also beschlussfähig, werden entweder von Amts wegen oder auf Antrag der Geschäftsführung, der Gesellschafter_innen oder des Aufsichtsrates, Aufsichtsratsmitglieder *gerichtlich* bestellt, um die Beschlussfähigkeit wiederherzustellen (§ 30d GmbHG).³³⁵ Das zuständige Firmenbuchgericht ist dabei an gesellschaftsvertragliche Qualifikationserfordernisse gebunden.³³⁶

5.1.1 Der_die Aufsichtsratsvorsitzende

Der Aufsichtsrat ist ein *Kollegialorgan*, die Rechte und Pflichten gelten für alle Mitglieder, und es macht keinen Unterschied, welches Mitglied welche Rolle im Organ übernimmt, solange das Organ als Ganzes seine Aufgabe erfüllt.³³⁷ Allerdings muss aus der Gruppe der Aufsichtsratsmitglieder ein_eine Vorsitzende_r und mindestens ein_eine Stellvertreter_in bestellt werden (§ 30 g Abs 1 GmbHG). Der_die Aufsichtsratsvorsitzende nimmt eine Sonderstellung im Organ ein, er_sie ist das Bindeglied zwischen Aufsichtsrat und den anderen Organen und leitet und koordiniert den Aufsichtsrat.³³⁸ Die Wichtigkeit des Vorsitzes und der damit verbundene Zeitaufwand wird unter anderem im GmbHG in § 30a Abs 2 angedeutet, bei der Beschränkung der Höchstzahl an erlaubten Aufsichtsratssitzen, wo ein Vorsitz doppelt zählt. Die Position des_der Vorsitzenden dient der Selbstorganisation des Aufsichtsrats, sowohl Kapital- als auch Arbeitnehmervertreter_innen kommen infrage.³³⁹ Ob besondere Qualifikationserfordernisse für den_die Vorsitzende_n in der Satzung festgelegt werden können, und dadurch eine

³³¹ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 18; Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 746.

³³² Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 746; Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 25.

³³³ Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 747.

³³⁴ Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c 748.

³³⁵ Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 30d 752.

³³⁶ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30d Rz 17 (Stand 20.10.2020, rdb.at); Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30d 753.

³³⁷ Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30 712f.

³³⁸ Endl/Zumbo, Der Aufsichtsratsvorsitzende – erster unter Gleichen? in *Blocher/Gelter/Pucher*, FS Nowotny (2015) 290.

³³⁹ Heidinger in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30g 766.

Einflussnahme der Gesellschafter_innen auf die Wahl, ist weder für die GmbH noch die AG endgültig geklärt. Teilweise werden Eignungsvoraussetzungen als zulässig angesehen, falls nicht zu restriktiv, vor allem wenn sie funktionsbedingte Qualifikationen wie Führungskompetenz betreffen.³⁴⁰ Die Einschränkungen in der Satzung dürfen aber kein einziges Aufsichtsratsmitglied von der Wählbarkeit ausschließen, zB aufgrund von Ausbildung oder Familienzugehörigkeit.³⁴¹ Dies wird begründet mit unzulässiger Einschränkung der Organisationsautonomie des Aufsichtsrats, sollten manche Mitglieder durch solche Voraussetzungen von der Wahl ausgeschlossen werden.³⁴²

Für AGs wird außerdem angemerkt, dass einem entsendeten Aufsichtsratsmitglied in der Satzung nicht das Recht auf den Vorsitz eingeräumt werden kann, allgemein kann die Wahl des_der Vorsitzenden nicht von der Zustimmung der Aktionäre abhängig gemacht werden.³⁴³ In mitbestimmten GmbHs ist ein Übertragen der Zuständigkeit für die Wahl der_des Aufsichtsratsvorsitzenden an die Generalversammlung laut hM unzulässig, mit Verweis auf das ArbVG (§ 110 Abs 3 Satz 5).³⁴⁴ Bei nicht mitbestimmten GmbHs werden in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten, ob in der Satzung diese Kompetenz abgegeben werden kann, oder dies eine unerlaubte Einschränkung der Organisationsautonomie des Aufsichtsrats darstellt.³⁴⁵

Da diese Fragen des Einflusses der Generalversammlung auf den Aufsichtsrat nicht geklärt sind, weder für eine direkte Wahl des Vorsitzenden noch für das Festlegen von Eignungsvoraussetzungen, sollte mE schon im ersten Schritt, nämlich Klauseln zur Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder, der Hebel angesetzt werden, um die gewünschte Qualität im Aufsichtsrat und Vorsitz sicherzustellen.

³⁴⁰ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30g; *Endl/Zumbo* in *Blocher/Gelter/Pucher*, FS Christian Nowotny, 290.

³⁴¹ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 92 Rz 23 (Stand 1.6.2021, rdb.at).

³⁴² *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30g Rz 5; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30g Rz 49.

³⁴³ *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 92 Rz 12 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 92 Rz 30.

³⁴⁴ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30g Rz 38; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30g Rz 767.

³⁴⁵ Dafür zB *Umfahrer*, GmbH - Handbuch⁷ Rz 6.55; dagegen: *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30g; Literaturüberblick in *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30g.

5.2 Judikatur und Literatur zu Einschränkungen betreffend Bestellung von Aufsichtsräten

5.2.1 Gesetzliche Einschränkungen des Personenkreises und Judikatur

5.2.1.1 Vorgaben im GmbHG

Im Vergleich zu den spärlichen gesetzlichen Voraussetzungen, die Geschäftsführer_innen erfüllen müssen, ist der Kreis der Personen, die für eine Aufsichtsratsfunktion infrage kommen, etwas eingeschränkter durch das GmbHG. Diese Einschränkungen sind ähnlich, aber nicht ident mit jenen im AktG. Die in Folge beschriebenen Einschränkungen gelten sowohl für Familienfremde als auch (Familien-) Gesellschafter_innen, welche Aufsichtsratsmitglieder werden wollen.

Wie auch schon in die Geschäftsführung, können nur *natürliche Personen* in den Aufsichtsrat bestellt werden (§ 30a Abs 1 GmbHG). Aus den Aufgaben und der Verantwortung die mit der Organstellung verbunden sind ergibt sich, dass nur voll geschäftsfähige und deliktsfähige Personen bestellt werden dürfen.³⁴⁶

Die *Anzahl der Aufsichtsratssitze* die eine Person haben darf, ist eingeschränkt (§ 30a Abs 2-5 GmbHG), um eine Überlastung der Aufsichtsratsmitglieder zu verhindern und eine ordnungsgemäße Ausübung der Organfunktion sicherzustellen.³⁴⁷ Die Tätigkeit als Vorsitzende_r zählt hier doppelt.

Ausgenommen von einer Tätigkeit im Aufsichtsrat sind *Geschäftsführer_innen und leitende Angestellte* der Gesellschaft, auch von Tochterunternehmen (§ 30e GmbHG). Der OGH hat entschieden, dass dies eine generelle Unvereinbarkeit einer Aufsichtsratsfunktion mit einem Beschäftigungsverhältnis mit der Gesellschaft bedeutet, da eine persönliche Abhängigkeit Mitarbeitender von der Geschäftsführung, die sie aber als Aufsichtsratsmitglieder kontrollieren sollten, nicht ausgeschlossen werden kann, und dies zu Interessenkollisionen führen könnte.³⁴⁸ Dies betrifft auch Gesellschafter_innen, wenn sie gleichzeitig Arbeitnehmer_innen der Gesellschaft sind.³⁴⁹ Hier gilt allerdings die schon für die Geschäftsführung erwähnte Ausnahme, dass Aufsichtsratsmitglieder vertretungsweise und zeitlich befristet in die Geschäftsführung bestellt werden können, in dieser Zeit ruht dann die Tätigkeit im Aufsichtsrat (§ 30e Abs 2 GmbHG).

³⁴⁶ *Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 30a 721; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30a Rz 17ff (Stand 20.10.2020, rdb.at).*

³⁴⁷ *Rauter in Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴ (2020) 356.*

³⁴⁸ OGH 25.09.1997, 6 Ob 174/97z; *Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 30e 756f.*

³⁴⁹ *Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² § 30a 721.*

Weitere Einschränkungen ergeben sich in *Konzernunternehmen*: § 30b Abs 2 Z 2 GmbHG verbietet es gesetzlichen Vertreter_innen von Tochterunternehmen, dem Aufsichtsrat der Mutter anzugehören, um die Unabhängigkeit sicherzustellen. Analog zu § 30e GmbHG gilt dieses Verbot nicht nur für die Geschäftsführung, sondern für alle Arbeitnehmer_innen des Tochterunternehmens.³⁵⁰ Auch *Kreuzverflechtungen* sind untersagt: gesetzliche Vertreter_innen anderer Kapitalgesellschaften dürfen nicht dem Aufsichtsrat der GmbH angehören, wenn ein_eine Geschäftsführer_in der GmbH Aufsichtsratsmitglied der anderen Gesellschaft ist, diese Einschränkung gilt allerdings nicht in Konzernen und bei unternehmerischen Beteiligungen (§ 30b Abs 2 Z 3 GmbHG).³⁵¹

Wettbewerbsverbot und Unvereinbarkeit: eine gänzliche Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern sieht das Gesetz nicht vor. Geschäftsführer_innen eines Unternehmens dürfen zwar nur mit Zustimmung der Gesellschaft dem Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens im gleichen Geschäftszweig beitreten (§ 24 Abs 1 GmbHG), ansonsten gilt nur die Offenlegungspflicht laut § 30b Abs 1a GmbHG.³⁵² Es ist an den bestellenden/entsendenden Gesellschafter_innen, mögliche Interessenkonflikte zu bewerten und in eine Beststellungsentscheidung einfließen zu lassen.

Kandidat_innen müssen ihre *fachliche Qualifikation* und Unbefangenheit nachweisen (§ 30b Abs 1a GmbHG): "Vor der Wahl haben die vorgeschlagenen Personen den Gesellschaftern ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen oder vergleichbare Funktionen sowie alle Umstände darzulegen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten". Dies gilt nicht für entsendete Mitglieder, da hier ausdrücklich von der Wahl die Rede ist.³⁵³ Das Gesetz macht keine konkreten Vorgaben, welche Qualifikation und Erfahrung notwendig sind, Aufsichtsräte müssen aber mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ handeln (§ 25 Abs 1 GmbHG erlangt durch § 33 Abs 1 Geltung für Aufsichtsräte). In der Judikatur findet sich zu notwendigen Qualifikationen: "Er muß [sic] in geschäftlichen und finanziellen Dingen ein größeres Maß an Erfahrung und Wissen besitzen als ein durchschnittlicher Kaufmann und die Fähigkeit haben, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen".³⁵⁴ Etwas konkreter führt zum Beispiel Heidinger an: "... allgemeine Kenntnisse der Branche, in der die Gesellschaft tätig ist, die Fähigkeit, Bilanzen lesen und analysieren zu können, sowie rechtliche Grundkenntnisse", dazu kommen, falls notwendig, besondere Fachkenntnisse.³⁵⁵ Die Eignung einer Person hängt aber

³⁵⁰ Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² § 30a 726f; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30a Rz 54.

³⁵¹ Im Detail dazu zB Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30a Rz 56ff.

³⁵² Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² § 30a 728f.

³⁵³ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar³ § 30b Rz 2a.

³⁵⁴ RIS-Justiz RS0049309.

³⁵⁵ Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² § 33 843.

vom Einzelfall ab,³⁵⁶ nicht jedes Mitglied muss in allen Bereichen über Detailkenntnisse verfügen, da der Aufsichtsrat ein Kollegialorgan ist.³⁵⁷

Die *Geschlechterquote* im Aufsichtsrat von AGs (§ 86 Abs 7 AktG) hat durch § 30 GmbHG auch für GmbHs Gültigkeit, für Gesellschaften mit mehr als 1000 Arbeitnehmer_innen, bei mindestens sechs Kapitalvertreter_innen und mindestens 20 Prozent Arbeitnehmerinnen beziehungsweise Arbeitnehmern. In diesem Fall müssen mindestens 30 Prozent der Aufsichtsratsmitglieder Frauen und 30 Prozent Männer sein. Die Geschlechterquote gilt für den Aufsichtsrat als Ganzes, also inklusive gewählter und entsendeter Kapitalvertreter_innen und Arbeitnehmervertreter_innen, die Quote muss bei jeder Bestellung beachtet werden.³⁵⁸ Bestellungen die gegen die Geschlechterquote verstoßen, sind nichtig (§ 86 Abs 7 AktG).

Das AktG geht allerdings noch weiter als das GmbHG, § 87 Abs 2a legt fest, dass geachtet werden muss auf: "fachliche und persönliche Qualifikation der Mitglieder"; "fachlich ausgewogene Zusammensetzung"; "Aspekte der Diversität ... beider Geschlechter und die Altersstruktur"; Internationalität; "niemand zum Aufsichtsratsmitglied gewählt wird, der rechtskräftig wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung verurteilt worden ist, die seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt." Im GmbHG findet sich keine ähnliche Formulierung. Allerdings benötigen "fünffach große Gesellschaft" mindestens einen_eine Finanzexperte_in im Aufsichtsrat, für den Prüfungsausschuss (§ 30g Abs 4a GmbHG).

Zuletzt gibt es einige *sondergesetzliche Unvereinbarkeiten* zum Beispiel für Politiker_innen, Richter_innen, Mitglieder des Rechnungshofs und Beamt_innen, welche hier nicht näher behandelt werden.³⁵⁹

5.2.1.2 Judikatur: Geschlechterklausel

Die Geschlechterverteilung der Aufsichtsratsmitglieder von Gesellschaften mit mehr als 1000 Mitarbeitenden ist gesetzlich geregelt im Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat (GFMA-G), welches sowohl das AktG also auch das GmbHG modifiziert. Dies schließt aber noch nicht aus, dass für einige/bestimmte Aufsichtsratspositionen geschlechter-spezifische Regelungen im Gesellschaftsvertrag getroffen werden können. Die Unzulässigkeit einer solchen Klausel ergibt sich aber aus dem schon für die Geschäftsführung in Kapitel 4.2.1.2 diskutierten OGH-Urteil 6 Ob 55/18h (24.01.2019) und der Anwendbarkeit des GIBG, da es sich auch bei einer Aufsichtsratsposition um eine selbstständige Erwerbstätigkeit handelt. Diese Ansicht wird auch in der Literatur bestätigt.³⁶⁰ Es ist auch für den Aufsichtsrat davon

³⁵⁶ *Felll*, GmbHG § 30b E10 (Stand 1.2.2022, rdb.at).

³⁵⁷ OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

³⁵⁸ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30 718.

³⁵⁹ Ein Überblick findet sich zB bei *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 64ff.

³⁶⁰ *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 249; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a Rz 7.

auszugehen, dass Diskriminierungsverbote auch für andere im GIBG genannte Kriterien wie ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung gelten. So weist etwa Winkler darauf hin, dass Diskriminierungsverbote bei einschränkenden Gesellschaftsvertragsklauseln berücksichtigt werden müssen.³⁶¹

5.2.1.3 Judikatur: Diskriminierung von EU-Ausländer_innen und sittenwidrige Einschränkungen

Analog zur Geschäftsführung besteht auch in Bezug auf den Aufsichtsrat ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit von EU-Bürger_innen, basierend auf einem EuGH-Urteil.³⁶² Selbiges gilt wohl auch für die anderen in Kapitel 4.2.1.3 angeführten Diskriminierungsgründe (Adeligkeit, Heirat).

5.2.2 Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit und Missachtung

5.2.2.1 Unzulässiger Satzungsbestandteile und Missachtung

Die Rechtsfolgen unzulässiger Satzungsbestandteile sind schon in Kapitel 4.2.2.1 beschrieben, gleiches gilt hier, nämlich dass eine GmbH nicht ins Firmenbuch eingetragen werden darf, wenn der Gesellschaftsvertrag unzulässige Bestimmungen enthält. Geschieht dies dennoch und Beschlüsse werden aufgrund einer unzulässigen Klausel getroffen, sind diese anfechtbar.

Wie auch schon bei Klauseln zur Geschäftsführung sollen gesellschaftsvertragliche Einschränkungen betreffend Aufsichtsratsbestellungen für alle Gesellschafter_innen, also auch zukünftige, gelten. Es handelt sich hier um organisatorische und damit materielle Regelungen. Bei Missachtung besteht das Recht auf Anfechtung,³⁶³ wie beschrieben in Kapitel 4.2.2.2, dort auch mehr zu treuwidriger Stimmabgabe. Hinzuzufügen ist, dass der maßgebliche Zeitpunkt nicht die Beschlussfassung, sondern die Annahme der Bestellung durch die bestellte Person oder der Beginn der Amtstätigkeit ist, daher kann ein Beschluss vorerst (schwebend) unwirksam sein.³⁶⁴

5.2.2.2 Haftungsfragen bei Bestellung ungeeigneter Aufsichtsräte

Die persönliche Haftung von Aufsichtsräten ergibt sich aus § 33 mit Verweis auf § 25 GmbHG. Wie auch Geschäftsführer_innen machen sie sich der Einlassungsfahrlässigkeit schuldig,

³⁶¹ Winkler in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 30a Rz 10.

³⁶² EuGH C-281/98 - Angonese; 06.06.2000; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ (2009) § 30a 386; *Heidinger in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722; ablehnend: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ (2007) § 30a Rz 4.

³⁶³ *Eckert/Schopper in Torggler*, GmbHG § 30a Rz 16 (Stand: 1.8.2014, rdb.at); *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 24, *Heidinger in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 730.

³⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30a Rz 15; *Eckert/Schopper in Torggler*, GmbHG § 30a Rz 16.

wenn sie die Bestellung annehmen, ohne über ausreichende Qualifikationen zu verfügen.³⁶⁵ Sollte die Gesellschaft durch sorgfaltswidriges Verhalten von Aufsichtsräten Schaden nehmen, ist ein Mitverschulden der bestellenden Gesellschafter_innen hier aber eher anzunehmen als bei der Geschäftsführung: Personen, die für eine Aufsichtsratsposition vorgesehen sind, müssen laut § 30b Abs 1a GmbHG ihre fachliche Qualifikation darlegen. Das Gesetz schreibt der Generalsammlung im Vergleich zur Hauptversammlung einer AG zwar nicht vor, dass auf die Qualifikationen der Kandidat_innen geachtet werden muss, werden aber offensichtlich ungeeignet Aufsichtsratsmitglieder bestellt, können diese eventuell ein Mitverschulden der bestellenden Gesellschafter_innen geltend machen, aufgrund von Auswahlverschulden.³⁶⁶ Gegenstimmen zu dieser Annahme finden sich in der Literatur keine. Wie schon im Kapitel zur Geschäftsführung angeführt, (Kapitel 4.2.2.3) ist mE die Mitschuld der Gesellschafter eher argumentierbar, wenn bei der Bestellung gesellschaftsvertragliche Vorgaben missachtet wurden. Umgekehrt kann aber das Vorhandensein von Qualifikationsmerkmalen für Aufsichtsräte in der Satzung, wenn beachtet, als Absicherung der Gesellschafter_innen dienen. Im Vergleich zur AG ist anzumerken, dass allgemein die Haftung von Aufsichtsräten einer GmbH als geringer angesehen wird, da die Generalversammlung eine zusätzliche Kontrollinstanz der Geschäftsführung darstellen, dieser auch Weisungen erteilen kann, und vor allem die Bestellung der Geschäftsführung nicht durch den Aufsichtsrat erfolgt.³⁶⁷

5.2.3 Einschränkungen der Bestellung: Beispiele aus der Literatur

Unbestritten ist, dass in der Satzung Klauseln zu Eigenschaften oder Qualifikationsmerkmalen von Aufsichtsratsmitgliedern zulässig sind.³⁶⁸ Diese Einschränkungen können sowohl für alle Aufsichtsratsmitglieder, als auch nur für einzelne Mandate gelten, um eine Breite an unterschiedlichen Kompetenzen sicherzustellen.³⁶⁹ Es muss aber darauf geachtet werden, dass der Kreis der Personen nicht so weit eingeschränkt wird, dass eine freie Auswahl geeigneter Personen praktisch nicht mehr möglich ist.³⁷⁰ In der Literatur wird diskutiert, ob im Gesellschaftsvertrag festgeschriebene Einschränkungen und Anforderungen dem Unternehmenszweck

³⁶⁵ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 33 Rz 40 (Stand 1.9.2021, rdb.at); *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 721.

³⁶⁶ *Felll*, GmbHG § 33 Anm 2 (Stand 1.2.2022, rdb.at); *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 721.

³⁶⁷ *Heidinger* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² Kap. 40 Rz 40f (Stand 1.3.2016, rdb.at).

³⁶⁸ So zB ohne konkrete Beispiele in *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ § 30a 386; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30a Rz 2; *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 152.

³⁶⁹ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 23; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722.

³⁷⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30a Rz 4; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30a Rz 2; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 22.

dienen müssen. *Koppensteiner/Rüffler* befürworten dies, so wie auch *Gellis/Feil*.³⁷¹ *Heidinger* hält dies für eine unzulässige Einschränkung der Vertragsfreiheit, solange die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats sichergestellt ist.³⁷² Auch *Rauter* sieht die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates sichergestellt, solange die Einschränkungen nicht zu limitierend sind und ausreichende Auswahlfreiheit besteht.³⁷³

Tabelle 2 bietet einen Überblick über Literatur betreffend GmbHs mit Beispielen für Einschränkungen des Personenkreises, der für die Wahl in den Aufsichtsrat in Frage kommt. Analog zu den Einschränkungen betreffend Geschäftsführer_innenbestellung wurden auch hier die Beispiele chronologisch angeführt und thematisch geordnet in folgende Kategorien:

- Ausbildung / Qualifikation
- Alter
- Familienmitglied / Verwandtschaft
- Staatsbürgerschaft
- Ausschlussgründe

Da für den Aufsichtsrat insgesamt deutlich weniger Beispiele in der Literatur angeführt sind als für die Geschäftsführung, wurden Ausbildung und (berufliche) Qualifikationen zusammengefasst. Im Anschluss an die Tabelle wird die Zulässigkeit der Kriterien diskutiert und Vergleiche zu Geschäftsführungsbestellung und AktG angestellt.

³⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30a Rz 4; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ § 30a 386.

³⁷² *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722.

³⁷³ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 22.

Tabelle 2: Literaturbeispiele von Einschränkungen des Personenkreises für die Bestellung in den Aufsichtsrat – chronologisch angeführt. Mit Ausnahme des "Handbuch Aufsichtsrat" von *Kalss/Kunz* sind alle Quellen spezifisch für GmbHs. Literatur zu Aufsichtsräten in AGs wird allerdings in der Diskussion der Kategorien angeführt.

Autoren und Autorinnen	Jahr	Einschränkungsbereich					
		Ausbildung/ Qualifikation	Alter	Familienmitglied/ Verwandtschaft	Staatsbürger- erschaft	Ausschlussgründe	Sonstiges
<i>Wünsch</i>	1993	Besondere Quali- fikationen, be- sondere Ausbil- dung	Mindest- und Höchst- alter	Verwandtschaft zu einem Gesellschafter bzw die Zugehörigkeit zu einer be- stimmten Familie	Österrei- sche Staats- bürgerschaft		
<i>Reich-Rohwig</i>	1997	Besondere Quali- fikationen, be- sondere Ausbil- dung	Mindest- und Höchst- alter	Verwandtschaft zu einem Gesellschafter	Bestimmte Staatsbürger- schaft	Wettbewerbsverhält- nis zur GmbH oder einem Kunden- oder Lieferantenunterneh- men der GmbH an- gehört	
<i>Koppenstei- ner/Rüffler</i>	2007	Ausbildung	Alter		Staatsbürger- schaft*		Wohnsitz
<i>Kalss/Probst</i>	2013			Familienmitglieder oder auch externe Personen			
<i>Kalss/Schimka und Frotz/ Schörghofer</i>	2016	Spezialkennt- nisse	Mindestalter; bei Er- reichen eines be- stimmten Lebensal- ters endet das Man- dat	Mindestzahl an Familien- angehörigen		Verbot von Doppel- mandat in konkurrie- renden Unterneh- men	Diversität des Gre- miums (Männer/ Frauen; Inländer/ Ausländer; regionale Aufteilung)
<i>Winkler</i>	2017	Erforderliche Ausbildung, be- stimmte fachliche Qualifikationen	Mindestalter	Bestimmter Familienkreis		Mitbewerber, sons- tige Interessenkollis- sionen	Diskriminierungsver- bote sind zu beach- ten
<i>Heidinger</i>	2018	Ausbildung	Alter	Zugehörigkeit zu einer be- stimmten Familie*	Unzulässig	Personen die in ei- nem Wettbewerbs- verhältnis zur GmbH oder als Kunde bzw Lieferant mit ihr in	Wohnsitz; Gleichbe- handlungsgebot

Autoren und Autorinnen	Jahr	Einschränkungsbereich					
		Ausbildung/ Qualifikation	Alter	Familienmitglied/ Verwandtschaft	Staatsbürger- schaft	Ausschlussgründe	Sonstiges
						einer Geschäftsbe- ziehung stehen	
<i>Rauter</i>	2020	Ausbildung	Alter	Bestimmte Familienzuge- hörigkeit*	Staatsbürger- schaft*	Bestimmte Wettbe- werbsverhältnisse	Wohnsitz; zu beach- ten ist weiters das Gleichbehandlungs- gesetz
<i>Fritz et al.</i>	2021, 2015	Besondere Quali- fikation	Wahl bis zur Vollen- dung des 70. Lebens- jahres				

*Autor_innen merken an, dass die Zulässigkeit dieses Kriteriums umstritten ist.

Referenzen (chronologisch):
Wünsch, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung (1993) § 30a Rz 4.
Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) Rz 4/81.
Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007) § 30a Rz 4.
Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 13/123.
Kalss/Schimka und Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat², Kap. 2 Rz 102, Rz 15ff und Kap. 25 Rz 22 (Stand 1.3.2016, rdb.at).
Winkler in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG (2017) § 30a Rz 10.
Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018), § 30a, 722.
Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 30a Rz 21f (Stand 20.10.2020, rdb.at).
Fritz, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ (2021) Rz 2/51; Fritz in Fritz/Wildmoser/Koch, Mustersammlung zum GmbH-Recht² (2015) Kapitel 11.1.3 und 1.2.5.

Ausbildung / Qualifikation: Im Vergleich zu Klauseln zur Geschäftsführer_innenbestellung finden sich für Aufsichtsräte in der Literatur nur allgemeine Formulierungen wie "besondere Qualifikationen" oder "besondere Ausbildung" und keine konkreten Beispiele. Wie schon in Kapitel 4.2.3 diskutiert, handelt es sich hier um Einschränkungen durch sachbezogene Kriterien, welche mE zulässig sein sollten. Offen ist, ob solche Einschränkungen dem Unternehmenszweck dienen müssen, wie schon zu Beginn dieses Kapitels erwähnt.

Alter: das Kriterium Alter findet sich in fast allen Literaturquellen, sowohl als Mindest- als auch als Höchstalter. Hier ist keine zeitliche Änderungstendenz zu erkennen. Soll in der Satzung ein Mindestalter verankert werden, dann ist eine Argumentation analog zu einem Mindestalter für Geschäftsführungspositionen denkbar. Dieses könnte als objektiv und angemessen ausgelegt werden und notwendig, um ein legitimes Ziel zu erreichen, nämlich ausreichende Erfahrung für die Organstellung. Somit wären die Ausnahmebestimmungen des § 20 GIBG erfüllt, insbesondere Abs 4 Z 2 "Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung".

Wie schon im Kapitel zur Geschäftsführung erläutert, ist mE die Festlegung eines Höchstalters nicht mit dem GIBG vereinbar, egal ob für die Bestellung selbst wie von *Fritz*³⁷⁴ vorgeschlagen, oder für das Ende der Organstellung mit Erreichen eines bestimmten Alters wie bei *Kalss/Schimka*³⁷⁵. Mit Ausnahme von *Kalss/Schimka* wird in keiner der Quellen näher auf das Kriterium Höchstalter eingegangen. Deren Überlegungen zur Sinnhaftigkeit eines Höchstalters überzeugen zwar, nämlich dass vor allem in Familienunternehmen somit heikle, eventuell emotionale Entscheidungen darüber, ob eine Person noch geeignet ist, eine Aufsichtsratsposition zu bekleiden, vermieden werden können. Aus rechtlicher Sicht werden aber keine Argumente vorgebracht, warum eine solche Klausel den Ausnahmebestimmungen des § 20 GIBG entsprechen würde. Auch in der Kommentarliteratur zum AktG werden Altersklauseln in der Satzung sowohl für den Vorstand³⁷⁶ als auch den Aufsichtsrat³⁷⁷ vorgeschlagen. *Reich-Rohrwig/Szilagy* verweisen hier auf die Diskriminierungsverbote des GIBG bei Altersbeschränkungen im Kontext von Vorstandsmitgliedern einer AG. Ihrer Meinung nach erfüllen allerdings niedrige Altersmindestgrenzen (zB 30 Jahre) und hohe Altershöchstgrenzen (zB ab dem gesetzlichen Pensionsantrittsalter) die Ausnahmen des § 20 Abs 3 GIBG.³⁷⁸ Es wird aber nicht

³⁷⁴ *Fritz/Wildmoser/Koch*, Mustersammlung zum GmbH-Recht² (2021) Kapitel 1.2.5.

³⁷⁵ *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² Kap. 2 Rz 15 (Stand 1.3.2016, rdb.at).

³⁷⁶ *Reich-Rohrwig/Szilagy* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 75 Rz 101; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 75 Rz 5 (Stand 1.7.2021, rdb.at); *Adensamer/Bertsch* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG: Praxiskommentar (2019) § 75 Rz 4; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 75 Rz 3 (Stand 1.6.2021, rdb.at).

³⁷⁷ *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 87 Rz 19 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 86 Rz 60 (Stand 1.6.2021, rdb.at); *Eckert/Schopper/Walch* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 87 Rz 18 (Stand 1.7.2021, rdb.at); *Aburumieh/Hoppel* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG: Praxiskommentar (2019) § 86 Rz 17.

³⁷⁸ *Reich-Rohrwig/Szilagy* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 75 Rz 101.

darauf eingegangen, welches legitime Ziel die vorgeschlagenen Altersgrenzen erreichen wollen. ME entsprechen Klauseln, die ein Höchstalter für Aufsichtsratsmitglieder festlegen, nicht den Ausnahmebestimmungen des § 20 GIBG, ein legitimes Ziel ist nicht erkennbar, deren Zulässigkeit ist also fraglich.

Familienmitgliedschaft/Verwandtschaft: Wie auch schon bei Klauseln zur Bestellung in die Geschäftsführung ist dies die einzige Kategorie, die ausschließlich in Familienunternehmen relevant ist. In der Literatur ist dieses Auswahlkriterium umstritten. *Heidinger* sieht dies aufgrund der Vertragsfreiheit als erlaubt an, solange eine ausreichende Wahlfreiheit gegeben ist.³⁷⁹ Auch *Kalss/Probst* befürworten, Familienmitglieder für Aufsichtsratspositionen gesellschaftsvertraglich vorzusehen, solange diese über die entsprechenden fachlichen und persönlichen Qualifikationen verfügen und sehen unter Umständen sogar Vorteile darin, wenn dies genützt wird zum Ausbalancieren und zur Aufgabenteilung zwischen unterschiedlichen Familienstämmen.³⁸⁰ Auch *Winkler* und *Reich-Rohrwig* nennen "bestimmter Familienkreis" bzw. "Verwandtschaft zu einem Gesellschafter" als zulässiges Kriterium für Aufsichtsratsmitglieder.³⁸¹ Für *Wünsch* ist gerade in Zusammenhang mit Familienzugehörigkeit eine relativ geringe Auswahlmöglichkeit zulässig.³⁸² *Kastner/Doralt/Nowotny* sprechen sich gegen Klauseln zu Familienzugehörigkeit von Aufsichtsräten im Gesellschaftsvertrag aus, dies enge die Auswahlfreiheit zu weit ein, so sieht dies auch *Strasser* in Bezug auf den Aufsichtsrat einer AG.³⁸³ Erwähnenswert erscheint, dass es bei diesem Kriterium in der Literatur betreffend Geschäftsführer_innenbestellung keine Bedenken gibt. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass die grundlegende Aufgabe des Aufsichtsrates die Kontrolle der Geschäftsführung ist. Diese Funktion kann nur gewährleistet werden, wenn die Unabhängigkeit der eingesetzten Expert_innen außer Frage steht. Daher ist ein Kriterium betreffend Verwandtschaft oder Familienzugehörigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern mE kritischer zu sehen als bei der Geschäftsführung, welche ohnehin auch den Weisungen der Gesellschafter_innen unterliegt.

Staatsbürgerschaft: Beim Kriterium Staatsbürgerschaft als Bestellungs voraussetzung für den Aufsichtsrat ist in der Literatur ein zeitlicher Wandel erkennbar. Während *Wünsch*³⁸⁴ und *Reich-Rohrwig*³⁸⁵ dies in älterer Literatur als zulässige Einschränkung anführen, ist diese Möglichkeit in neuerer Literatur³⁸⁶ zwar erwähnt, allerdings mit der Anmerkung, dass eine

³⁷⁹ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722.

³⁸⁰ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 13/123f.

³⁸¹ *Winkler* in *Winkler in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 30a Rz 10; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) 4/81.

³⁸² *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung (1993) § 30a Rz 4.

³⁸³ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 243 FN 10; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ (2001) § 86 Rz 15.

³⁸⁴ *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung (1993) § 30a Rz 4.

³⁸⁵ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) Rz 4/81.

³⁸⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30a Rz4; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 21.

Diskriminierung von EU-Ausländern wohl unzulässig ist, aufgrund von Unionsrecht und EuGH-Urteil C-281/98 (Angonese; 06.06.2000). Wie schon in Bezug auf die Geschäftsführung ausgeführt, verbietet dieses Urteil Diskriminierung von EU-Bürger_innen. Drittstaatenangehörige könnten also weiterhin ausgeschlossen werden.

Ausschlussgründe: Die in der Literatur vorgeschlagenen Ausschlussgründe können als Erläuterung der in § 30b Abs 1a GmbHG beschriebenen Befangenheit verstanden werden. Diese Befangenheit ist im Gesetz selbst nicht weiter definiert, hier kann also die Satzung Hinweise bieten, unter welchen Umständen Personen befangen sein könnten, und diese als Ausschlussgründe festlegen. So wird wiederholt vorgeschlagen, dass Personen, die in einem Wettbewerbsverhältnis zur GmbH stehen (zB "Mitbewerber", "konkurrierende Unternehmen") von Aufsichtsratspositionen ausgeschlossen werden sollen.³⁸⁷ *Reich-Rohrwig* und *Heidinger* erweitern hier noch um Kunden bzw Lieferanten, die mit der GmbH in einer Geschäftsbeziehung stehen.³⁸⁸ ME spricht nichts gegen diese Ausschlussgründe. Gesetzlich verankert ist für den Aufsichtsrat nur eine Offenlegungspflicht (§ 30b Abs 1a GmbHG), die vorgeschlagenen Ausschlussgründe erweitern diese zu einem Wettbewerbsverbot, wie es für Geschäftsführer_innen in § 24 GmbHG festgelegt ist.

Diskriminierungsverbot: Im Vergleich zu Literaturbeispielen für Satzungsbestimmungen, die die Geschäftsführung betreffen, ist für den Aufsichtsrat positiv anzumerken, dass in einigen Quellen auf das Gleichbehandlungsgebot bzw Diskriminierungsverbote hingewiesen wird.³⁸⁹ *Heidinger* nennt hier das GFMA-G und das Verbot, ein bestimmtes Geschlecht vom Aufsichtsrat auszuschließen. Ausführlicher behandelt wird dies in der Literatur allerdings nicht für den Aufsichtsrat oder die GmbH, sondern nur in Bezug auf den Vorstand einer AG. Dort werden Geschlecht, Rasse, ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Behinderung und sexuelle Ausrichtung als unerlaubte Kriterien gelistet.³⁹⁰

Wohnsitz: Mehrfach findet sich der Wohnsitz als Kriterium für Aufsichtsratsmitglieder.³⁹¹ Anders als bei der Staatsbürgerschaft handelt es bei einer Unterscheidung aufgrund des Wohnsitzes mE nicht um verbotene Diskriminierung. Vorgaben zum Wohnsitz von Aufsichtsratsmitgliedern können zB zur Internationalisierung des Organs genutzt werden, wenn festgelegt

³⁸⁷ *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² Kap. 25 Rz 22 (Stand 1.3.2016, rdb.at); *Winkler* in *Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 30a Rz 10; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 21.

³⁸⁸ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) Rz 4/81; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a Rz 22.

³⁸⁹ *Winkler* in *Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 30a Rz 10; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a Rz 22; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 21.

³⁹⁰ *Reich-Rohrwig/Szilagy* in *AktG II*⁶ § 75 Rz 101.

³⁹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³ § 30a Rz 4; *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a Rz 22; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30a Rz 21.

wird, dass eine bestimmte Anzahl an Aufsichtsräten den Wohnsitz nicht im Land des Sitzes der GmbH haben soll. Unter Umständen, zB bei geplanter Expansion oder bestimmten Hauptabsatzmärkten, kann auch die Vorgabe von relevanten Ländern Sinn machen, um Expertise zu Marktdynamik, kulturelle Perspektiven usw einzubringen.

Bei *Kalss/Schimka* finden sich Vorgaben zur *Diversität* des Aufsichtsrats als mögliche Satzungsklauseln.³⁹² Als Beispiele werden Männer/Frauen, Inländer/Ausländer und regionale Aufteilung angeführt. Hier handelt es sich um eine Literaturquelle zum Aufsichtsrat allgemein und nicht nur spezifisch für die GmbH. Der Vorschlag diesbezüglicher Satzungsklauseln ist also wohl im Licht von § 87 Abs 2a Z2 AktG zu sehen, wo Diversität im Aufsichtsrat gefordert wird. Diese Diversitätsvorgabe hat der Gesetzgeber aber nicht ins GmbHG übernommen, gelten also hier nicht. Die Unzulässigkeit von Geschlechterklauseln für den Aufsichtsrat wurde in Kapitel 5.2.1.2 schon diskutiert. Hinzuzufügen ist, dass § 86 Abs 7 AktG zur Geschlechterquote in Aufsichtsräten, welcher auch für GmbHs gilt, erst 2018 Gültigkeit erlang hat, also nach Erscheinen des zitierten Werkes. Auch inkludiert *Kalss* in neuerer Literatur in Bezug auf den Aufsichtsrat einer AG dieses Auswahlkriterium nicht mehr³⁹³. Beim Diversitätskriterium Inländer/Ausländer muss das EuGH-Urteil C-281/98 (Angonese; 06.06.2000) zur Nicht-Diskriminierung von EU-Ausländer_innen beachtet werden. "Regionale Aufteilung" ist mE eine alternative Formulierung für einen bestimmten Wohnsitz, auch dieses Kriterium wurde schon zuvor diskutiert.

So wie schon für die Geschäftsführung wird auch für den Aufsichtsrat eine Differenzierung auf Basis der Stellung als Gesellschafter_in in diesen Quellen nicht vorgeschlagen. Auch finden sich keine Klauseln in Anlehnung an § 87 Abs 2a Z 3 des AktG zum Ausschluss von strafrechtlich Verurteilten und konkreten Vorschläge zu Qualifikationskriterien sind in diesen Quellen nicht enthalten.

5.3 Mögliche weitere Gestaltungsoptionen im Gesellschaftsvertrag

Als Basis für eigene Klauseln zur Aufsichtsratsbestellung in Familienunternehmen dienen die schon in Bezug auf die Geschäftsführung herangezogenen Gesellschaftsverträge von 25 Familienunternehmen. Sechs der 25 GmbHs haben einen Aufsichtsrat. In den Gesellschaftsverträgen von fünf dieser Unternehmen sind Klauseln zum Aufsichtsrat zu finden. Ein weiterer Gesellschaftsvertrag erwähnt einen optionalen Aufsichtsrat, der laut Firmenbuch aber momentan nicht bestellt ist. Die Gesellschaftsverträge von vier weiteren GmbHs ermöglichen die Einrichtung eines Beirats oder Verwaltungsrats. Die Klauseln zum Aufsichtsrat wiederholen zum größten Teil gesetzliche Bestimmungen und legen die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder fest.

³⁹² *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat², Kap. 2 Rz 102 (Stand 1.3.2016, rdb.at).

³⁹³ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³§ 86 Rz 60.

Klauseln um den Personenkreis der Aufsichtsratsmitglieder einzuschränken oder die Wahl zu regeln finden sich wenige:

"Ein Aufsichtsrat scheidet mit Ende des Geschäftsjahres, in dem es sein 70. Lebensjahr vollendet, aus dem Aufsichtsrat aus."³⁹⁴

"Schwiegerkinder der Gesellschafter XY dürfen auch nicht von der Gesellschaft angestellt oder sonst in irgendeiner Weise für die Gesellschaft tätig sein ..."³⁹⁵

Nur ein Gesellschaftsvertrag enthält detaillierte Vorgaben, zwar nicht für den Aufsichtsrat, sondern für einen Verwaltungsrat. Ähnliches könnte aber auch für einen Aufsichtsrat gelten:

"(2) Zu Mitgliedern der Geschäftsführung der Gesellschaft dürfen nur solche Personen bestellt werden, die (i) die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrung besitzen, die dort anfallenden Geschäftsvorgänge im Regelfall selbst beurteilen zu können, (ii) über die für die Ausführung der Tätigkeit erforderliche persönliche Integrität und Arbeitszeit verfügen. (3) Zu Mitgliedern des Verwaltungsrates dürfen nur solche Personen bestellt werden, die über die in vorstehendem Absatz 2 aufgeführten Eigenschaften verfügen und darüber hinaus (i) Erfahrung aufgrund mehrjähriger verantwortlicher Tätigkeit im Management oder der Aufsicht von Unternehmen haben oder (ii) mehrjährige Tätigkeit in einem freien Beruf vorweisen können (Wirtschaftstreuhänder, Rechtsanwalt, Unternehmensberater) oder (iii) eine erfolgreiche Tätigkeit als Unternehmer oder Investor vorweisen können oder (iv) über Spezialkenntnisse mit Bedeutung für die SIH verfügen."³⁹⁶

Basierend darauf und auf identifizierten Lücken an Einschränkungsvorschlägen wurden eigene Klauseln erstellt. Ein bestimmter Anwendungsbereich wird hier nicht vorgeschlagen, da anzunehmen ist, dass nur mittlere bis große Familienunternehmen einen Aufsichtsrat einrichten und die Gestaltungsmöglichkeiten daher nur für diese sinnvoll sind. Die aufgestellten Klauseln können unabhängig von den Besitzverhältnissen herangezogen werden.

³⁹⁴ Gesellschaftsvertrag der GenAero GmbH; Fassung vom 21.12.2017.

³⁹⁵ Gesellschaftsvertrag der Glas Gasperlmaier Gesellschaft m.b.H.; Fassung vom 04.07.2017.

³⁹⁶ Gesellschaftsvertrag der Swarovski Auslandsholding GmbH; Fassung vom 05.07.2021.

5.3.1 Erste Gestaltungsmöglichkeiten: Unbescholtenheit, Stimmverbot und qualifizierte Mehrheit

Einige der für die Geschäftsführung vorgeschlagenen Klauseln könnten sich auch für Bestellungen in den Aufsichtsrat eignen:

- (1) Kandidat_innen für Aufsichtsratspositionen müssen mit einer Strafregisterbescheinigung ihre Unbescholtenheit nachweisen. Personen, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet (bzw. mangels Masse abgewiesen) wurde, dürfen nicht in den Aufsichtsrat bestellt werden.
- (2) Gesellschafter_innen unterliegen bei Abstimmungen zu ihrer eigenen Bestellung und Aberufung in den Aufsichtsrat einem Stimmverbot.
- (3) Gesellschafter_in können nur mit einer qualifizierten Mehrheit von mindestens 75% der Stimmen in den Aufsichtsrat bestellt werden.

Zweck der Klauseln: Diese Klauseln erfüllen für den Aufsichtsrat den gleichen Zweck wie für die Geschäftsführung: (1) dient zum Schutz der Gesellschaft, um das interne und externe Vertrauen in das Organ nicht zu gefährden (Kapitel 4.3.1); (2) und (3) sollen nicht nur die GmbH, sondern auch die dahinterstehende(n) Familie(n) schützen, wie ausgeführt in Kapitel 4.3.4 und 4.3.5.

Praktische Umsetzbarkeit: wie schon zuvor für die Geschäftsführung beschrieben.

Zulässigkeit: Die Zulässigkeit von (1) ergibt sich wie bei der Geschäftsführung unter anderem aus der Erfüllung der Treuepflicht, der die Gesellschafterinnen bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern unterliegen. Zusätzlich kann das AktG herangezogen werden, wo in § 87 Abs 2a Z 3 Personen, die rechtskräftig wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung verurteilt worden sind, die ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt, von der Wahl in den Aufsichtsrat ausgeschlossen werden. Was für den Aufsichtsrat einer AG vorgeschrieben ist, sollte auch für den Aufsichtsrat einer GmbH zulässig sein. Das AktG nimmt hier keine Einschränkung vor, in welchem Zeitrahmen eine gerichtlich strafbare Handlung relevant sein sollte. *Eigner* plädiert dafür, dass lange zurückliegende Verurteilungen ("Jugendsünden") hier kein Hindernis sein sollten.³⁹⁷ Eine zeitliche Limitierung der Einschränkung wird in der vorgeschlagenen Klausel dadurch erreicht, dass der Nachweis der Unbescholtenheit durch eine Strafregisterbescheinigung erfolgt, getilgte Strafen scheinen also nicht auf. Gleiches gilt für die Insolvenzdatei in

³⁹⁷ *Eigner*, Neue Regeln zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, GesRZ 2012, 208.

welcher Personen ein Jahr nach Ende des "Privatkonkurses" (drei Jahre bei Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens) nicht mehr aufscheinen.

(2) Zur Zulässigkeit eines Stimmverbotes gilt auch für eine Bestellung in den Aufsichtsrat § 39 GmbHG Abs 5 GmbHG, also keine Beschränkung des Stimmrechtes bei der eigenen Bestellung eines_einer Gesellschafter_in. Wie in Kapitel 4.3.4 ausgeführt, wird in der Judikatur diese Bestimmung als zwingenden angesehen, die hM sieht dies teilweise anders. Analog zur Diskussion um diese Klausel in Bezug auf die Geschäftsführung ist auch hier alternativ (3) also eine qualifizierte Mehrheit für Bestellungen von Gesellschafter_innen in den Aufsichtsrat vorzuziehen, da es bei einer solchen Klausel keine rechtlichen Bedenken gibt.

Fazit: (1) und (3) eignen sich auch für den Aufsichtsrat, die Zulässigkeit von (2) ist umstritten.

5.3.2 Zweite Gestaltungsmöglichkeit: Unabhängige Kontrolle

Sind ein_eine oder mehrere Gesellschafter_innen in der Geschäftsführung tätig, darf höchstens ein_eine Gesellschafter_in dem Aufsichtsrat angehören. Dies gilt auch für Personen die in einem verwandtschaftlichen (Geschwister, Eltern/Kinder) oder ehelichen Verhältnis zu einer Gesellschafterin oder einem Gesellschafter stehen, sie zählen sowohl in Geschäftsführung, als auch Aufsichtsrat zur Zahl der Gesellschafter_innen.

Entspricht die Zusammensetzung des Aufsichtsrates temporär nicht dieser Klausel, zum Beispiel aufgrund der Neubestellung eines_einer Gesellschafter_in in die Geschäftsführung, kann die Zusammensetzung des Aufsichtsrates bis zur nächsten planmäßigen Bestellung unverändert bleiben.

Zweck der Klausel: Gerade in Familienunternehmen ist eine unabhängige Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat wichtig, da oft Familienmitglieder in der Geschäftsführung tätig sind. Diese Unabhängigkeit ist eventuell nicht gegeben, wenn der Aufsichtsrat zum Großteil oder ganz durch Familienmitglieder besetzt ist, und somit eine private Verflechtung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat besteht. Daher kann es sinnvoll sein, die Zusammensetzung des Aufsichtsrats von der Zusammensetzung der Geschäftsführung abhängig zu machen. Sind nur "familienfremde Geschäftsführer_innen" im Unternehmen tätig, dann greift diese Klausel nicht. Gehören Geschäftsführer_innen allerdings der (näheren) Familie an, dann kann so sichergestellt werden, dass der Aufsichtsrat als Kontrollorgan nicht von derselben Familie dominiert wird.

Praktische Umsetzbarkeit: Die Umsetzung dieser Klausel sollte keine Schwierigkeiten bereiten, die Suche und Bestellung von familienfremden Aufsichtsräten ist ein üblicher Vorgang.

Zulässigkeit: ME ist dieses Bestellungskriterium durch die Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrages gedeckt. In Literatur und Judikatur finden sich keine Anhaltspunkte für eine Unzulässigkeit dieser Regelung.

5.3.3 Dritte Gestaltungsmöglichkeit: Offenlegungspflicht für entsendete Aufsichtsratsmitglieder

Entsendete Aufsichtsratsmitglieder müssen innerhalb eines Monats nach Entsendung den Gesellschafter_innen ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen oder vergleichbare Funktionen sowie alle Umstände darlegen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten. Dies gilt auch, wenn sich Gesellschafter_innen selbst entsenden.

Zweck der Klausel: die gesetzlichen Vorgaben zum Nachweis der Qualifikationen und Umstände einer möglichen Befangenheit in § 30b Abs 1a GmbHG gelten nur für gewählte Aufsichtsräte, mit dieser Klausel trifft die Offenlegungspflicht auch entsendete Aufsichtsräte. In Familienunternehmen besteht die Gefahr, dass Familienmitglieder entsandt werden, ungeachtet der Qualifikation. Die entsendenden Gesellschafter_innen sind zwar durch die Treuepflicht gebunden, nur geeignete Personen zu entsenden.³⁹⁸ Ob dies tatsächlich immer der Fall ist, ist fraglich. Die Auswahl der entsendeten Aufsichtsräte verbleibt bei den entsendungsberechtigten Gesellschafter_innen. Die Klausel stärkt allerdings Minderheitenrechte: sind Qualifikationen und Umstände, die eine Befangenheit begründen könnten, der Generalversammlung offengelegt, dann kann von 10% der Gesellschafter_innen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, eine gerichtliche Abberufung dieses Aufsichtsratsmitglieds laut § 30b Abs 5 GmbHG beantragen werden. Somit können die anderen Gesellschafter_innen zwar nicht direkt in den Entsendungsvorgang eingreifen, aber mit zeitlicher Verzögerung eine Mindestqualität der entsendeten Personen sicherstellen. Die gerichtliche Abberufung von ungeeigneten, entsendeten Aufsichtsräten ist zwar immer möglich, ohne dieser Zusatzklausel dauert es aber wohl länger, bis die Nicht-Eignung oder Interessenkonflikte eines Aufsichtsratsmitgliedes erkannt werden. Damit ist diese Klausel sowohl zeitlich, als auch beim Mitspracherecht der Generalversammlung, zwischen einem Nominierungsrecht und einem Entsendungsrecht ohne Einschränkungen angesiedelt.

Praktische Umsetzbarkeit: In die Entsendung selbst wird nicht eingegriffen, entsendete Aufsichtsratsmitglieder müssen erst nach der Entsendung ihre Qualifikationen und Umstände, die eine Befangenheit begründen könnten, offenlegen. Die einmonatige Frist dient der konkreten Umsetzung. Es kommt zu keiner Abstimmung in der Generalversammlung über die entsandten

³⁹⁸ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 38; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30c Rz 5 (Stand: 1.8.2014, rdb.at).

Person, eine Minderheit kann aber eine gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund veranlassen.

Zulässigkeit: Eine Einschränkung des Entsendungsrechtes wird in der Literatur als zulässig angesehen, dies wird aus § 30c Abs 4 GmbHG abgeleitet, wo Satzungsklauseln zum Entsendungsrecht erwähnt sind.³⁹⁹ *Heidinger* leitet daraus ab, dass fachliche Anforderungen und der Ausschluss von Interessenkonflikten im Gesellschaftsvertrag verankert werden können.⁴⁰⁰ Auch *Rauter* und *Eckert/Schopper* sehen bestimmte Voraussetzungen der bestellten Aufsichtsratsmitglieder als mögliche Einschränkung.⁴⁰¹ Die vorgeschlagene Klausel unterscheidet sich dadurch, dass nicht konkrete Eigenschaften oder Voraussetzungen gefordert werden, sondern nur allgemein eine Offenlegung. Laut hM ist es mit dem Wesen des Entsendungsrechts unvereinbar, die Entsendung von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig zu machen, das Entsendungsrecht würde auf ein Vorschlagsrecht reduziert.⁴⁰² Die vorgeschlagene Klausel geht aber nicht so weit, sondern fordert nur eine Offenlegung, das Entsendungsrecht bleibt aufrecht. ME spricht nichts gegen eine Zulässigkeit dieser Einschränkung.

5.3.4 Vierte Gestaltungsmöglichkeit: Diversität der Qualifikationen

Dem Aufsichtsrat muss mindestens eine Person mit rechtswissenschaftlicher und technischer Expertise angehören, sowie eine Person, die laut § 30g Abs 4a GmbHG als Finanzexpertin oder -experte gilt.

Zweck der Klausel: Gerade in Familienunternehmen, in denen Familienmitglieder die Geschäftsführung dominieren, sollte auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats noch mehr geachtet werden. Diese Klausel soll eine Diversität der Qualifikationen der Aufsichtsratsmitglieder sicherstellen. Wie unlängst eine WU-Studie unter österreichischen Aufsichtsräten zeigte, sind zB in weniger als der Hälfte der befragten Aufsichtsräte Rechtsanwält_innen tätig, gleichzeitig geben in dieser Studie 68% der Befragten an, dass höhere Diversität einen positiven Einfluss auf die Wirksamkeit der Unternehmensaufsicht hat.⁴⁰³ In "fünffach großen Gesellschaften" muss eine Prüfungsausschuss eingerichtet werden (§ 30g Abs 4a GmbHG), dem ein_eine Finanzexpert_in angehören muss, mit dieser Klausel wird diese Notwendigkeit auf andere Gesellschaften ausgedehnt.

³⁹⁹ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c Rz 5; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 28.

⁴⁰⁰ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c Rz 5.

⁴⁰¹ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 31; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30c Rz 5.

⁴⁰² *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30c Rz 5; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 31; *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG § 30c Rz 5.

⁴⁰³ *Hoffmann/Maidorfer*, WU Aufsichtsratsstudie 2021 (2021).

Praktische Umsetzbarkeit: Auf der einen Seite muss jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied gewisse Mindestqualifikationen aufweisen.⁴⁰⁴ Auf der anderen Seite gilt es bei einer Bestellung auch die gesammelten Kompetenzen des gesamten Aufsichtsrats zu beachten, da bei diesem Kollegialorgan nicht jedes Mitglied selbst alle für die Gesellschaft notwendigen Kompetenzen aufweisen muss, sondern der Aufsichtsrat als Ganzes. Dahingehend ist die vorgeschlagene Klausel gestaltet, um eine Mindestdiversität in Bezug auf Qualifikationen sicherzustellen. Diese Qualifikationen genauer zu definieren, würde wohl den Rahmen der Satzung sprengen, und auch die Flexibilität in Bestellungen zu sehr verringern, daher liegt es im Ermessen der Gesellschafter_innen zu entscheiden, ob eine zur Wahl stehende Person die nötigen Qualifikationen mitbringt, um als technische_r Expert_in oder Rechtsexpert_in zu gelten. Für den_die Finanzexpert_in sollte § 30g Abs 4a GmbHG herangezogen werden: eine Person, die über "*Kenntnisse und praktische Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen und in der Berichterstattung verfügt*". Auf Basis der vorgeschlagenen Klausel muss bei jeder Wahl überprüft werden, ob die notwendigen Kompetenzen im Aufsichtsrat vorhanden sind, oder dahingehend Expert_innen bestellt werden müssen.

Zulässigkeit: Wie schon in Kapitel 4.2.3 und 5.2.3 diskutiert, handelt es sich hier mE um Einschränkungen basierend auf sachbezogenen Kriterien, welche zulässig sein sollten. So merkt zum Beispiel *Heidinger* an, dass fachliche Schwerpunkte für einzelne Aufsichtsratsmitglieder festgelegt werden können, um die Kompetenz des Gremiums insgesamt zu erweitern.⁴⁰⁵

5.3.5 Fünfte Gestaltungsmöglichkeit: Sprachkenntnisse

Vor ihrer Bestellung müssen die vorgeschlagenen Personen Englischkenntnisse auf Niveau C1 (verhandlungssicher) nachweisen.

Zweck der Klausel: Diese Klausel soll eine Internationalisierung des Aufsichtsrates ermöglichen und dient somit indirekt einer höheren Diversität, welche wie zuvor erwähnt in Familienunternehmen einen speziell positiven Einfluss haben kann. In der WU-Aufsichtsratsstudie 2021 gibt nur ein Drittel der Aufsichtsräte an, dass ihr Aufsichtsrat derzeit genug Internationalität aufweist.⁴⁰⁶ Aufsichtsräte aus Deutschland ohne Sprachbarriere sind zwar ein erster Schritt Richtung mehr Diversität in diesem Aspekt. Um von einem breiten, internationalen Erfahrungsspektrum zu profitieren, sind solide Englischkenntnisse aller Aufsichtsratsmitglieder aber unerlässlich, um die Kommunikation unter den Mitgliedern sicherzustellen.

Praktische Umsetzbarkeit: Diese Gestaltungsmöglichkeit stellt eine Konkretisierung der gesetzlichen Anforderung in § 30b Abs 1a GmbHG dar, laut welcher vorgeschlagene Personen

⁴⁰⁴ Übersicht zB im *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat² Kap. 2 Rz 72ff.

⁴⁰⁵ *Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 30a 722.

⁴⁰⁶ *Hoffmann/Maidorfer*, WU Aufsichtsratsstudie 2021 (2021).

6 Zusammenfassung

Im GmbH-Gesetz finden sich sowohl zur Geschäftsführung als auch zum Aufsichtsrat wenig Bestimmungen, wer in diese Organe bestellt werden darf. Diese Lücken können im Gesellschaftsvertrag teilweise geschlossen werden. Allerdings ist die grundsätzliche Vertragsfreiheit, die der Gesellschaftsvertrag bietet, durch andere gesetzliche Vorgaben zB im ABGB und GIBG eingeschränkt, was sich in der Judikatur widerspiegelt. So sind Geschlechterklauseln und die Diskriminierung von EU-Ausländer_innen bei Bestellungen in diese Organe unzulässig. Selbiges gilt wohl auch für andere im GIBG genannte Kriterien wie ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung. Für die Eignung von Geschäftsführer_innen ist aufgrund der bald notwendigen Umsetzung von EU-Richtlinie (EU) 2019/1151 in Zukunft mit mehr gesetzlichen Vorgaben zu rechnen.

In der Literatur werden für beide Organe ähnliche (Gruppen an) Einschränkungen der Bestellung angeführt: Ausbildung/Beruf/Qualifikationen/Erfahrung; Alter; Familienmitgliedschaft; Staatsbürgerschaft; für den Aufsichtsrat zusätzlich auch Ausschlussgründe. ME spricht nichts gegen den Großteil dieser Einschränkungen. Beim Kriterium Staatsbürgerschaft darf allerdings nicht gegen EU-Ausländer_innen diskriminiert werden, Altersvorgaben könnten mE gegen das GIBG verstoßen. Speziell auf Familienunternehmen zugeschnitten ist nur die Kategorie "Familienmitglied".

Wie eine Einsichtnahme in 25 Gesellschaftsverträge von GmbHs in Familienbesetz gezeigt hat, wird in der Praxis die mögliche Gestaltungsfreiheit wenig genutzt. Dies wird teilweise damit argumentiert, dass nicht öffentlich zugängliche Dokumente wie Syndikatsverträge für Bestimmungsvorgaben bevorzugt werden. Die vorgeschlagenen Gestaltungsmöglichkeiten zu beiden Organen zeigen aber, dass für die Gesellschaft vorteilhafte Einschränkungen auch im Gesellschaftsvertrag getroffen werden können, ohne strategisch wichtige, unternehmerische Details offenzulegen. So kann Unbescholtenheit gefordert und Privatinsolvenz von Kandidatinnen und Kandidaten ausgeschlossen werden oder die Zahl der Geschäftsführer_innen oder Aufsichtsräte mit Familienzugehörigkeit begrenzt werden. Auch für die Wahl selbst können Vorgaben gemacht werden und bestimmte Qualifikationen verlangt werden.

Für alle Einschränkungen der Organbestellungen im Gesellschaftsvertrag gilt allerdings: Die Klauseln sollten regelmäßig auf ihre Zulässigkeit überprüft werden, da der OGH festgehalten hat, dass für die Zulässigkeit von Klauseln nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern die Gegenwart zählt. Somit könnten Regelungen, die bei Vertragsabschluss zulässig waren, zu einem späteren Zeitpunkt nichtig sein.

7 Literaturverzeichnis

7.1 Hauptliteratur

Arlt, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, GesRZ 2019, 181

Arlt, Trennungsprinzip, in RDB Keywords, 03.03.2022

Artmann/Karollus (Hrsg), AktG II⁶, MANZ Verlag, Wien (2018)

Artmann/Rüffler, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts², MANZ Verlag, Wien (2020)

Artmann/Zauner, Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, VbR 2020, 48

Bankhaus Carl Spängler & Co. Aktiengesellschaft/INTES Akademie für Familienunternehmen GmbH, Österreichischer Governance Kodex für Familienunternehmen (2017)

Blocher/Gelter/Pucher (Hrsg), Festschrift Christian Nowotny, MANZ Verlag, Wien (2015)

Czernich, OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung von Frauen unzulässig, NZ 2019, 373

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG³, Linde Verlag, Wien (2021)

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht: Handbuch, LexisNexis, Wien (2007)

Eckert/Schopper (Hrsg), AktG-ON, MANZ Verlag, Wien (2021)

Ehgartner, Entscheidungsbesprechung zu OGH 6 Ob 55/18h, JEV 2020, 67

Eigner, Neue Regeln zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, GesRZ 2012, 208

Ettmayer/Kusznier, Notwendig materielle Satzungsbestandteile und Syndikatsverträge – eine praktische Analyse der Rsp über die Auslegung von Gesellschaftsverträgen, RWZ 2012, 31

European Commission, Family business - Common European definition of a family business, 22.12.2021 <https://ec.europa.eu/growth/smes/supporting-entrepreneurship/family-business_en> 22.12.2021

Familienfremde Führungskräfte im Familienunternehmen – eine Frage des Vertrauens, Die Presse, 25.03.2022

Familienunternehmen brauchen mehr Rechtssicherheit, Die Presse, 26.03.2013

Fantur, Die GmbH - Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, GES 2006, 335

Felll, GmbHG, MANZ Verlag, Wien (2022)

Felll, Neues zur Satzungswidrigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, ecolex 2015, 300

Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG, Verlag Österreich, Wien (2017)

Fritz, Die GmbH in der Praxis⁴ Linde Verlag, Wien (2019)

Fritz, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ Linde Verlag, Wien (2021)

Fritz/Wildmoser/Koch (Hrsg), Mustersammlung zum GmbH-Recht², LexisNexis, Wien (2021)

- Gaggl/Sigari-Majd*, Abänderung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag, *ecolex* 2003, 338
- Gavac/Heckl/Petzlberger* (KMU Forschung Austria), Familienunternehmen in Österreich 2019, Studie im Auftrag der Wirtschaftskammer Österreich (2020)
- Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷, Linde Verlag, Wien (2009)
- Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG², Linde Verlag, Wien (2018)
- Harrer/Rüffler/Schima* (Hrsg), Die GmbH – Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 80. Geburtstag, LexisNexis, Wien (2016)
- Hoffmann/Kalss/Klampfl/Maidorfer*, Stand der Unternehmensaufsicht in Österreich, AR aktuell 2011, 5.
- Hoffmann/Maidorfer*, WU-Aufsichtsratsstudie 2021 (2021)
- Hofmann*, Ein Erblasser darf Töchter nicht diskriminieren – andere aber schon? Der Standard, 02.04.2020
- Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GIBG², MANZ Verlag, Wien (2021)
- Horn/Robertson*, Aspekte der Beseitigung des Sonderrechts auf GmbH-Geschäftsführung, *ecolex* 2013, 885
- Hueck*, Die Familienverfassung: rechtliche Konturen eines Instruments der Governance in Familienunternehmen, Mohr Siebeck, Tübingen (2017)
- Imping*, Gewerkschaftsvorsitz und Altersdiskriminierung, <fgvw.de/neues/arbeitsrecht-gewerkschaftsvorsitz-und-altersdiskriminierung> 29.06.2022
- Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴, MANZ Verlag, Wien (2001)
- Kallab*, Glosse zu OGH 15.11.2001, 8 Ob A 123/01y, DRdA 2002, 490
- Kalss*, Die Nichtbestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer aus wichtigem Grund, RdW 2010, 461
- Kalss*, Treuepflichten in Familienunternehmen – Ihre Leistungskraft steigt! GesRZ 2021, 203
- Kalss*, Die Familienverfassung, GesRZ 2022, 107
- Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249
- Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat², Facultas, Wien (2016)
- Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht², MANZ Verlag, Wien (2017)
- Kalss/Probst*, Familienunternehmen, MANZ Verlag, Wien (2013)
- Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen: Österreich, Italien und Slowenien, Linde Verlag, Wien (2005)
- Kalss/Probst*, Die Familienverfassung als Grundlage eines Familienunternehmens, VWT 2013, 162
- Kalss/Probst*, Syndikatsverträge in Familienunternehmen – rasch überprüfen! GesRZ 2015, 154
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵, MANZ Verlag, Wien (1990)

- Kemle/Schmidt-Stein*, Familienunternehmen: Wenn sich Privates und Geschäftliches vermischen, Markt und Mittelstand 09.2018
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar³, LexisNexis, Wien (2007)
- Krömer*, Altersgrenze für Wahl einer Vorsitzenden eines AN-Verbandes, ZAS 2022, 54
- Leitner*, Auswahlverschulden der GmbH bei einem Qualifikationsmangel des Geschäftsführers – Anlass zur Haftungsminderung? GES 2009, 208
- Lengauer*, EuGH-Urteil Angonese: Drittwirkung von Grundfreiheiten? ecolex 2001, 97
- Lueger/Frank (Hrsg)*, Wie erfolgreiche Familienunternehmen handeln. Good Practice Fallanalysen, Facultas, Wien (2012)
- Mandl*, Overview of Family Business Relevant Issues - Final Report, European Commission (2008)
- Meier*, „Echte“ und „unechte“ Satzungsbestandteile – eine überflüssige Unterscheidung, ZGR 2020, 124
- Nägele*, Altersgrenzen für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte, <naegele-arbeitsrecht.eu/altersgrenzen-fuer-vorstaende-geschaeftsfuehrer-aufsichtsraeete> 10.06.2022
- Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg)*, AktG: Praxiskommentar, LexisNexis, Wien (2019)
- Neumüller*, Family Compliance: Der erfolgreiche Umgang mit einer Familienverfassung, V&R unipress, Göttingen (2020)
- Nierlich*, Syndikatsvertrag und Beschlussanfechtung: Zusammenspiel von Gesellschafts- und Syndikatsvertrag, NetV 2020, 48
- Obradović*, Die Teilung eines Geschäftsanteils bei fehlender Regelung im Gesellschaftsvertrag, GesRZ 2012, 333
- Perner*, Die „Ausübungskontrolle“: Nachträglich entstehende Sittenwidrigkeit, EvBl 2019, 921
- Petrovic*, Glosse zu OGH 26.4.1983, 4 Ob 76/82, DRdA 1986, 209
- Pucher*, Mitverschulden der Gesellschaft bei der Haftung von Leitungsorganen, GesRZ 2015, 174
- Müller/Pfeiffer/Hülsbeck*, Gemischte Geschäftsführungsteams in Familienunternehmen (2016)
- Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Band II: Gesellschaftsrecht⁴, MANZ Verlag, Wien (2020)
- Rauter*, Die große Mauer: Treuepflicht, JAP 2021, 236
- Rauter*, Scheinbeschluss (Gesellschaftsrecht), in RDB Keywords, 11.10.2021
- Rauter*, Stimmbindungsvertrag, in RDB Keywords, 11.10.2021
- Rauter*, Satzungsdurchbrechung, in RDB Keywords, 11.10.2021
- Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, MANZ Verlag, Wien (1983)
- Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht², MANZ Verlag, Wien (1997)
- Reich-Rohrwig*, Beschlussunfähigkeit der GmbH-Generalversammlung, Stimmrechtsausschluss und Leiter der Generalversammlung, GesRZ 2020, 229
- Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl (Hrsg)*, Handbuch Generalversammlung der GmbH², MANZ Verlag, Wien (2021)

- Rüffler*, Sonderrechte hinsichtlich der Bestellung von Geschäftsführern, GES 2021, 227
- Rummel/Lukas*, ABGB - Kommentar⁴, MANZ Verlag, Wien (2019)
- Schamberger*, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen, Verlag Österreich, Wien (2018)
- Schauer*, Familienverfassung, GesRZ 2021, 139
- Schrenk*, Der ältere Dienstnehmer im Arbeitsrecht, taxlex 2011, 204
- Schummer*, Gedanken zur Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag und dessen Abbestellung, GesRZ 1994, 124
- Straube/Ratka/Rauter (Hrsg)*, UGB I⁴, MANZ Verlag, Wien (2016)
- Straube/Ratka/Rauter (Hrsg)*, WK GmbHG⁴, MANZ Verlag, Wien (2020)
- Tagiuri/Davis*, Bivalent Attributes of the Family Firm, Family Business Review 1996, 199
- Thöni*, Sind treuwidrige Stimmabgaben von GmbH-Gesellschaftern bei der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter mitzuzählen? GesRZ 2008, 346
- Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185
- Torggler*, Gesellschaftsrecht: AT und Personengesellschaften, Verlag Österreich, Wien (2013)
- Torggler (Hrsg)*, GmbHG, MANZ Verlag, Wien (2014)
- Umfahrer*, GmbH – Handbuch für die Praxis⁷, MANZ Verlag, Wien (2021)
- Umlauf*, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern unter besonderer Berücksichtigung des Nominierungsrechtes, NZ 1992, 89
- Völkl*, Nebenvereinbarung, in RDB Keywords, 11.10.2021
- Walch*, Verstoß gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag als Anfechtungsgrund eines Gesellschafterbeschlusses, GES 2015, 159
- Walkner*, Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Unzulässigkeit von „Geschlechterklauseln“ in Gesellschaftsverträgen, AnwBI 2019, 586
- Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, Mohr Siebeck, Tübingen (1999)
- Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag², Linde Verlag, Wien (2021)
- Welser*, „Durchschlagen“ der erfolgreichen Anfechtung eines Beschlusses über die Abberufung eines Aufsichtsrats wegen Treuwidrigkeit auf Nachfolge-Bestellungsbeschlüsse, ecolex 2021, 445.
- Welser*, Treuepflichten nach beidseits unerkanntem Erlöschen eines Entsendungsrechtes: „So geht man mit einem langjährigen Geschäftspartner nicht um“, ecolex 2021, 443.
- Windisch-Graetz*, Diskriminierungsverbot von Wanderarbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit, ecolex 2017, 236
- Wünsch*, Kommentar zum GmbHG³. Lieferung, Leykam Verlag, Graz (1993)
- Zöchling-Jud*, Zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen, EF-Z 2020, 100

7.2 Judikaturverzeichnis

OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53
OGH 17.03.1954, 3 Ob 159/54
OGH 04.12.1957, 7 Ob 559/57
OGH 29.11.1960, 3 Ob 383/60
OGH 16.06.1966, 1 Ob 141/66
OGH 10.12.1975, 8 Ob 253/75
OGH 15.06.1976, 4 Ob 48/76
OGH 29.01.1981, 7 Ob 507/81
OGH 12.08.1981, 6 Ob 5/81
OGH 26.04.1983, 4 Ob 76/82
OGH 02.10.1985, 3 Ob 555/85
OGH 27.02.1986, 8 Ob 515/86
OGH 17.11.1987, 3 Ob 520/86
OGH 26.04.1988, 3 Ob 549/86
OGH 08.06.1989, 12 Os 152/88
OGH 26.04.1990, 8 Ob 563/89
OGH 28.06.1990, 8 Ob 624/88
OGH 25.09.1990, 4 Ob 544/90
OGH 11.07.1991, 7 Ob 559/91
OGH 27.10.1994, 6 Ob 28/94
OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95
OGH 25.09.1997, 6 Ob 174/97z
OGH 28.11.2000, 1 Ob 137/00d
OGH 15.11.2001, 8 Ob A 123/01y
OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k
OGH 25.06.2003, 9 Ob 64/03g
OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f
OGH 08.09.2004, 7 Ob 193/04i
OGH 16.02.2006, 6 Ob 130/05v
OGH 09.05.2007, 9 Ob 138/06v
OGH 25.05.2007, 6 Ob 92/07h
OGH 16.06.2011, 6 Ob 99/11v
OGH 18.07.2011, 6 Ob 246/10k
OGH 21.12.2011, 6 Ob 221/11k
OGH 29.01.2013, 9 Ob A 154/12f
OGH 31.01.2013, 6 Ob 244/12v

OGH 31.01.2013, 6 Ob 100/12t
OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w
OGH 21.11.2018, 6 Ob 191/18h
OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h
OGH 21.03.2019, 6 Ob 183/18g
OGH 25.07.2019, 2 Ob 15/19y
OGH 18.02.2021, 6 Ob 140/20m
OGH 18.02.2021, 6 Ob 155/20t
OGH 15.03.2021, 6 Ob 39/21k
OGH 15.03.2021, 6 Ob 38/21p

7.3 Gesetze und Datenbanken

Aktiengesetz (AktG)

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)

EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/>

Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)

Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat (GFMA-G)

GmbH-Gesetz (GmbHG)

RIS-Justiz (OGH, OLG, LG, BG, OPMS, AUSL): <https://www.ris.bka.gv.at/jus/>

RDB - Rechtsdatenbank Manz: <https://rdb.manz.at>

Unternehmensgesetzbuch (UGB)