

# Beschlussunfähigkeit der GmbH-Generalversammlung, Stimmrechtsausschluss und Leiter der Generalversammlung

JOHANNES REICH-ROHRWIG\*

Der vorliegende Beitrag beleuchtet drei Bereiche, in denen rechtswidrig vorgehende Gesellschafter das gesetzgeberische Organisationskonzept, wie die GmbH eigentlich gut funktionieren sollte oder könnte, nach dem jetzigen Stand der Rspr aushebeln können.

## I. Vorbemerkung

Seit mehr als 110 Jahren existiert in Österreich die Rechtsform der GmbH.<sup>1</sup> Während es im Jahr 1991 nur zirka 56.000 GmbHs in Österreich gab, halten wir jetzt bei zirka 165.000 GmbHs.<sup>2</sup> Die GmbH ist demnach die weitaus beliebteste Rechtsform in Österreich (wenn man von den im Firmenbuch nicht eingetragenen Einzelunternehmen und GesBRs absieht, zu denen aber keine verlässlichen Zahlen vorliegen).

Nach ihrer Gesellschafterstruktur sind GmbHs zu 29 % Ein-Personen-Gesellschaften, 71 % haben zwei Gesellschafter oder mehr.

Interessant ist, dass von den aus zwei oder mehr Gesellschaftern bestehenden Gesellschaften, also echten Gesellschaften, 90 % aus zwei, drei oder vier Gesellschaftern bestehen, 8,25 % aus fünf bis 10 Gesellschaftern und sich nur 1,75 % der echten Gesellschaften aus mehr als 10 Gesellschaftern zusammensetzen, also ein verschwindend kleiner Teil aller GmbHs.<sup>3</sup> Man sollte die doch sehr unterschiedliche Gesellschafterstruktur bei der Rechtsform der GmbH im Vergleich zu dem auf Publikumsgesellschaften zugeschnittenen Aktienrecht im Hinterkopf behalten, wenn man das aus dem (deutschen) Aktienrecht stammende Regime für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im Bereich der GmbH anzuwenden hat.<sup>4</sup> Dies gilt umso mehr für die aktienrechtlichen Bestimmungen über den Vorsitzenden der Hauptversammlung, die in das GmbHG überhaupt keinen Eingang gefunden haben.

Erstaunlich ist, dass viele für die Praxis wichtige Rechtsfragen trotz des mehr als 100-jährigen Bestehens der Rechtsform der GmbH erst in der jüngsten Vergangenheit gerichtlich entschieden wurden, obwohl die Brisanz dieser Rechtsfragen seit eh und je gegeben war.

In vielen Facetten stimme ich der Rspr zu. Allerdings orte ich drei Bereiche, in denen die Judikatur für missbräuchliches

Verhalten von GmbH-Gesellschaftern Tür und Tor öffnet und den in Wahrheit gebotenen Rechtsschutz verhindert. Was meine ich?

Erster Aspekt: Falls einzelne Gesellschafter trotz Beschlussunfähigkeit der Generalversammlung (im Folgenden: GV) in der beschlussunfähigen GV Abstimmungen durchführen, sieht dies die Judikatur als wirksame Willensbildung der Gesellschafter an und spricht solchen (vermeintlichen) Gesellschafterbeschlüssen Wirksamkeit oder zumindest vorläufige Wirksamkeit zu. Dazu kommt noch, dass die Rspr zugleich den der GV ferngebliebenen Gesellschaftern das Anfechtungsrecht versagt,<sup>5</sup> sodass sich letztlich ein einziger Gesellschafter oder eine gesellschaftsvertraglich für die Beschlussfähigkeit der GV nicht ausreichende Gesellschafterminderheit unter Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages das Recht zur Willensbildung rechtswidrig anmaßen kann und, falls die ferngebliebenen Gesellschafter ordnungsgemäß geladen waren, diese machtlos zusehen müssen, wie das rechtswidrige Abstimmungsverhalten des oder der trotz Beschlussunfähigkeit abstimmenden Gesellschafter dennoch von den Gerichten als endgültig wirksam akzeptiert und die Anfechtungsmöglichkeit abgelehnt wird.

Die Konsequenz ist enorm, wenn man daran denkt, dass durch solche (vermeintliche) Beschlüsse der Gesellschaftsvertrag grundlegend geändert, bisher wohlverdiente Geschäftsführer abberufen und neue bestellt, der Abschluss von für die GmbH nachteiligen Verträgen, die Einführung einer Nachschusspflicht,<sup>6</sup> von Veräußerungsbeschränkungen oder die Veräußerung des Unternehmens der GmbH handstreichartig beschlossen werden könnten.

Den zweiten Bereich einer Fehlentwicklung orte ich im Bereich des Stimmrechtsausschlusses: Stimmen, die ein gem § 39 Abs 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossener Gesellschafter (vermeintlich) abgibt, werden von der Judikatur<sup>7</sup> als zunächst wirksam abgegeben<sup>8</sup> betrachtet und seien zu zählen. Das unter ihrer Berücksichtigung ermittelte Beschlussergebnis sei nur im Wege einer Anfechtungsklage, allenfalls verbunden mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage, zu

\* Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig ist Rechtsanwalt in Wien und lehrt am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien.

<sup>1</sup> Die Stammfassung des GmbHG wurde mit RGBL 1906/58 kundgemacht.

<sup>2</sup> Stand zum 30.9.2019: 161.570 GmbHs.

<sup>3</sup> Siehe Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner (1992) 371 (375); OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95: „Auch bei einer Kapitalgesellschaft wie der Gesellschaft mbH steht häufig das personalistische Element im Vordergrund (die Gesellschaft steht dann in diesem Fall der OHG näher als der AG) ...“

<sup>4</sup> Vgl auch OGH 26.3.2009, 6 Ob 258/08x, GesRZ 2009, 288 (Schörghofer): „... das Modell der Beschlussanfechtung [wurde] für Aktiengesellschaften entwickelt ..., wo der Bedarf nach Rechtssicherheit bereits wegen der großen Zahl von häufig anonymen Aktionären besonders groß ist.“

<sup>5</sup> OGH 24.3.1988, 6 Ob 515/88; 21.12.2000, 8 Ob 233/99v; 28.8.2013, 6 Ob 59/13i.

<sup>6</sup> Vgl OGH 3 Ob 349/35, ZBl 1935/343; 10.12.1958, 2 Ob 265/58, JBl 1959, 159 (Demelius); 26.5.1983, 6 Ob 786/82; vgl auch OGH 11.7.1991, 6 Ob 501/91.

<sup>7</sup> RIS-Justiz RS0059834.

<sup>8</sup> OGH 22.5.1985, 1 Ob 573/85; 6.4.2006, 6 Ob 53/06x; RIS-Justiz RS0059834.

beseitigen.<sup>9</sup> Nur auf diese Weise könne das rechtswidrig herbeigefügte Abstimmungsergebnis korrigiert werden.

Diese Auffassung missachtet das Gesetz und verkehrt den Zweck des Stimmrechtsausschlusses in sein genaues Gegenteil. Dies kann – entgegen der Rspr – auch nicht mit Rechtssicherheit gerechtfertigt werden, da die Tatbestände des § 39 Abs 4 GmbHG und in Abgrenzung dazu § 39 Abs 5 GmbHG<sup>10</sup> völlig klar und Unschärfen nur in kleinsten Randbereichen denkbar sind. Das rechtfertigt es aber nicht, die gesetzliche Grundregel in ihr Gegenteil zu verkehren und dem unredlich und rechtswidrig (!) agierenden, vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter, der mitstimmt, noch den Erfolg seines gesetzwidrigen Mitstimmens zu gewähren und – zumindest auf Dauer des Anfechtungsprozesses – zu belassen.

Auch diese Auffassung der Rspr verschafft wiederum rechtswidrig vorgehenden Gesellschaftern, die trotz ihres Stimmrechtsausschlusses (§ 39 Abs 4 GmbHG) mitstimmen, die Möglichkeit, das rechtens erzielte Abstimmungsergebnis in sein Gegenteil zu verkehren und die Mitgesellschafter quasi vor vollendete Tatsachen zu stellen, zu einem jahrelangen Prozess zwingen und zur Verzweiflung zu bringen.

Man denke etwa an die Beschlussfassung über eine Sonderprüfung oder Klagsführung, die sich gegen einzelne Gesellschafter richtet: Falls die betroffenen und daher vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter dennoch ihre Stimmen (vermeintlich) abgeben, schafft das eine schwierige Situation für die die Klagsführung oder die Sonderprüfung verfolgenden anderen Gesellschafter. Denn die Beseitigung der abgelehnten und die Feststellung der in Wahrheit gefassten Beschlüsse durch Anfechtungsklage gem § 41 GmbHG im Prozessweg dauert regelmäßig weit länger als ein Jahr. Dies nötigt die redlich agierenden Gesellschafter, die von dem an sich vom Stimmrecht ausgeschlossenen, aber dennoch rechtswidrig mitstimmenden Gesellschafter niedergestimmt werden, zur Geltendmachung der Ersatzansprüche im Wege der Minderheitsschadenersatzklage (§ 48 Abs 2 GmbHG), sofern sie dazu überhaupt die notwendige Beteiligung von mindestens 10 % oder eine Stammeinlage von mindestens 700.000 € besitzen.<sup>11</sup> Dies, obwohl der Beschluss auf Verfolgung der

Ersatzansprüche durch die Gesellschaft – recht besehen – gefasst ist. Dies erschwert oder verunmöglicht die Rechtsverfolgung seitens der redlichen Gesellschafter.

Die dritte Konstellation betrifft die Bestellung des Vorsitzenden der GV mit der Kompetenz zur Feststellung des Beschlussergebnisses: Hier eröffnet die Rspr dem Mehrheitsgesellschafter Missbrauchspotenzial, indem sie auch ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag die *Ad-hoc*-Bestellung eines Vorsitzenden der GV mit einfacher Stimmenmehrheit zulässt,<sup>12</sup> und zwar auch dann, wenn der Mehrheitsgesellschafter bei den bevorstehenden Abstimmungen einer Interessenkollision oder einem Stimmrechtsausschluss unterliegt.<sup>13</sup> Das Missbrauchspotenzial liegt darin, dass dieser Leiter der GV die Stimmen der vom Stimmrechtsausschluss erfassten Gesellschafter – rechtswidrigerweise – mitzählt und das Abstimmungsergebnis – zumindest vorläufig bindend – unrichtig feststellt, mag auch das verkündete Abstimmungsergebnis wegen der Missachtung von gesetzlichen Stimmrechtsausschlüssen evident rechtswidrig und sohin unrichtig ermittelt sein. Auch diese missbräuchliche Vorgangsweise eines Leiters der GV zwingt die Gesellschafterminderheit dazu, Klage gem § 41 GmbHG und positive Beschlussfeststellungsklage zu erheben, ein geld- und zeitaufwendiges Unterfangen, anstatt dass der rechtens gefasste Gesellschafterbeschluss, bei dem die Stimmen der vom Stimmrechtsausschluss betroffenen Gesellschafter nicht gezählt werden, sofort Geltung erlangt.

Genug der Worte zur Einleitung! Bevor ich mich auf diese Themen fokussiere, will ich mich zunächst mit dem Organisationsaufbau der GmbH und ihren *checks and balances* näher befassen.

## II. Organisationsaufbau: Checks and Balances bei der GmbH

Für die Rechtsform der GmbH hat der Gesetzgeber als Organe zwar die Geschäftsführer, in bestimmten Fällen den Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ und für mittelgroße, große und gesetzlich aufsichtsratspflichtige kleine GmbHs den Jahresabschlussprüfer vorgesehen.

Anders als im Aktienrecht ist bei der GmbH ein Vorsitzender oder ein Leiter der GV gesetzlich nicht geregelt. Dies wirft natürlich die Frage auf, ob die Bestellung eines Leiters der GV, dem mehr als nur die Aufgabe der Moderation, der Einhaltung einer Gesprächskultur und eines geordneten Ablaufs zukommen soll, einer Regelung im Gesellschaftsvertrag der GmbH, der Einstimmigkeit oder zumindest eines satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlusses bedarf, der dann aber mit der notwendigen Dreiviertelmehrheit (§ 50 Abs 1 GmbHG) oder der höheren satzungsmäßigen Mehrheit gefasst werden müsste. Zudem stellt sich die Frage, welche Funktion ein solcher Leiter der GV haben kann, wenn er selbst bei der Ausübung seiner Aufgabe vorhersehbarerweise einem Interessenkonflikt unterliegt, etwa weil er selbst Gesellschafter ist und bei einer der folgenden Abstimmungen vom Stimmrecht ausgeschlossen ist oder seine Aufgabe und Treupflicht ihn zu einem anderen Verhalten verpflichtet.

<sup>9</sup> OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97; ecoclex 1998, 708 (Reich-Rohrwig); 12.10.2006, 6 Ob 139/06v; 8.5.2008, 6 Ob 28/08y, GesRZ 2008, 304 (S. Schmidt); 18.9.2009, 6 Ob 49/09p; 24.10.2016, 6 Ob 169/16w; 29.11.2016, 6 Ob 213/16s; 27.2.2019, 6 Ob 19/19s; vgl auch OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92.

<sup>10</sup> Vgl etwa OGH 27.2.1986, 8 Ob 515/86. Kein Stimmrechtsausschluss besteht – über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus – für alle Fälle einer Interessenkollision; vgl RIS-Justiz RS0086644; OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95 (unter Hinweis auf Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht [1983] 349); 12.10.2006, 6 Ob 139/06v; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 29.8.2019, 6 Ob 104/19s; 19.12.2019, 6 Ob 105/19p; so auch schon RG 8.4.1908, Rep I 595/07, RGZ 68, 235; 29.11.1912, Rep II 369/12, RGZ 81, 37 (unter Bezugnahme auf § 39 Abs 5 GmbHG); 18.1.1915, II 434/14, JW 1915, 195. Nicht jeder Interessenkonflikt reicht aus, um ein Stimmverbot zu begründen; vgl BGH 10.2.1977, II ZR 81/76, BGHZ 68, 107; 16.2.1981, II ZR 168/79, BGHZ 80, 69; 20.1.1986, II ZR 73/85, BGHZ 97, 28; 7.2.2012, II ZR 230/09, NZG 2012, 625, Rn 33 f. Allerdings ist der persönliche Anwendungsbereich des Stimmrechtsausschlusses durchaus auf Gesellschaften und juristische Personen (wie etwa Kapitalgesellschaften und Stiftungen), auf die der vom Stimmrecht ausgeschlossene (wesentlichen) Einfluss hat oder diese beherrscht, zu erstrecken; vgl RG 3.5.1932, II 438/31, RGZ 136, 236; 4.12.1934, II 62/34, RGZ 146, 71; 22.1.1935, II 198/34, RGZ 146, 385; 20.12.1939, II 88/39, RGZ 162, 370; Nachweise zum aktuellen Meinungsstand in Deutschland bei Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG II<sup>2</sup> (2014) § 47 Rz 141 ff; für Österreich zuletzt etwa OGH 29.8.2019, 6 Ob 104/19s; vgl auch OGH 8.5.2008, 6 Ob 28/08y; 31.7.2015, 6 Ob 196/14p, GesRZ 2015, 326 (Kalss) = ZfS 2015, 270 (Gordon); 31.7.2015, 6 Ob 79/15h („wenn eine von der Interessenkollision ungetriebene Stimmabgabe nicht zu erwarten ist“).

<sup>11</sup> Genau in einem solchen Fall hat das Reichsgericht der Anfechtungsklage des mit 1 % beteiligten Aktionärs Folge gegeben, weil der zu 99 % beteiligte Hauptaktionär (Aktionärskonsortium) vom Stimmrecht ausgeschlossen war; vgl RG 4.12.1934, II 62/34; idS auch R. Rastegar, Die Gesellschafterklage in der GmbH (2020) 45.

<sup>12</sup> OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v; vgl auch OGH 26.4.2018, 6 Ob 38/18h.

<sup>13</sup> OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v; 20.3.2013, 6 Ob 23/13w; 26.4.2018, 6 Ob 38/18h. Dasselbe gilt, wenn mehrere Gesellschafter gemeinsam vorgehen oder gemeinsam vom Stimmrecht ausgeschlossen sind; vgl OGH 29.8.2019, 6 Ob 104/19s.

Darauf will ich im Zuge dieses Beitrags noch näher zu sprechen kommen. Vorher will ich das rechtliche Umfeld für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und zur GmbH ausleuchten und die Frage ausloten, inwieweit GmbH-Gesellschafter durch rechtswidriges Verhalten die Rechte anderer Gesellschafter vereiteln oder frustrieren können und dürfen.

Denn der Ausübung von Rechten ganz allgemein und von Gesellschafterrechten im Besonderen sind durchaus Grenzen gesetzt.<sup>14</sup> Ich denke an die Stichworte: Treu und Glauben, Treuepflicht, Verbot der sittenwidrigen Schädigung, Rechtsmissbrauch und Arglist. Das gilt naturgemäß auch für die Gesellschaftermehrheit, wenn sie bei ordnungsgemäßer Willensbildung in der GV ihre Stimmenmehrheit missbraucht. Umso mehr muss das aber gelten, wenn eine nicht einmal beschlussfähige Gesellschafterminderheit<sup>15</sup> in einer GV trotz Beschlussunfähigkeit die Willensbildung (vermeintlich) an sich reißt, quasi usurpiert, und dann Beschlüsse, die für die GmbH und ihre Gesellschafter verbindlich sein sollen, rechtswidrig zu fassen versucht. Dass ein solches Vorgehen wie auch die anderen zu besprechenden Fälle ein rechtswidriges Verhalten darstellen, soll schon an dieser Stelle hervorgehoben werden.

Umso mehr muss der Gesetzesanwender darauf bedacht sein, solchem Rechtsbruch keinen Vorschub zu leisten oder sogar dazu zu animieren, sondern die Rechte der rechtmäßig handelnden und daher schützenswerten Gesellschafter zu wahren. Oder anders ausgedrückt: Hat der einzelne Gesellschafter Rechtsschutz gegen das Verhalten der Mitgesellschafter oder soll er ihnen schutzlos ausgeliefert sein? Es geht also auch um die Frage des grundlegenden Schutzes der Willensbildung innerhalb der GmbH, also darum, dass eine Willensbildung der Gesellschafter nicht angenommen werden darf, wenn die GV nicht einmal beschlussfähig ist, und dass der in der GV zum Ausdruck gebrachte Wille der Gesellschafter nicht durch Stimmabgabe der vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter und auch nicht durch rechtswidriges Verhalten des Vorsitzenden der GV manipuliert werden darf.

Machen wir eine *tour d'horizon* und wenden wir uns der Rechtsentwicklung im Bereich des Gesellschaftsrechts zu: Diese lässt eine zunehmend verfeinerte Rechtsanwendung erkennen, bei der niemand rechtswidrig überrumpelt werden darf.<sup>16</sup> So sieht man, dass der Gesetzgeber bei der Kodifikation der verschiedenen Gesellschaftsformen anfänglich noch wenig Praxiserfahrung hatte, sodass es etwa im Recht der OHG bzw OG – trotz ihrer ersten Kodifikation bereits Anfang der 1860er-Jahre im AHGB und der Neukodifikation im HGB (in Deutschland 1897 bzw in Österreich 1939) – bis zu dem am 1.1.2007 in Kraft getretenen UGB gedauert hat, bis die Treue-

pflicht<sup>17</sup> und der Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>18</sup> in das Gesetz aufgenommen wurden (§ 112 Abs 1 UGB). Erst 1960 anerkannte die Rspr in Österreich die *actio pro socio* als Instrument des Minderheitenschutzes,<sup>19</sup> damit der einzelne Gesellschafter die gesetzlichen und vertraglichen Rechte (Sozialansprüche) tatsächlich durchsetzen kann und er nicht an den die Rechtsdurchsetzung blockierenden oder sich rechtswidrig verhaltenden Mitgesellschaftern scheitert.

Im Aktienrecht, das erstmals bereits durch das Vereinspatent von 1852 kodifiziert wurde, dauerte es immerhin bis 1996, bis der Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat (§ 47a AktG).

Im GmbH-Recht ist der Gleichbehandlungsgrundsatz als solcher bislang nicht als allgemeiner Grundsatz kodifiziert, wenngleich er aus einzelnen Gesetzesregelungen (etwa § 72 Abs 3 GmbHG) ableitbar ist. Die fehlende generelle gesetzliche Verankerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat die Rspr allerdings nicht gehindert, auch bei der GmbH diesen Grundsatz interpretativ aus der Rechtsordnung abzuleiten und Gesellschafterbeschlüsse daran zu messen.<sup>20</sup> Die Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter wurde von der Judikatur erstmals im Jahr 1980<sup>21</sup> und seither in vielen weiteren Entscheidungen<sup>22</sup> bejaht.

<sup>17</sup> OGH 14.6.1977, 4 Ob 511/77; 20.1.1983, 8 Ob 580/82, HS XIV/XV/2; 20.10.1983, 6 Ob 770/83, RdW 1984, 76; 18.12.1987, 6 Ob 695/87, WBl 1988, 125 (*Reich-Rohrwig*); 21.5.1990, 1 Ob 567/90; 1.10.2008, 6 Ob 190/08x. Das Widerspruchsrecht des § 115 UGB darf nur in den Grenzen der Treuepflicht ausgebaut werden; vgl OGH 3.9.1952, 2 Ob 547/52, HS I/19; 8.4.1959, 6 Ob 96/59, HS 65/17; 30.7.1980, 3 Ob 596/79, GesRZ 1981, 106 = HS 10.313; zum Verbot herabsetzender oder kreditschädigender Äußerungen über Mitgesellschafter OGH 27.5.1982, 7 Ob 607/82; 29.11.1983, 7 Ob 719/83, HS 14.081; zum treuepflichtwidrigen Verhalten durch Nichtbeachtung des verbindlichen Widerspruchs des anderen Komplementärs OGH 20.10.1983, 6 Ob 770/83; zum Wettbewerbsverbot für Kommanditisten aus der Treuepflicht OGH 16.9.1986, 4 Ob 374/86; zur Pflicht zur Mitwirkung an Abberufungs- oder Ausschlussklage gegen Mitgesellschafter OGH 7.5.1952, 3 Ob 277/52; 24.3.1954, 3 Ob 207/54; 18.12.1987, 6 Ob 695/87; 9.10.1991, 1 Ob 611/91.

<sup>18</sup> Vgl F. Bydliński, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht (1961) 20 und 56; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup> (1990) 17; *Schauer in Kalls/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 2/420 f.; OGH 6.11.1979, 5 Ob 764/78; zum deutschen Recht etwa G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958) 35 und 278.

<sup>19</sup> OGH 18.8.1960, 1 Ob 279/60; 15.12.1964, 8 Ob 268/64; 10.5.1972, 6 Ob 45/72, JBl 1972, 616; 15.2.1978, 8 Ob 557/77; 21.2.1978, 4 Ob 503/78; 19.1.1979, 1 Ob 749/78, GesRZ 1979, 118; 26.6.1979, 2 Ob 533/79; 4.3.1980, 5 Ob 761/79, GesRZ 1980, 214; 14.5.1980, 1 Ob 590/80; 4.12.1980, 8 Ob 520/80; 9.4.1981, 7 Ob 538/81; 3.6.1981, 1 Ob 578/81 ua, RZ 1982/17; 20.1.1983, 8 Ob 580/82; 13.10.1983, 6 Ob 812/82, GesRZ 1984, 213; 21.11.1989, 4 Ob 603/89; 13.6.1996, 8 Ob 2087/96m; 14.1.2000, 1 Ob 328/99p; 4.6.2004, 2 Ob 247/03t; 26.2.2009, 1 Ob 192/08d; so auch im Falle der Gesamtvertretung OGH 20.10.1983, 6 Ob 770/83; so auch für den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter OGH 10.5.1984, 6 Ob 4/84; 13.4.2000, 6 Ob 58/00y; RIS-Justiz RS0061635; RS0062137; so auch für die Kommanditisten OGH 4.12.1980, 8 Ob 520/80; 11.1.1983, 5 Ob 760/82; 20.5.1992, 1 Ob 562/92; so auch in der GesBR RIS-Justiz RS0113443; RS0113444; 13.4.2000, 6 Ob 58/00y; 13.7.2000, 6 Ob 251/99a; 14.2.2008, 2 Ob 238/07z; 30.3.2011, 7 Ob 130/10h; 22.12.2011, 1 Ob 234/11k; 26.4.2016, 6 Ob 61/16p; 7.6.2016, 10 Ob 77/15v; 19.12.2016, 9 Ob 81/16a; 25.10.2017, 6 Ob 140/17g; 28.3.2018, 6 Ob 45/18p; 19.12.1019, 6 Ob 145/19w; so auch für sog geborene Liquidatoren OGH 19.9.2002, 3 Ob 175/01h. Keine analoge Anwendung erfolgt im Vereinsrecht; vgl OGH 18.6.2013, 4 Ob 18/13w; die *actio pro socio* im Kapitalgesellschaftsrecht offenkundig OGH 26.4.2018, 6 Ob 38/18h; vgl auch OGH 22.7.2009, 3 Ob 72/09y; nicht für den bereits ausgeschiedenen Gesellschafter OGH 25.3.2020, 6 Ob 189/19s.

<sup>20</sup> OGH R I 200/17, NZ 1918, 34; 13.7.1956, 7 Ob 535/55; 3.3.1964, 8 Ob 50/64; 20.5.1965, 5 Ob 103/65; 16.12.1980, 5 Ob 649/80; zur Gleichbehandlung in der Liquidation OGH 16.6.1976, 1 Ob 641/76; siehe auch OGH 9.7.1958, 2 Ob 49/58, EvBl 1958/322; F. Bydliński, Gleichheitsgrundsatz, insb 20 f und 56 f; G. Hueck, Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung. Schon die Regierungsvorlage zur Stammfassung des GmbHG sieht den Anspruch auf gleichmäßige Behandlung als ein Sonderrecht jedes Gesellschafters an; vgl ErlRV 236 BlgHH 17. Sess, 72.

<sup>21</sup> OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80; 15.10.1985, 5 Ob 526/84.

<sup>22</sup> RIS-Justiz RS0060175; RS0026106; RS0107912; OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80; 15.10.1985, 5 Ob 526/84; 18.12.1987, 6 Ob 695/87; 11.4.1989, 5 Ob 576/88; 12.3.1997, 6 Ob 26/97k; 16.2.2006, 6 Ob 130/05v; 10.4.2008, 6 Ob 37/08x; 19.3.2010, 6 Ob 169/09k; 16.6.2011, 6 Ob 99/11v; 14.9.2011, 6 Ob 197/11f ua; 31.1.2013, 6 Ob 100/12t, ecolex 2013/291 (*Reich-Rohrwig*); 24.10.2016, 6 Ob 169/16w.

<sup>14</sup> So ausdrücklich in Bezug auf die Treuepflicht etwa OGH 20.3.2013, 6 Ob 23/13w; für Deutschland BGH 1.2.1988, II ZR 75/87, BGHZ 103, 184; 22.6.1992, II ZR 178/90, NJW 1992, 3167; 20.3.1995, II ZR 205/94, BGHZ 129, 136; vgl auch zur gesteigerten Treuepflicht bei Beherrschung und Eingliederung in eine andere Gesellschaft BGH 5.2.1979, II ZR 210/76, BB 1979, 1735 = AG 1980, 47; dazu *Reich-Rohrwig*, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69 (75 f).

<sup>15</sup> Der Begriff „Minderheit“ ist im gegebenen Zusammenhang an der Höhe des gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Anwesenheitsquorums zu messen.

<sup>16</sup> So etwa OGH 30.5.1974, 6 Ob 8/74; vgl auch OGH 17.5.1977, 3 Ob 533/77, HS 11.476.

Umgekehrt war der GmbH-Gesetzgeber das Jahre 1906 insofern sehr fortschrittlich, als er explizit das Verbot des Entzugs von Rechten<sup>23</sup> und das Verbot der Auferlegung von Lasten (§ 50 Abs 4 GmbHG) zugunsten der Gesellschafter normierte. Bei den Rechtsformen der GesBR, der OG und der AG fehlen gleichartige, explizite Regelungen, wenngleich man auch bei diesen interpretativ zum gleichen Ergebnis gelangt.<sup>24</sup> Ferner regelt das GmbHG – neben anderen Minderheits- und Individualrechten – die Minderheitschadenersatzklage (§ 48 GmbHG). Der Anwendungsbereich, der sich ursprünglich nur auf Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder bezog, wurde im Jahr 1997 durch den Gesetzgeber ausgeweitet, sodass der Minderheitsgesellschafter nun auch Ansprüche der GmbH gegen Gesellschafter verfolgen kann. Das ist in der Praxis auch der Hauptanwendungsfall. Mit dem GesBR-RG<sup>25</sup> wurde die *actio pro socio* in § 1188 ABGB kodifiziert und ist gem § 1175 Abs 4 ABGB auch bei anderen Gesellschaftsformen subsidiär anwendbar.<sup>26</sup>

Ein weiterer Meilenstein in der Rechtsentwicklung im Bereich des GmbH-Rechts war die Einführung der Klage auf Abberufung von GmbH-Geschäftsführern aus wichtigem Grund: Die GmbHG-Novelle BGBl 1980/320 beschränkte diese Klagemöglichkeit zunächst auf Gesellschafter-Geschäftsführer. Mit der Novelle BGBl I 1997/114 wurde dieses Instrument des Schutzes vor allem der Minderheitsgesellschafter<sup>27</sup> auch auf die Abberufung von Fremdgeschäftsführern erweitert. Die Einführung der Abberufungsklage ist gesetzgeberischer Ausdruck der Treuebindung der GmbH-Gesellschafter untereinander und durch den Verweis auf die Bestimmungen der §§ 117 und 127 HGB (UGB) strich der Gesetzgeber das personalistische Element der Rechtsbeziehungen der GmbH-Gesellschafter untereinander hervor.<sup>28</sup> Durch Einführung der Abberufungsklage im GmbH-Recht nach dem Vorbild des Personengesellschaftsrechts schuf der Gesetzgeber ein Ventil, um das bessere Recht der Gesellschafter – mögen sie auch in der Minderheit sein – gegen einen untragbar gewordenen Geschäftsführer, dem die nötigen Gesellschafter die Mauer machen, durchsetzbar zu machen.

Ähnlich, wenngleich von der Wirkungsweise her konträr ist die Vorschrift des § 39 Abs 4 GmbHG über den Stimmrechtsausschluss von Gesellschaftern in Fällen typisierter Interessenkollision. Danach haben Gesellschafter und deren Vertreter bei der Abstimmung kein Stimmrecht, wenn sie, dh der Gesellschafter oder sein Vertreter, durch die Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit oder ihnen ein Vorteil zugewendet werden soll. Gleiches gilt bei der Beschluss-

fassung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Gesellschafter<sup>29</sup> oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft.

Vergleicht man dazu das UGB, so enthält dieses keinen generellen, sondern einen nur rudimentär geregelten Stimmrechtsausschluss, der der Sache nach aber in dieselbe Richtung geht, so etwa bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Verletzung des Wettbewerbsverbots (§ 113 Abs 2 UGB), bei der Klagshebung zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (§§ 117 und 127 UGB), beim Ausschluss aus wichtigem Grund (§ 140 UGB) sowie bei der Genehmigung von Entnahmen (§ 122 Abs 2 UGB). Wegen dieser teilweisen Lückenhaftigkeit wird der weitergehende Stimmrechtsausschluss aus dem GmbHG bei OGs und KGs analog angewendet.<sup>30</sup> Zum Teil wird auch eine Analogie zu § 39 Abs 5 GmbHG (kein Stimmrechtsausschluss, wenn es um die eigene Bestellung zum oder um die Abberufung als Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglied oder Liquidator geht)<sup>31</sup> befürwortet.<sup>32</sup>

Der Stimmrechtsausschluss ist Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, dass bei derartigen Interessenkollisionen, insb bei In-sich-Geschäften oder bei der Zustimmung zu Geschäften mit ihm, niemand in eigener Sache mitstimmen oder – wenn es um eine Sonderprüfung oder Klagsführung geht – niemand trotz persönlicher Befangenheit zum „Richter in eigener Sache“ werden soll.<sup>33</sup> Dieser Grundsatz, dass dem Gesellschafter die Entscheidungskompetenz (Stimmrecht) bei Interessenkollision entzogen ist, gilt übrigens auch für In-sich-Geschäfte von Geschäftsführern (§ 25 Abs 4 GmbHG)<sup>34</sup> und für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, wie dies die Gesetzesmaterialien zum AktG ausdrücklich betonen.<sup>35</sup>

Wegen des Ausschlusses der befangenen Gesellschafter vom Stimmrecht kommt den übrigen, unbefangenen Gesellschaftern die Entscheidungsmacht zu. Durch den Ausschluss eines Mitgesellschafter vom Stimmrecht kann eine Gesellschafterminderheit zur Mehrheit werden, die dann gegebenenfalls Gesellschafterbeschlüsse mit der maßgeblichen Mehrheit fasst. Dies spielt bei der GmbH insb bei der Beschlussfassung über den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Gesellschaftern,<sup>36</sup> über eine Sonderprüfung und über die

<sup>23</sup> Vgl OGH 30.5.1974, 6 Ob 8/74; 19.6.1986, 7 Ob 538/86; zur nachträglichen Verschärfung von Übertragungsbeschränkungen OGH 27.4.2015, 6 Ob 4/15d.

<sup>24</sup> Vgl OGH 20.5.2008, 4 Ob 229/07s (zur GesBR); vgl auch OGH 17.5.1967, 1 Ob 38/67 (zur AG).

<sup>25</sup> GesBR-Reformgesetz, BGBl I 2014/83.

<sup>26</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I<sup>3</sup> (2019) § 108 Rz 11 ff (unter Hinweis auf ErlRV 270 BlnR 25. GP, 14, wonach die *actio pro socio* jedenfalls im Bereich des Rechts der eingetragenen Personengesellschaften beachtlich ist); *Koppensteiner*, Von *actiones pro socio* bei der GmbH, WBl 2018, 428 (für die Zulässigkeit bei der GmbH in bestimmten Fällen).

<sup>27</sup> Die Abberufungsklage ist aber auch für Mehrheitsgesellschafter von Bedeutung, wenn etwa einem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ein gesellschaftsvertragliches Sonderrecht auf Geschäftsführung eingeräumt oder das Abstimmungsquorum für Abberufungsbeschlüsse gesellschafts- oder syndikatsvertraglich höher als die einfache Stimmenmehrheit bis hin zur Einstimmigkeit angehoben ist.

<sup>28</sup> OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87; 30.5.1990, 4 Ob 507/90. Damit ist maßgeblichen Prämissen der älteren Rspr (OGH 7.4.1976, 1 Ob 539/76; 31.3.1977, 6 Ob 575/77) die Grundlage entzogen.

<sup>29</sup> Vgl OGH 12.5.1992, 4 Ob 7/92; 19.3.2010, 6 Ob 169/09k; 29.8.2019, 6 Ob 104/19s.

<sup>30</sup> OGH 14.2.2013, 5 Ob 249/12x; *Hagl Müller* in *Artmann*, UGB I<sup>3</sup>, § 119 Rz 46.

<sup>31</sup> Vgl OGH 19.6.1986, 7 Ob 538/86.

<sup>32</sup> So *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> (2003) § 119 Rz 10; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> (2016) § 119 Rz 7; *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, Rz 2/434.

<sup>33</sup> RIS-Justiz RS0086644 (T2); OGH 12.10.2006, 6 Ob 139/06v; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschafflicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) 145; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 344; *Hagl Müller* in *Artmann*, UGB I<sup>3</sup>, § 119 Rz 46; *S. Schmidt*, Stimmverbote in der GmbH (2003); OGH 1.7.1976, 6 Ob 8/76; 19.3.2010, 6 Ob 169/09k; 14.2.2013, 5 Ob 249/12x (analoge Anwendung des § 39 Abs 4 GmbHG auf die OG); 28.8.2013, 6 Ob 88/13d; 21.11.2018, 6 Ob 191/18h; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 29.8.2019, 6 Ob 104/19s; 19.12.2019, 6 Ob 105/19p. Allerdings lässt sich demgegenüber kein genereller Stimmrechtsausschluss für alle Fälle einer Interessenkollision ableiten; vgl RIS-Justiz RS0086644; OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95 (unter Hinweis auf *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 349); 12.10.2006, 6 Ob 139/06v; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 29.8.2019, 6 Ob 104/19s; 19.12.2019, 6 Ob 105/19p; kritisch *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 39 Rz 105; siehe auch FN 9.

<sup>34</sup> RIS-Justiz RS0059772; RS0059477; OGH 31.8.2010, 5 Ob 39/10m; 28.2.2018, 6 Ob 11/18p.

<sup>35</sup> AB 661 BlnR 10. GP, 68, abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 670; *Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>4</sup> (2019) § 70 Rz 160; *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, in FS Strasser (1983) 843 (851).

<sup>36</sup> OGH 12.5.1992, 4 Ob 7/92; 19.3.2010, 6 Ob 169/09k; 29.8.2019, 6 Ob 104/19s.

Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gesellschafter eine in der Praxis wichtige Rolle.<sup>37</sup>

In der Praxis kann man beobachten, dass Gesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH häufig mit allen Mitteln die Rechtsverfolgung der GmbH gegen sie selbst zu vereiteln suchen, etwa indem sie trotz Stimmrechtsausschlusses ihre (vermeintlichen) Stimmen abgeben und dann unter Hinweis auf die Rspr behaupten, der beantragte Beschlussantrag sei abgelehnt. Um diese rechtswidrige Vorgangsweise zu perfektionieren, wird der von der Interessenkollision und vom Stimmrechtsausschluss Betroffene auch versuchen, das von ihm angestrebte Abstimmungsergebnis, bei dem seine ungültigen Stimmen mitgezählt werden sollen, durch einen zuvor von ihm in der GV *ad hoc* bestellten willfähigen Versammlungsleiters bestätigen zu lassen. Darauf, dass ihm die Judikatur diese Vorgangsweise in den letzten Jahren erleichtert, werde ich im Zuge meines Beitrags noch näher eingehen.

Als Zwischenresümee ist demnach festzuhalten, dass es drei Bereiche gibt, in denen rechtswidrig vorgehende Gesellschafter das gesetzgeberische Organisationskonzept, wie die GmbH eigentlich gut funktionieren sollte oder könnte, nach dem jetzigen Stand der Rspr aushebeln können. Dies steht ganz massiv im Widerspruch zu grundlegenden Anforderungen an Recht und Gerechtigkeit. Und vor rein begriffsjuristischen Ableitungen, wie man sie immer wieder im Kapitalgesellschaftsrecht antrifft, oder vor der Berufung auf „*Rechtssicherheit*“, um rechtswidrige Ergebnisse zu rechtfertigen, sei nachdrücklich gewarnt. Eine Rückbesinnung auf die echten Werte einer Privatrechtsordnung, die die Einhaltung von Treu und Glauben, Redlichkeit und gesetzeskonformes Verhalten fördert und rechts- und sittenwidriges Verhalten verbietet, ist geboten.

An dieser Stelle muss erwähnt und hervorgehoben werden, dass der GmbH-Gesellschaftsvertrag Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern begründet. Eigentlich sollte dies etwas Selbstverständliches sein, aber vielfach verstellt die in althergebrachter begriffsjuristischer Terminologie<sup>38</sup> so bezeichnete „*körperschaftliche Organisation*“ einer „*Kapitalgesellschaft*“<sup>39</sup> den Blick auf das Wesentliche. Denn das Gesellschaftsverhältnis ist ein Vertragsverhältnis und begründet zwischen den GmbH-Gesellschaftern „*besondere Schutz- und Treuepflichten, deren Verletzung zum Schadenersatz verpflichtet*“.<sup>40</sup> Die Verletzung des Gesellschaftsvertrages oder der durch das Organisationsstatut der GmbH zwischen den Gesellschaftern hervorgerufenen Rechte und Pflichten, auch der gesetzlichen Regeln, die für das Gesellschaftsverhältnis gelten, ist also rechtswidrig. Und genau die Rechtswidrigkeit

eines gegen den Gesellschaftsvertrag, gegen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten oder gegen den gesetzlichen Stimmrechtsausschluss verstoßenden Verhaltens möchte ich hervorheben, weil diese den Ansatzpunkt für die richtige Lösung der hier zu diskutierenden Fragen bietet.

Ich erinnere daran, wie fein ziseliert die Rspr bei der Auslegung von Verträgen ans Werk geht und etwa den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>41</sup> und die Übung des redlichen Verkehrs<sup>42</sup> hervorhebt oder ausspricht, dass der rechtsgeschäftliche Verkehr „*nicht dazu mißbraucht werden [darf], einen anderen hineinzulegen*“.<sup>43</sup> Aufklärungspflichten können bestehen, wenn der Betreffende nach Treu und Glauben oder nach der Übung des redlichen Verkehrs zur Aufklärung verpflichtet ist oder wenn zwischen den Beteiligten ein besonderes Vertrauensverhältnis (zB ein Gesellschaftsverhältnis) besteht.<sup>44</sup> Und bei der Auslegung von Vertragsklauseln endet die Interpretation nicht an ihrem Wortlaut, sondern die Rspr hebt den Sinn und Zweck der Vertragsregelung, den die Vertragsparteien der Vereinbarung „*redlicherweise unterstellen wollten*“,<sup>45</sup> oder den Regelungszweck<sup>46</sup> hervor. Zu nennen ist auch der Grundsatz, dass derjenige, der den Eintritt einer Bedingung wider Treu und Glauben herbeiführt, so zu stellen ist, als wäre die Bedingung ausgefallen,<sup>47</sup> und umgekehrt derjenige, der den Eintritt einer Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt, so gestellt wird, als wäre die Bedingung eingetreten.<sup>48</sup>

Dieser das allgemeine Zivilrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben setzt sich im Bereich des Gesellschaftsrechts durch die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander und vis-à-vis der Gesellschaft fort.<sup>49</sup> Selbst bei eigen-

<sup>41</sup> RIS-Justiz RS0053866; RS0017670; RS0017859; RS0013395; RS0017746; RS0017749; OGH 3.7.1953, 2 Ob 328/53, JBl 1954, 71; 11.1.1956, 7 Ob 570/55; 20.6.1963, 5 Ob 172/63; 7.10.1974, 1 Ob 158/74; 11.2.1975, 3 Ob 17/75; 14.12.1979, 1 Ob 779/79; 27.11.1980, 7 Ob 690/80; 27.6.1996, 2 Ob 2140/96m; 30.10.2002, 7 Ob 236/02k; 26.8.2003, 5 Ob 82/03z; 22.12.2005, 10 Ob 28/05y; 27.6.2019, 8 Ob 62/19d; Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>102</sup>, § 914 Rz 84; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 914 Rz 34 ff; Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup>, § 914 Rz 67.

<sup>42</sup> RIS-Justiz RS0044358; OGH 7.10.1987, 3 Ob 541/87; 24.2.2009, 9 Ob 3/09w.

<sup>43</sup> RIS-Justiz RS0017859; OGH 7.10.1974, 1 Ob 158/74; 28.6.1978, 1 Ob 658/78; 23.7.1987, 6 Ob 579/87.

<sup>44</sup> RIS-Justiz RS0015820; RS0016390; OGH 22.3.2004, 1 Ob 23/04w; 11.5.2012, 4 Ob 9/12w; A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 118, 167 und 398.

<sup>45</sup> RIS-Justiz RS0017915 (T23); RS0014160 (T36); vgl auch RIS-Justiz RS0113932; OGH 17.6.1970, 5 Ob 142/70, MietSlg 22.073; 27.10.1971, 5 Ob 215/71, MietSlg 23.080; 9.7.1980, 1 Ob 803/79; 21.4.1982, 6 Ob 756/81, MietSlg XXXIV/14; 11.1.1995, 9 ObA 185/94; 21.12.2005, 3 Ob 125/05m; 19.12.2007, 9 Ob 273/07m; 27.3.2008, 2 Ob 31/07h; 20.8.2008, 9 Ob 45/07v; 24.2.2010, 3 Ob 28/10d; 14.11.2012, 3 Ob 192/12z; 17.7.2018, 1 Ob 103/18f; 29.5.2019, 7 Ob 50/19g; zum Zweck auch OGH 25.2.1971, 1 Ob 42/71, JBl 1971, 620; 28.6.1978, 1 Ob 658/78.

<sup>46</sup> OGH 16.10.1986, 6 Ob 36/85; 10.12.1986, 3 Ob 598/86.

<sup>47</sup> RIS-Justiz RS0012720; RS0017391; OGH 10.1.1962, 6 Ob 474/61; 18.9.1980, 4 Ob 561/79; 12.7.2000, 3 Ob 171/00v.

<sup>48</sup> OGH 3.3.1914, Rv 434/14, Spr 234 = JBl 1914, 233; RIS-Justiz RS0012728; RS0017391; RS0017486; OGH 2.12.1965, 2 Ob 250/65; 20.12.1972, 1 Ob 251/72, JBl 1973, 470; 23.11.2000, 6 Ob 59/00w; 10.7.2002, 9 Ob 168/02z; 14.6.2005, 2 Ob 33/05z; 10.4.2008, 9 ObA 22/08p, ZAS 2008/42 (Resch); 13.11.2008, 2 Ob 210/08h ua; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 897 Rz 7. Hier reiht sich auch ein, dass dem arglistigen Herbeiführen der Verjährung der Erfolg versagt wird; vgl RIS-Justiz RS0014838; RS0014828; RS0014826; RS0034537; RS0111791; RS0103007; RS0014850; OGH 10.7.1986, 7 Ob 501/86; 2.5.1990, 1 Ob 547/90; 23.3.1999, 1 Ob 55/99s; 4.11.2004, 2 Ob 201/04d; 29.3.2007, 3 Ob 40/07i; 20.10.2010, 1 Ob 179/10w; 25.11.2016, 8 ObA 71/16y; 29.5.2018, 1 Ob 78/18d; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>4</sup> (2020) § 1501 Rz 2.

<sup>49</sup> Zur Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 358 ff; ders, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, WBl 1988, 141; U. Torggler/Baumgartner, Zivilrechtliche Grundlagen der Treuepflichten, in Kalls/U. Torggler, Treuepflichten (2018) 1; Fleischer, Mitgliedschaftliche Treuepflichten: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, GesRZ 2017, 362; ders, Mitgliedschaftliche Treuepflichten: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, in Kalls/U. Torggler, Treuepflichten (2018) 43; RIS-Justiz RS0026106; OGH 20.1.1983, 8 Ob 580/82; 18.12.1987, 6 Ob 695/87; 22.11.1988, 5 Ob 626/88; 1.10.2008, 6 Ob 190/08x; 10.11.2011, 2 Ob 209/10i; 16.11.2012, 6 Ob 47/11x; zur Treuepflicht bei der Ausübung des Stimmrechts in der GV RIS-Justiz RS0006175; BGH 5.6.1975, II ZR 23/74, BGHZ 65, 15; 28.1.1980, II ZR 124/78, BGHZ 76, 352; 15.4.1985, II ZR 274/83, NJW 1985, 1901; 25.9.1986, II ZR 262/85, BGHZ 98, 276; 11.12.2006, II ZR 166/05, NZG 2007, 185.

<sup>37</sup> Vgl RG 4.12.1934, II 62/34, wo eine Aktionärsminorität von 1 % wegen Stimmrechtsausschlusses des Hauptaktionärs die Hauptversammlungsmehrheit darstellte; R. Rastegar, Gesellschafterklage, 45 f.

<sup>38</sup> Hinweise zur älteren Rspr und Lehre bei Raiser in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG<sup>2</sup> (2013) § 13 Rz 12; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 352 ff; Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>3</sup> (1979) 11; vgl zur früheren Sichtweise auch OGH 7.4.1976, 1 Ob 539/76 (noch vor der GmbHG-Novelle BGBl 1980/320).

<sup>39</sup> Der BGH bejaht die Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern einer GmbH und den Aktionären einer AG, aber auch gegenüber der Gesellschaft selbst und weist daraufhin, dass selbst bei einer AG deren körperschaftliche Organisation nicht überbetont werden darf; vgl BGH 1.2.1988, II ZR 75/87; ebenso BGH 22.6.1992, II ZR 178/90; 20.3.1995, II ZR 205/94.

<sup>40</sup> OGH 13.7.1995, 6 Ob 570/94; 20.9.2005, 5 Ob 74/05a. Die Treuepflicht besteht nicht nur zwischen dem GmbH-Gesellschafter und der GmbH, sondern auch gegenüber den Mitgesellschaftern; vgl Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 61 Rz 39; Koppstein/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 61 Rz 18; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 360; jüngst R. Rastegar, Gesellschafterklage, 153 f; für Deutschland Raiser in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG<sup>2</sup>, § 14 Rz 76 ff und 81.

nützigen Rechten, also solchen Rechten, die primär dem Eigeninteresse des einzelnen Gesellschafters dienen (wie insb Vermögens-, Informations- und Kontrollrechte), besteht der Grundsatz, dass sie nicht zweckwidrig<sup>50</sup> oder krass unverhältnismäßig ausgeübt werden dürfen.<sup>51</sup> Die Gesellschafter haben, auch wenn Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen sind, bei ihrem Abstimmungsverhalten angemessene Rücksichtnahme auf die Interessen der überstimmten Minderheit zu nehmen,<sup>52</sup> den Grundsatz der geringsten Last und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck<sup>53</sup> einzuhalten, das gelindeste, zur Zweckerreichung notwendige Mittel anzuwenden, also die überstimmten Gesellschafter nicht übermäßig oder unangemessen zu belasten.<sup>54</sup> Soweit die Gesellschafter über die Gewinnausschüttung Beschluss zu fassen haben, wäre eine betriebswirtschaftlich übermäßige Reservenbildung missbräuchlich,<sup>55</sup> wie auch umgekehrt, wenn der Anspruch auf Vollausschüttung des Bilanzgewinns besteht, dieser aufgrund der Treuepflicht doch nicht durchgesetzt werden kann, wenn dies die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft akut gefährden würde.<sup>56</sup>

Selbst dort, wo das Gesetz der qualifizierten Gesellschaftermehrheit Eingriffe in die Mitgliedschaftsrechte der überstimmten Minderheit scheinbar anheimstellt (wie dies etwa beim Bezugsrechtsausschluss bei der Kapitalerhöhung der Fall ist), hält ein gegen den Widerspruch der Minderheit gefasster Mehrheitsbeschluss der sachlichen Nachprüfung nur stand, wenn der Beschluss aus dem überwiegenden Gesellschaftsinteresse sachlich gerechtfertigt ist, die Kriterien der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit und den Grundsatz der geringsten Last (Verhältnismäßigkeit) einhält, auf den Grundsatz der Bewahrung der Beteiligungsquoten Rücksicht nimmt und außerdem – im Falle der Schädigung der Gesellschafterminderheit – auch eine entsprechende Entschädigung für diese vorsieht.<sup>57</sup> Selbst dort, wo das Gesetz die Umwandlung der Gesellschaft unter Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern gegen volle Abfindung zulässt, sind solche mit 90 % Kapitalmehrheit gefasste Beschlüsse anfechtbar, wenn sie aus besonderen Gründen rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig sind.<sup>58</sup> Die Treuepflicht der Gesellschafter geht, wie die Judikatur zutreffend ausspricht, über die an § 1295 Abs 2 ABGB zu messende Pflicht hinaus und ist an den Grundsätzen von Treu und Glauben sowie des redlichen Verkehrs zu orientieren.<sup>59</sup> Wenngleich in Österreich die Liqui-

ation bei der GmbH sogar mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden kann,<sup>60</sup> sofern der Gesellschaftsvertrag dazu nichts anderes bestimmt, und der Liquidationsbeschluss grundsätzlich nicht der inhaltlichen Nachprüfung unterliegt,<sup>61</sup> besteht auch im Stadium der Liquidation die Treuepflicht der Gesellschafter weiter. Die fortbestehende Treuepflicht verbietet es den Gesellschaftern auch, sich auf Kosten der Gesellschaft und der Mitgesellschafter Sondervorteile bei der Verwertung des Gesellschaftsvermögens zu verschaffen.<sup>62</sup>

Damit fügt sich das Gesellschaftsrecht nahtlos in das Zivilrecht ein, das neben dem bereits erwähnten Grundsatz von Treu und Glauben und den anderen Grundsätzen auch das Verbot des Rechtsmissbrauchs und der unzulässigen Rechtsausübung kennt.<sup>63</sup> Auch im Gesellschaftsrecht gibt es Rechtsmissbrauch,<sup>64</sup> der dann die Rechtsausübung vernichtet. So hat der OGH gerade iZm der Rechtsstellung von GmbH-Minderheitsgesellschaftern ausgesprochen, dass deren Rechte ohnedies auf schwachen Beinen stehen und Missbrauch alles vernichtet: *Fraus omnia corrumpit*.<sup>65</sup>

Das leitet zu unseren eigentlichen Themen über.

### III. Beschlussfassung trotz Beschlussunfähigkeit der Generalversammlung

In Österreich kennt das GmbHG – im Gegensatz zu Deutschland – eine Regelung über ein Mindestanwesenheitsquorum für Generalversammlungen: Eine GV ist, soweit Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen, beschlussfähig, wenn wenigstens 10 % des Stammkapitals in der GV vertreten sind (§ 38 Abs 6 GmbHG). In der Vertragspraxis findet man häufig wesentlich höhere Anwesenheitsquoten (etwa von 51 %, 75 % oder 100 %). Die Gesellschafter wollen auf diese Weise im Gesellschaftsvertrag sicherstellen, dass nicht eine kleine Gesellschafterminderheit, wie dies nach der gesetzlichen Regelung bei 10 % der Fall wäre, Beschlüsse fassen kann. Auf diese Weise wollen sich Gesellschafter mit signifikanten Anteilen davor schützen, dass ihr einmaliges Fernbleiben von der GV für sie unabsehbare negative Folgen hätte. Denn bei der kurzen gesetzlichen Einberufungsfrist ist keineswegs sichergestellt, dass ein fristwährend abgesandtes Einberufungsschreiben auch so rechtzeitig beim Gesellschafter einlangt, dass er in seiner Terminplanung seine persönliche Anwesenheit oder die Entsendung eines mit schriftlicher Stimmrechtsvollmacht ausgestatteten Vertreters rechtzeitig einrichten kann. Dies gilt umso mehr, wenn der Einberufende den Termin der GV mit den oder einzelnen Gesell-

<sup>50</sup> OGH 12.3.1997, 6 Ob 26/97k; 25.6.2003, 9 Ob 64/03g (zur AG); 1.10.2008, 6 Ob 190/08x (in der Liquidation einer GmbH); 28.8.2013, 6 Ob 198/12d; 31.1.2013, 6 Ob 100/12t; 27.2.2013, 6 Ob 17/13p; 24.10.2016, 6 Ob 169/16w; RIS-Justiz RS0107912; RS0107752.

<sup>51</sup> Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 61 Rz 38; Immenga, Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in FS 100 Jahre GmbHG (1992) 189 (199 f); Koppensteiner, Wertbegriffe im Wirtschaftsrecht, in FS Mayer-Maly (1996) 311 (325); Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988) 121; U. Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 96 und 111.

<sup>52</sup> RIS-Justiz RS0060175; OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88; 1.10.2008, 6 Ob 190/08x; 19.4.2012, 6 Ob 60/12k; 31.1.2013, 6 Ob 100/12t; 23.6.2017, 6 Ob 221/16t; vgl auch OGH 26.2.1998, 6 Ob 335/97a; BGH 5.6.1975, II ZR 23/74; vgl schon BGH 9.6.1954, II ZR 70/53, BGHZ 14, 25.

<sup>53</sup> OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80; 15.10.1985, 5 Ob 526/84; 16.2.2006, 6 Ob 130/05v (Eingriffe in die Mitgliedschaft sind an den Kriterien der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit zu messen).

<sup>54</sup> RIS-Justiz RS0060543; OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80.

<sup>55</sup> OGH 13.5.1959, 3 Ob 129/59, HS 364/25.

<sup>56</sup> OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t.

<sup>57</sup> OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80; 15.10.1985, 5 Ob 526/84.

<sup>58</sup> OGH 26.2.1998, 6 Ob 335/97a; 19.5.1998, 7 Ob 38/98h.

<sup>59</sup> OGH 19.5.1998, 7 Ob 38/98h.

<sup>60</sup> OGH 15.1.1992, 9 ObS 21/91; OLG Wien 3.11.2010, 28 R 214/10m, NZ 2011, 222 (Andrae); Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 657; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 39 Rz 9.

<sup>61</sup> OGH 19.5.1998, 7 Ob 38/98h.

<sup>62</sup> BGH 1.2.1988, II ZR 75/87; vgl auch RG 20.10.1923, V 830/22, RGZ 107, 202.

<sup>63</sup> Dazu eingehend Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994); ders, Neuere Judikatur zum Rechtsmissbrauch, JBl 1998, 677.

<sup>64</sup> OGH 4.9.1924, 1 Ob 562/24, SZ 6/263; 3.11.1954, 1 Ob 705/54; 9.11.1955, 2 Ob 657/55, JBl 1956, 72; 19.4.1978, 8 Ob 505/78, GesRZ 1978, 131; 17.10.2006, 4 Ob 101/06s; 22.6.2012, 6 Ob 106/12z; 24.10.2016, 6 Ob 169/16w; zur Privatstiftung OGH 27.2.2017, 6 Ob 122/16h; zum Rechtsmissbrauch bei Umwandlungsbeschlüssen nach dem UmwG RIS-Justiz RS0109700; zum Rechtsmissbrauch bei Ausübung von Informationsrechten RIS-Justiz RS0107752; OGH 24.7.1997, 6 Ob 215/97d; 28.8.2013, 6 Ob 198/12d; zum Stimmrechtsmissbrauch RIS-Justiz RS0106227; OGH 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; zum Ausschluss des Bezugsrechts RIS-Justiz RS0060543; OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80; vgl auch OGH 16.2.2006, 6 Ob 130/05v; 23.5.2007, 3 Ob 59/07h; 19.3.2010, 6 Ob 169/09k; 13.10.2011, 6 Ob 202/10i; 19.12.2012, 6 Ob 155/12f; OLG Wien 18.9.2008, 1 R 120/08m.

<sup>65</sup> OGH 13.1.1982, 1 Ob 775/81.

schaftern nicht im Vorhinein abgestimmt hat, wenn der Postlauf unverlässlich ist oder durch Feiertage verzögert wird oder der Gesellschafter aufgrund häufiger Auslandsaufenthalte oder sonstiger beruflicher, gesellschaftlicher oder familiärer Verpflichtungen nicht in der Lage ist, stets und kurzfristig für die Teilnahme an einer GV zur Verfügung zu stehen.<sup>66</sup>

Wenn ich in meiner Vortragstätigkeit und bei der Beratung von Klienten anlässlich der Errichtung oder Überarbeitung von Gesellschaftsverträgen berichte, dass nach der Judikatur trotz Nichteinhaltung des gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Anwesenheitsquorums die in der GV gefassten Gesellschafterbeschlüsse wirksam und für ordnungsgemäß geladene Gesellschafter, die ferngeblieben sind, nicht anfechtbar und somit wirksam seien, wie dies die Rspr ausspricht,<sup>67</sup> ernte ich seitens der Zuhörer bzw Klienten nur Unverständnis und Kopfschütteln.

Denn was sonst soll die Regelung der Beschlussunfähigkeit bezwecken und bewirken, als dass in der beschlussunfähigen GV eben keine Beschlüsse gefasst werden können? Warum sollen ein oder mehrere Gesellschafter, die die erforderliche Quote für die Beschlussfähigkeit nicht erreichen, auf einmal durch unrechtmäßiges Verhalten einen wirksamen oder zumindest vorläufig wirksamen Gesellschafterbeschluss fassen können, mit dem sie weitreichende Veränderungen in der Gesellschaft bewirken können?

So, wie die Judikatur das Anwesenheitsquorum auslegt, kann es vom Gesetzgeber nicht gemeint gewesen sein – oder doch?

Die Gesetzesmaterialien der Regierungsvorlage schweigen zu dieser Thematik<sup>68</sup> und auch der Bericht des Herrenhauses erwähnt zwar allgemein, dass ein Gesellschafter, der Gesellschafterbeschlüsse anfechten will, in der GV erschienen sein und gegen den Beschluss Widerspruch zu Protokoll gegeben haben oder am Erscheinen verhindert gewesen sein muss,<sup>69</sup> nicht aber wenn er dessen ungeachtet hätte erscheinen können. Diese Ausführungen des Herrenhausberichts stehen allerdings klar erkennbar in inhaltlichem Widerspruch dazu, dass der Herrenhausbericht eine Seite zuvor für die hier relevante Frage erwähnt, dass im Falle der Beschlussunfähigkeit der GV eine zweite Versammlung einberufen werden muss (der Originaltext des Herrenhausberichts hebt das Wort „muss“ in gesperrter Schreibweise hervor).<sup>70</sup> Die Problematik, was geschehen soll, wenn die das Anwesenheitsquorum nicht erfüllenden Gesellschafter die fehlende Beschlussfähigkeit der GV missachten, sich darüber hinwegsetzen und dennoch (vermeintliche) Gesellschafterbeschlüsse fassen, hat der Gesetzgeber des GmbHG im Stadium der Gesetzwerdung nicht erkannt und daher ungeregelt gelassen.

Der Umstand, dass hier der Gesetzgeber sogar besonders hervorhebt, dass im Falle der Beschlussunfähigkeit einer GV eine zweite GV einberufen werden „muss“, macht deutlich, dass dieser Fall bei den nachfolgenden Regelungen über die Einschränkung Anfechtungsbefugnis nicht bedacht wurde und daher für die nach ihrem Wortlaut überschießende generelle Gesetzesregelung über die bloße Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, die hier sogar mangels Teilnahme ausgeschlossen wäre, einschränkend zu interpretieren ist, wie es dem zum Ausdruck gebrachten wahren Willen des historischen Gesetzgebers entspricht. Es „muss“ eine neue GV einberufen werden, die erste GV war eben beschlussunfähig.

Wenngleich die Judikatur über Jahrzehnte hinweg stereotyp wiederholte, dass gesetzwidrig zustande gekommene Gesellschafterbeschlüsse nur anfechtbar, aber nicht nichtig seien, hat die Rspr diesen Standpunkt doch aufgeweicht und aufgegeben. Das liegt auch klar auf der Hand: Keine Rechtsordnung kann es sich leisten, etwa strafgesetzwidrige, kartellrechts- oder steuerrechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse nur deshalb, weil es sich um eine Willensbildung in einer GmbH, also einen Gesellschafterbeschluss handelt, als wirksam zu behandeln, weil entweder alle Gesellschafter diesen strafrechts-,<sup>71</sup> kartellrechts- oder steuerrechtswidrigen<sup>72</sup> Beschluss einstimmig gefasst haben, zur GV nicht erschienen sind oder sie die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen lassen. Dasselbe gilt auch für Verstöße gegen zwingendes GmbH-Recht (etwa die Kapitalerhaltungsvorschriften), mögen sie auch einstimmig beschlossen worden sein.<sup>73</sup>

Von der Kategorie der bloß anfechtbaren Gesellschafterbeschlüsse muss es eine Abgrenzung zu solchen Willensäußerungen von Gesellschaftern geben, die keinerlei Rechtswirkungen und vor allem auch keine Notwendigkeit der Anfechtung durch Anfechtungsklage (§ 41 GmbHG) erzeugen. So hat die Judikatur schon 1977<sup>74</sup> und in weiteren Folgeentscheidungen<sup>75</sup> zutreffend die Kategorie des Scheinbeschlusses bejaht. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass kein rechtswirksam zustande gekommener Gesellschafterbeschluss vorliegt, sondern es sich um „eine rechtlich unbeachtliche Willensäußerung einer Minderheit“ handelt, „die zu ihrer Beseitigung keiner Klage nach § 41 GmbHG bedarf, sondern rechtliche Wirkungen überhaupt nicht erzeugen kann.“

Genau in diese Kategorie der Scheinbeschlüsse fallen mE Beschlüsse, die die Gesellschafter einer beschlussunfähigen GV fassen. Denn die Beschlussunfähigkeit der GV lässt jene Mindestorganisationsform, die für eine kollektive Willensbildung der Gesellschafter im Rahmen einer GV erforderlich wäre, gar nicht zum Entstehen kommen. Jene Spielregeln, die das GmbHG selbst normiert bzw durch Festsetzung im Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern anheimstellt, sind

<sup>66</sup> Insb bei Gesellschaften mit einer geringen Zahl an Gesellschaftern ist auf bekannte Verhinderungen, auch privater Natur, Rücksicht zu nehmen; vgl. Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG II<sup>2</sup>, § 48 Rz 6; BGH 28.1.1985, II ZR 79/84, WM 1985, 567 (Kindtaufe); 27.4.2009, II ZR 167/07, NJW 2009, 2300, Rn 17 (Pflicht zur Rücksichtnahme auf die rechtzeitig mitgeteilte urlaubsbedingte Verhinderung des anwaltlichen Beraters); OLG Saarbrücken 10.10.2006, 4 U 382/05, GmbHR 2007, 143.

<sup>67</sup> OGH 24.3.1988, 6 Ob 515/88; 21.12.2000, 8 Ob 233/99v; 28.8.2013, 6 Ob 59/13i; vgl. dazu kritisch Frenzel, Die Verletzung von Präsenzquoten bei Beschlussfassungen in der GmbH – Beschlussanfechtung und Schadenersatz, GES 2016, 209.

<sup>68</sup> ErlRV 236 BlgHH 17. Sess (dort noch zu § 37 Abs 5 des GmbHG-Entwurfs und ebenso zu den Anfechtungsvorschriften der damaligen §§ 39 bis 42 des GmbHG-Entwurfs).

<sup>69</sup> HHB 272 BlgHH 17. Sess, 11.

<sup>70</sup> HHB 272 BlgHH 17. Sess, 10.

<sup>71</sup> OGH 22.12.1976, 1 Ob 797/76 ua, EvBl 1977/161; 31.5.1994, 4 Ob 527/94.

<sup>72</sup> VwGH 6.7.1981, 705/80, ÖStZB 1982, 152; 29.6.1982, 81/14/0145 ua, VwSlg 5696 F/1982 = ÖStZB 1983, 97; 25.2.1983, 81/17/0079, ÖStZB 1983, 363; 21.9.1983, 83/17/0104, ÖStZB 1984, 252; 27.3.1985, 83/13/0110; 10.9.1987, 86/13/0148, ÖStZB 1988, 169.

<sup>73</sup> OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f; 21.12.2010, 8 Ob 6/10f; 26.4.2016, 6 Ob 72/16f; 24.10.2019, 6 Ob 71/19p; zu § 82 Abs 5 GmbHG OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t.

<sup>74</sup> OGH 31.3.1977, 6 Ob 575/77; zustimmend Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 395.

<sup>75</sup> OGH 10.12.1998, 7 Ob 284/98k; 28.1.1999, 6 Ob 290/98k; 27.5.2008, 8 ObA 32/08a; 11.5.2010, 9 ObA 71/09w; 16.2.2011, 7 Ob 143/10w; 21.11.2018, 6 Ob 191/18h; vgl. auch RIS-Justiz RS0060167. Das Vorliegen eines bloßen Scheinbeschlusses kann mit Feststellungsklage gem § 228 ZPO geltend gemacht werden; vgl. RIS-Justiz RS0111607.

grundlegend nicht erfüllt. Bei verständiger Betrachtung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages, wenn dieser für die Beschlussfähigkeit ein anderes (meist höheres) Anwesenheitsquorum vorsieht, kann es nur sein, dass hier eine Bildung des Gesellschafterwillens durch Beschlussfassung ausgeschlossen sein soll, wenn das Anwesenheitsquorum nicht erfüllt ist.

Genau dies bestätigen auch meine Erfahrungen aus meiner Vortrags- und Beratungstätigkeit. Das ist die Verkehrsan-schauung, auf die es letztlich bei der Gesetzes- und Vertragsauslegung ankommt.

Übrigens entspricht dies auch der Judikatur zum Personengesellschaftsrecht, wonach solche formalen Voraussetzungen für die Gesellschafterbeschlüsse im Zweifel Wirksamkeitsvoraussetzungen sind.<sup>76</sup>

Durch diese Auslegung wird zugleich auch dem Grundsatz Rechnung getragen, dass niemand durch eigenes rechtswidriges Verhalten einen Vorteil ziehen darf,<sup>77</sup> hier also jene Gesellschafter, die trotz Nichterreichens des Anwesenheitsquorums und somit evident rechtswidrig Gesellschafterbeschlüsse zu fassen versuchen. Oder wie es die Judikatur unter Missbrauchsgesichtspunkten einordnen würde: *Fraus omnia corrumpit*.<sup>78</sup>

Bei (vermeintlichen) Gesellschafterbeschlüssen, die in einer beschlussunfähigen GV gefasst werden, handelt es sich demnach um rechtlich unbeachtliche Willensäußerungen der Gesellschafter, die der Kategorie der Scheinbeschlüsse zuzuordnen sind.

#### IV. Stimmrechtsausschluss

Zum Thema „Stimmrechtsausschluss“ knüpfe ich an die eingangs gemachten Ausführungen an.

Vorzustellen ist, dass der von mir kritisierten Judikatur, wonach die von vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschaftern abgegebenen Stimmen zunächst beachtlich seien, schlicht die Gesetzesgrundlage fehlt. Denn das Gesetz ordnet ausdrücklich an, dass derjenige, der („wer“) „durch die Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit, oder wem ein Vorteil zugewendet werden soll, ... hierbei weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht“ hat (§ 39 Abs 4 GmbHG).

Wer kein Stimmrecht hat, kann auch keine Stimmen abgeben. Wer keine Stimmen hat, für den können auch keine Stimmen berücksichtigt werden.

Die gesetzliche Anordnung ist sprachlich eindeutig und von der Teleologie her ist sie es ebenfalls.

Zudem sind die Tatbestände, wann der Stimmrechtsausschluss eingreift, klar abgegrenzt. Die wenigen Zweifelsfragen, die es da überhaupt noch gibt (nach meinem Dafürhalten weit weniger als 1 % aller Fälle, in denen der Stimmrechtsausschluss zum Tragen kommt), ist weitestgehend ausjudiziert,<sup>79</sup> sodass es verfehlt ist, das Argument der Rechts-

sicherheit zu bemühen, um die gesetzliche Regelung in ihr Gegenteil zu verkehren.

Die gesetzliche Regelung des Stimmrechtsausschlusses hat zum Ziel, sofort bei der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft jenen Gesellschaftern, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, den Einfluss auf die Willensbildung zu entziehen, und nicht die übrigen Gesellschafter zur Erhebung einer Klage, nämlich einer Anfechtungsklage, kombiniert mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage, zu zwingen.

Betrachtet man den Willen des historischen Gesetzgebers im Jahr 1906 (damals war die positive Beschlussfeststellungsklage noch gar nicht bekannt),<sup>80</sup> so verbietet es sich von selbst, von der vorläufigen Gültigkeit der Stimme, die der vom Stimmrechtsausschluss betroffene Gesellschafter abgegeben hatte, auszugehen. Nimmt man nämlich an, dass die übrigen Gesellschafter nur das Instrument der Anfechtungsklage (§ 41 GmbHG) zur Verfügung haben, wie es dem historischen Willen des Gesetzgebers bei Einführung des GmbHG entspricht, so wäre ein korrektes Beschlussergebnis, bei dem die vom Stimmrechtsausschluss betroffenen Stimmen außer Ansatz bleiben, mit den bei Erlassung des GmbHG im Jahr 1906 zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln nie erzielbar gewesen wäre. Bestenfalls konnte man die Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses wegen Mitzählung der vom Stimmrechtsausschluss betroffenen Gesellschafter erreichen, aber nicht mehr!<sup>81</sup>

Man kann daher dem historischen Gesetzgeber sicherlich nicht unterstellen, dass er ein unsinniges, für die Erreichung des eigentlichen Ziels des Stimmrechtsausschlusses ungeeignetes Instrument einführen wollte. Auch diese historische Überlegung spricht gegen die Auffassung der Judikatur, die Stimmen des vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafters zunächst dennoch als wirksam zu behandeln und vorläufig zu zählen.

Dass es zu Unstimmigkeiten über das Beschlussergebnis kommen kann, wenn einzelne Gesellschafter, nämlich jene, die vom Stimmrechtsausschluss betroffen sind, falsch und unbekümmert behaupten, sie wären stimmberechtigt, darf nicht die Hürde oder das Problem sein, das dazu veranlasst, den Stimmrechtsausschluss als sinnhafte Regelung in ihr Gegenteil zu verkehren.

Gerade die im Gesetz normierten Tatbestände für den Stimmrechtsausschluss sind in der Praxis in aller Regel (sicher in mehr als 99 % der Fälle) so klar verständlich und abgrenzbar, dass es nicht angehen kann, denjenigen Gesellschaftern (oder deren Vertretern), die einen evidenten Rechtsverstoß setzen, indem sie dennoch (vermeintlich) Stimmen abgeben und diese gewertet wissen wollen, nachzugeben und ihr rechtswidriges Handeln sogar noch mit Erfolg zu krönen.

<sup>76</sup> OGH 16.2.1955, 3 Ob 839/54; 12.9.1979, 1 Ob 633/79; 13.12.1984, 8 Ob 577/83; 26.3.2009, 6 Ob 258/08x; RIS-Justiz RS0016746.

<sup>77</sup> RIS-Justiz RS0016433; OGH 23.10.1974, 1 Ob 157/74 ua, SZ 47/104; 29.11.2001, 8 ObS 107/01w; 21.5.2003, 9 ObA 1/03t; 27.6.2019, 8 Ob 62/19d.

<sup>78</sup> OGH 13.1.1982, 1 Ob 775/81.

<sup>79</sup> Vgl zu Rechtsgeschäften mit einem Gesellschafter zuletzt OGH 31.7.2015, 6 Ob 196/14p; 27.4.2017, 2 Ob 52/16k; 21.11.2018, 6 Ob 191/18h; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 29.8.2019, 6 Ob 104/19s; 19.12.2019, 6 Ob 105/19p.

<sup>80</sup> Die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage wurde in Deutschland zwar bereits 1928 bejaht (RG 9.10.1928, II 486/27, RGZ 122, 102), in Folgeentscheidungen (RG 24.10.1933, II 100/33, RGZ 142, 123; 4.12.1934, II 62/34; 22.1.1935, II 198/34) aber verneint. Hingegen lässt der BGH seit 1980 die positive Beschlussfeststellungsklage zu; vgl BGH 28.1.1980, II ZR 84/79, BGHZ 76, 154; 13.3.1980, II ZR 54/78, BGHZ 76, 191; 27.4.2009, II ZR 167/07 (zur AG); vgl auch BGH 26.10.1983, II ZR 87/83, BGHZ 88, 320; 20.1.1986, II ZR 73/85; 27.4.2009, II ZR 167/07 (zur GmbH); in Österreich – soweit ersichtlich – erstmals vertreten von Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 363 ff; von der Judikatur zugelassen seit OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97; vgl auch RIS-Justiz RS0109584; RS0109612; Rüffler, Beschlussmängelrecht der GmbH, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Beschlussmängel (2018) 57 (68 f).

<sup>81</sup> So die Auffassung von OGH 21.10.1924, 2 Ob 665/24, SZ 6/334; siehe ferner die Judikaturnachweise in FN 79.

Dass gegebenenfalls, wenn die rechtswidrig handelnden Gesellschafter, die trotz Stimmrechtsausschlusses die Berechtigung ihrer Abstimmung behaupten, dadurch eine Streit-situation hervorrufen, ist nicht außergewöhnlich und dem darf der Rechtsanwender auch nicht nachgeben: Nicht umsonst sind Gerichte und Behörden in der Lage, Vorfragen selbst zu lösen und die Stimmen richtig zu beurteilen und daher das Abstimmungsergebnis richtig festzustellen. Man denke nur daran, dass Gerichte, so auch das Firmenbuchgericht, auch sonst die Rechtmäßigkeit von Vorgängen, die zum Firmenbuch angemeldet werden, selbst zu beurteilen haben.<sup>82</sup>

Der Umstand, dass hartnäckig rechtswidrig handelnde Gesellschafter, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, weiterhin behaupten, ein Beschlussantrag sei infolge der von ihnen abgegebenen Stimmen abgelehnt, ist kein Grund zur Besorgnis. Denn dann ist die Beschlussfeststellungsklage<sup>83</sup> das geeignete Mittel zur Klärung der Frage, was eigentlich beschlossen wurde. Das Feststellungsurteil klärt die Rechtsverhältnisse. Der Gesellschafterbeschluss gilt dann als angenommen oder abgelehnt, wie es der materiellen Rechtslage entspricht.<sup>84</sup> Es wäre aber nicht einzusehen, warum man nur aus Gründen der Rechtssicherheit den rechtswidrig handelnden Gesellschaftern nachgeben und deren – vermeintlich abgegebenen, in Wahrheit in diesem Fall nicht existierenden – Stimmen gesetzwidrigerweise dennoch zählen sollte. Dies trägt nicht mehr zur Rechtssicherheit bei, als wenn bei Nichtanerkennung dieser Stimmen eben ein Feststellungsprozess geführt wird.

Die Judikatur lässt ganz offensichtlich außer Acht, dass man bei vorläufiger Anerkennung von Stimmen solche Gesellschafter, die in Wahrheit vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, diesen rechtswidrig agierenden Gesellschaftern den Vorteil ihres rechtswidrigen Verhaltens, nämlich einen vorläufig gültigen Beschluss, zuschanzen würde. Mit vorläufig gültigen Beschlüssen<sup>85</sup> könnten etwa die Geschäftsführer Gesellschaftsvermögen an den betreffenden Gesellschafter, dessen Muttergesellschaft oder an Dritte übertragen,<sup>86</sup> Mitarbeiter oder Verträge kündigen, das Unternehmen umgestalten, Geschäftschancen verlagern, Anerkenntnisse abgeben oder Vergleiche abschließen und die Gesellschaft sonst wie schädigen oder die längst notwendige Prozessführung zur Erhebung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter vereiteln oder zumindest um Jahre hinauszögern.

Man muss nur die Konsequenzen der hier abgelehnten Rspr zu Ende denken!

Welchen vernünftigen Grund gibt es, die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter für ihre rechtswidrige

Vorgangsweise noch zu belohnen? Ich sehe keinen solchen Grund.

Vielmehr widerspricht es der unter Pkt II. detailliert angeführten Zivilrechtsordnung, wenn Gerichte die Verfolgung der Ansprüche gegenüber rechtswidrig und treuwidrig agierenden Gesellschaftern erschweren oder – wenn es um die Abstimmung über Rechtsgeschäfte mit dem betreffenden Gesellschafter geht – die zustimmungspflichtigen Vermögensverfügungen erleichtern und zulassen, obwohl gerade eine ordnungsgemäße Willensbildung und die notwendige Zustimmung der übrigen Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss nicht vorliegen. Oder mit anderen Worten: Niemand darf aus eigenem rechtswidrigem Verhalten einen Vorteil ziehen!<sup>87</sup>

Ein Aspekt soll noch ergänzend angesprochen werden:

Naturgemäß ist es auch denkbar, dass Gesellschafter hohe Ansprüche der GmbH gegen andere Gesellschafter behaupten, obwohl solche Ansprüche in Wahrheit nicht oder nur in geringerem Umfang bestehen. Insofern könnten einzelne Gesellschafter das Instrument des Stimmrechtsausschlusses bei der Abstimmung über die Geltendmachung von Ansprüchen gegen andere Gesellschafter auch als unsachliches und unangemessenes Druckmittel im Streit der Gesellschafter einsetzen. Hier stellt sich die Frage, ob die übrigen Gesellschafter für ihre Stimmrechtsausübung in der GV haften, wenn sie die Gesellschaft dadurch in einen mehr oder minder aussichtslosen Schadenersatzprozess gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer hineinhetzen.

Als Sanktion kommt hier Schadenersatz für die der GmbH daraus erwachsenden Schäden und Kosten in Betracht.

Ich habe oben bereits erwähnt, dass das Gesellschaftsverhältnis Schutz- und Treuepflichten der Gesellschafter untereinander umfasst. Dies muss gleichermaßen für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter vis-à-vis der als juristische Person organisierten GmbH, die ihrerseits die Verkörperung des Gesellschaftsverhältnisses darstellt, gelten. Man könnte daher eine solche Haftung schon bei leichter Fahrlässigkeit eintreten lassen. Zu berücksichtigen ist, dass Prozessführung immer wieder mit Unvorhersehbarkeiten und Imponderabilien behaftet ist und daher nicht eine strenge Verantwortlichkeit für den Prozessausgang zu verlangen ist,<sup>88</sup> noch dazu, wo der GmbH ja auch alle Vorteile aus der Prozessführung zukommen.

Zu denken wäre daran, dass in Analogie zu § 48 Abs 5 GmbHG und zu § 42 Abs 7 GmbHG jene Gesellschafter, „denen böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen“, für die aus dem Gesellschafterbeschluss über die Verfolgung von (in Wahrheit unbegründeten) Ansprüchen gegen den vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter erwachsenden Schäden (insb Prozesskosten) haften. Dies wäre – ebenso wie die Haftung jener Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einen anfechtbaren oder nichtigen Gesellschafterbeschluss fassen, der in der Folge für nichtig erklärt wird<sup>89</sup> – eine sinnvolle Ergänzung des Rechtsschutzinstrumentariums, das zugleich missbräuchlichem Verhalten entgegenwirkt.

<sup>82</sup> So auch OGH 20.3.2013, 6 Ob 23/13w; siehe auch § 19 FBG.

<sup>83</sup> OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w; 20.3.2013, 6 Ob 23/13w; 21.3.2019, 6 Ob 183/18g, GesRZ 2019, 272 (Kals); RIS-Justiz RS0108892; vgl auch Ruffler, Beschlussmängelrecht, 68 f.

<sup>84</sup> OGH 21.3.2019, 6 Ob 183/18g (unter Hinweis auf Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl, Handbuch Generalversammlung der GmbH [2014] Rz 627).

<sup>85</sup> Zur vorläufigen Wirksamkeit des angefochtenen Gesellschafterbeschlusses OGH 3.11.1966, 7 Ob 183/66, EvBl 1967/133; 23.7.1968, 6 Ob 206/68, NZ 1969, 15 und 42 = RZ 1969, 136; 19.12.1991, 8 Ob 595/90 ua; 18.12.1992, 6 Ob 588/92; 12.2.1998, 6 Ob 203/97; BGH 21.3.1988, II ZR 308/87, BGHZ 104, 66; 3.5.1999, II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001; 11.2.2008, II ZR 187/06, ZIP 2008, 757; 21.6.2010, II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640; 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323; zur Unterbrechung des Firmenbuchverfahrens siehe § 19 FBG. Allerdings spricht die Rspr auch gegenläufig aus, dass die Geschäftsführer Weisungen, die die Gesellschafter nicht mit der gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich erforderlichen vertragsändernden Mehrheit beschlossen haben, nicht befolgen dürfen; vgl OGH 15.3.1961, 6 Ob 50/61; OLG Wien 21.4.1997, 1 R 5/97f.

<sup>86</sup> So geschehen in OGH 26.4.2018, 6 Ob 38/18h.

<sup>87</sup> RIS-Justiz RS0016433; OGH 23.10.1974, 1 Ob 157/74 ua; 29.11.2001, 8 Ob 107/01w; 21.5.2003, 9 ObA 1/03; 27.6.2019, 8 Ob 62/19d.

<sup>88</sup> Vgl OGH 25.7.2000, 10 Ob 104/00t.

<sup>89</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 403.

## V. Zur Bestellung des Vorsitzenden der Generalversammlung und dessen Kompetenzen

Anders als das Aktienrecht regelt das GmbHG nicht den Vorsitz in der GV. Der Umstand, dass in der GV einer GmbH kein Vorsitzender gewählt und das Beschlussergebnis selbst nicht ausdrücklich im Protokoll festgehalten wird, schadet grundsätzlich nicht. Ist keine Feststellung des Beschlussergebnisses erfolgt, so ist der Gesellschafterbeschluss, sofern einer gefasst wurde, dennoch wirksam, weil die Feststellung – im Unterschied zum Aktienrecht – gerade kein Wirksamkeitserfordernis ist. Allerdings kann nach der Rspr die (vorläufige) Verbindlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses nur dann eintreten, wenn alle Gesellschafter zumindest am Ende der GV ein bestimmtes Beschlussergebnis übereinstimmend zugrunde legen.<sup>90</sup> Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass zwar ein Vorsitzender gewählt wurde, dieser aber eine Ergebnisfeststellung unterlässt.<sup>91</sup>

Festzuhalten ist demnach, dass die Bestellung eines Vorsitzenden der GV zur Fassung wirksamer Gesellschafterbeschlüsse nicht erforderlich ist. Besteht am Ende der GV Dissens darüber, ob nun ein Gesellschafterbeschluss gefasst wurde oder nicht, kann der einzelne Gesellschafter mit Feststellungsklage gegen die GmbH auf Feststellung, dass ein Gesellschafterbeschluss mit bestimmten Inhalt gefasst wurde, klagen. Die Feststellungsklage ist dann ein geeignetes Mittel zur Klärung der Frage, was eigentlich beschlossen wurde. Der Beschluss gilt diesfalls als angenommen oder abgelehnt, wie es der materiellen Rechtslage entspricht. Bei einer solchen Sachlage bedarf es daher keiner Anfechtungsklage gem § 41 GmbHG.<sup>92</sup> Diese Beschlussfeststellungsklage ist nur gegen die GmbH zu richten und die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich auch auf die übrigen Gesellschafter der GmbH.<sup>93</sup> Diesen hat die GmbH im Prozess analog § 42 Abs 5 GmbHG<sup>94</sup> den Streit zu verkünden.<sup>95</sup>

Im Folgenden soll hingegen die Frage erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen ein Vorsitzender der GV bestellt werden kann, insb mit der Blickrichtung auf das ihm gegebenenfalls eingeräumte Recht, das Beschlussergebnis festzustellen und auf diese Weise vorläufig einen verbindlichen Gesellschafterbeschluss herbeizuführen, auch wenn dieser in Wahrheit, dh nach materieller Rechtslage, abgelehnt wäre, oder umgekehrt einen Beschlussantrag als abgelehnt zu verkünden, obwohl er nach materieller Rechtslage in Wahrheit angenommen wäre.

Dazu ist vorweg zu bemerken, dass zwar der OGH in einer Entscheidung ausgesprochen hat, dass „dem bloßen Umstand,

*dass durch eine unrichtige Feststellung eines bestimmten Beschlussergebnisses demjenigen Gesellschafter, der diesen Beschluss anfechten will, die Klägerrolle zugewiesen wird, ... jedenfalls nicht derartiges Gewicht zu[kommt], dass hier ohne ausdrückliche gesetzliche oder satzungsmäßige Grundlage ein höheres Mehrheitserfordernis abgeleitet werden könnte.*<sup>96</sup>

Dieser Aussage des OGH kann ich nicht beipflichten, denn die Befugnis zur vorläufigen Ergebnisfeststellung, wie sie einem Vorsitzenden der GV nach hA zukommt, hat eine sehr weitreichende Auswirkung und kann im Einzelfall Vorschub für massiven Rechtsmissbrauch durch die Gesellschafter leisten oder solcher Rechtsmissbrauch sein. Man denke nur daran, dass der Vorsitzende abgegebene Stimmen als inhaltlich treuwidrig, sittenwidrig oder rechtsmissbräuchlich einstuft und deshalb nicht zählt und auf diese Weise das Beschlussergebnis anders verkündet, als es tatsächlich ausfällt,<sup>97</sup> oder umgekehrt, dass er Stimmen der vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter (§ 39 Abs 4 GmbHG) zählt und auf diese Weise einen Beschlussantrag als abgelehnt verkündet, obwohl der Beschlussantrag in Wahrheit angenommen ist. Oder indem der Vorsitzende ein gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich anwendbares erhöhtes Mehrheitsquorum missachtet und dann als Beschlussergebnis die Zustimmung zu bestimmten Geschäften oder Maßnahmen (zB Veräußerung des Unternehmens der GmbH, Abschluss oder Auflösung wichtiger Verträge, Rechtsgeschäfte mit Gesellschaftern oder nahestehenden Personen bzw Unternehmen genehmigt oder eine darauf abzielende Weisung an die Geschäftsführer) als zustande gekommen verkündet.

Der Umstand, dass Gesellschafter gegen einen solchen GV-Beschluss gegebenenfalls eine einstweilige Verfügung erwirken können, ist kein gleichwertiges Korrektiv, denn die einstweilige Verfügung hängt ua von der Bescheinigung eines unwiederbringlichen Schadens ab. Und eine solche Bescheinigung ist dem (Minderheits-)Gesellschafter, der keinen näheren Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse oder Konditionen eines solcherart genehmigten Rechtsgeschäfts hat oder bei dem die Nachteiligkeit solcher Konditionen nur durch Sachverständigenbeweis erbracht werden kann, meist unmöglich.<sup>98</sup> Wie hoch die Hürden für solche einstweiligen Verfügungen liegen, zeigt die einschlägige Judikatur sehr anschaulich.<sup>99</sup> Zudem kann die Ausführung des Geschäfts, für welches der Vorsitzende zu Unrecht ein zustimmendes Beschlussergebnis verkündet hat, zeitlich so rasch erfolgen, dass jede gerichtliche einstweilige Verfügung zu spät kommt.

<sup>90</sup> OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w; 6.4.2006, 6 Ob 53/06x; 19.12.2019, 6 Ob 105/19p. In Wahrheit ist auch das nicht überzeugend. Es gilt aber jenes Beschlussergebnis, wie es der gesetzlichen Rechtslage entspricht, und dieses kann deshalb durch Feststellungsklage (§ 228 ZPO) festgestellt werden.

<sup>91</sup> OGH 19.12.2019, 6 Ob 105/19p (unter Hinweis auf OGH 21.3.2019, 6 Ob 183/18g).  
<sup>92</sup> RIS-Justiz RS0108892; OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w; 16.2.2006, 6 Ob 130/05v; 21.3.2019, 6 Ob 183/18g; 19.12.2019, 6 Ob 105/19p.

<sup>93</sup> OGH 19.12.2019, 6 Ob 105/19p (unter Ablehnung der Auffassung von *Koppensteiner*, Rechtswidrige Stimmabgabe, Beschlussmängel und positive Beschlussfeststellung, GesRZ 2019, 132); vgl auch BGH 13.3.1980, II ZR 54/78; 26.10.1983, II ZR 87/83; 20.1.1986, II ZR 73/85; 10.5.2001, III ZR 262/00, NJW 2001, 2176.

<sup>94</sup> Vgl § 197 Abs 5 AktG.

<sup>95</sup> BGH 26.10.1983, II ZR 87/83; OLG München 27.3.1996, 7 U 6037/95, DB 1996, 1127; OGH 19.12.2019, 6 Ob 105/19p; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 364; *Rüffler*, Beschlussmängelrecht, 68; *Gellis*, GmbHG<sup>2</sup> (2009) § 41 Rz 12; *Thöni*, Zur prozessualen Beseitigung unklarer Beschlussergebnisse im GmbH-Recht, ÖJZ 2002, 215 (220).

<sup>96</sup> OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v.

<sup>97</sup> Zur Unzulässigkeit der gegenteiligen Wertung ordnungsgemäß abgegebener Stimmen siehe *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2001, 78 (auch unter Hinweis auf die gegenteilige Rspr des BGH); *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 150; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 39 Rz 17; *Rüffler*, Beschlussmängelrecht, 67; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 39 Rz 46; vgl auch OGH 14.11.1996, 2 Ob 2146/96v; aA *Linder in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 41 Rz 67.

<sup>98</sup> Im Provisorialverfahren ist ein Sachverständigenbeweis nicht zulässig (vgl dazu § 274 ZPO; RIS-Justiz RS0111858; RS0005376 [T5]; OGH 18.1.1972, 4 Ob 379/71, ÖBl 1973, 34; 20.1.1988, 1 Ob 502/88; 23.9.1997, 4 Ob 251/97h; 23.3.1999, 4 Ob 26/99y; 24.6.2003, 4 Ob 127/03k; 14.3.2006, 4 Ob 31/06k; 11.3.2010, 4 Ob 19/10p; 15.12.2010, 1 Ob 156/10p ua), ganz abgesehen davon, dass dem Minderheitsgesellschafter und dem von ihm beigezogenen Sachverständigen meist jene Sachverhaltsgrundlagen der GmbH, die für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens notwendig wären, gar nicht zugänglich sind.

<sup>99</sup> Handelt es sich um bloße, auch abschätzbare Vermögensschäden, so liegt kein unwiederbringlicher Schaden vor, sofern der Gegner nicht zahlungsunfähig ist; vgl RIS-Justiz RS0005275 (T16); OGH 24.2.2011, 6 Ob 204/10h; vgl demgegenüber OGH 26.4.2018, 6 Ob 38/18h.

Der Dritte, also der Geschäftspartner der GmbH, wäre dann durch die unbeschränkte Vertretungsmacht der Geschäftsführer in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts regelmäßig geschützt.<sup>100</sup>

In der Entscheidung vom 16.6.2011, 6 Ob 99/11v, argumentiert das Höchstgericht für die Zulässigkeit der Bestellung des Vorsitzenden der GV mit einfacher Stimmenmehrheit auch damit, dass die Gegenansicht (Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit) „*zudem zu enormen praktischen Schwierigkeiten führen [würde], könnte doch dann auch eine extrem kleine Minderheit die Wahl eines Vorsitzenden und damit einen geordneten Ablauf der Generalversammlung überhaupt verhindern*“. Dem ist die Frage entgegenzustellen: Kann nicht auch ein Großgesellschafter, also das Gegenteil eines Minderheitsgesellschafters, der die gesetzlichen Regeln des Stimmrechtsausschlusses oder der Treuepflicht partout nicht einhalten will, gleichermaßen den geordneten Ablauf einer GV verhindern? Welche Abhilfe gibt es gegen ihn und vor allem dann, wenn dieser Großgesellschafter mit illegalen Mitteln bemüht ist, ihm nicht genehme Beschlüsse zu verhindern, also etwa trotz Ausschluss vom Stimmrecht mitstimmt oder sich treuwidrig verhält. Der Hinweis auf Destruktionspolitik trifft nicht nur auf Minderheitsgesellschaftler, sondern auch auf größer beteiligte Gesellschafter gleichermaßen zu. Insb wenn im größeren Maß beteiligte Gesellschafter sich selbst oder eine ihnen nahestehende Person zum Vorsitzenden der GV machen, liegt darin ein Missbrauchspotenzial, das vom Höchstgericht bei der Abwägung von Pro und Kontra völlig unberücksichtigt bleibt.

Entgegen der Auffassung der Judikatur<sup>101</sup> bedeutet demnach die Bestellung eines Vorsitzenden, der ein von der materiellen Rechtslage abweichendes Beschlussergebnis verkündet, sehr wohl eine zusätzliche und gravierende Gefährdung der Interessen jedes einzelnen Gesellschafters.<sup>102</sup> Das gilt erst recht, wenn etwa der Vorsitzende verkündet, dass ein Beschluss gefasst sei,

- obwohl die GV nicht beschlussfähig ist,
- obwohl die gesetzliche oder gesellschaftsvertraglich notwendige (qualifizierte) Stimmenmehrheit nicht erreicht wurde
- oder obwohl – entgegen der Vorschrift des § 50 Abs 4 GmbHG – die notwendigen individuellen Zustimmungen der einzelnen betroffenen Gesellschafter (etwa iZm der Einführung oder Vergrößerung der Pflicht<sup>103</sup> zur Leistung von Nachschüssen oder Nebenleistungen [§ 8 GmbHG]) nicht vorliegen.<sup>104</sup>

In letzterem Fall würde eine solcherart verkündeter GV-Beschluss jeden einzelnen Gesellschafter zur Leistung solcher Nachschüsse oder Nebenleistungen verpflichten, zu denen er nach der materiellen Rechtslage gerade nicht verpflichtet

ist.<sup>105</sup> Gleiches gilt, wenn der Vorsitzende die Einforderung ausständiger Stammeinlagen zu Unrecht als beschlossen verkündet und damit den Gesellschafter unter Zugzwang bringt, die Stammeinlagen einzuzahlen, um nicht aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden.<sup>106</sup>

Daraus folgt, dass jede Änderung oder Ergänzung der gesellschaftlichen Organisation der GmbH, hier durch Einführung eines Vorsitzenden der GV, der Beschlussfeststellungskompetenz hat, eine Änderung des Gesellschaftsvertrages voraussetzen würde. Wenn der Gesellschaftsvertrag bisher einen solchen Vorsitzenden der GV nicht vorsieht, bedeutet die Bestellung eines Vorsitzenden eine materielle Änderung der Organisation der GmbH und auch vis-à-vis den einzelnen Gesellschaftern, die nunmehr damit rechnen müssen, dass ihre Rechtsstellung durch den Vorsitzenden der GV durch unrichtige Feststellungen des Beschlussergebnisses von GV-Beschlüssen inhaltlich beeinträchtigt wird.

Zu diskutieren ist, ob für eine derartige Maßnahme eine satzungsändernde Mehrheit erforderlich ist, also nach § 50 Abs 1 GmbHG zumindest mit Dreiviertel-Stimmenmehrheit, wenn der Gesellschaftsvertrag für Satzungsänderungen eine höhere Mehrheit oder Einstimmigkeit vorsieht, dann mit dieser zu beschließen ist, oder ob es wegen der gleichzeitigen Beeinträchtigung des Kernbereichs der Mitgliedschaft<sup>107</sup> gem § 50 Abs 4 GmbHG der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters bedarf.

Wenngleich es richtig ist, dass das überwiegende Schrifttum von der Zulässigkeit der Bestellung eines Vorsitzenden der GV mit dem für gewöhnliche Gesellschafterbeschlüsse erforderlichen Mehrheitserfordernis, also grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 39 Abs 1 GmbHG), ausgeht,<sup>108</sup> ist dessen Anwendbarkeit mE zweifelhaft.<sup>109</sup> Im Hinblick auf die objektive Auslegung des Gesellschaftsvertrages<sup>110</sup> würde die Einführung eines neuen Organs, wie dies der Vorsitzende der GV unzweifelhaft ist, – wie gesagt – eine Änderung des Gesellschaftsvertrages voraussetzen. Da Gesellschaftsverträge objektiv auszulegen sind, ist in der Gesell-

<sup>100</sup> Vgl. OGH 26.5.1983, 6 Ob 786/82; RG 8.6.1928, II 515/27 (zur Vergrößerung der Nebenleistungspflicht).

<sup>101</sup> Vgl. OGH 20.3.2013, 6 Ob 23/13w, wo der OGH diese Rechtsfolge mit der Begründung vermieden hat, dass der in der Niederschrift über die GV enthaltene Satz „*Beschluss auf Einforderung der restlichen Stammeinlage in Höhe von 12.250 € vom Gesellschafter P. S.*“ nicht über Veranlassung des Vorsitzenden der GV in das Protokoll Eingang fand.

<sup>102</sup> Zum Personengesellschaftsrecht OGH 20.5.2008, 4 Ob 229/07s (zur GesBR); vgl. auch OGH 9.7.1996, 4 Ob 2147/96f, ecolux 1997, 356 (Zehetner); 13.7.2006, 2 Ob 281/05w; dazu Thöni in Zib/Dellinger, UGB II (2017) § 119 Rz 125 ff; Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup>, § 119 Rz 47 ff; Hagmüller in Artmann, UGB I<sup>3</sup>, § 119 Rz 25 ff.

<sup>103</sup> Nach folgenden Auffassungen genügt einfache Stimmenmehrheit: Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 34 Rz 50; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG, § 38 Rz 21; Gellis, GmbHG<sup>2</sup>, 483; R. Winkler in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 34 Rz 39; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 283; Hasch in Reich-Rohrwig/Ginzhör/Gratzl, Generalversammlung, Rz 530 ff; Fantur, Zur Leitung der Generalversammlung, insbesondere durch Geschäftsführer, in FS Krejci (2001) 581 (587); Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, Rz 4/287; Entmayr-Schwarz, Die ad-hoc-Bestellung des Versammlungsleiters, GES 2013, 291 (296); für Einstimmigkeit hingegen Koppenteiner, Anwendungsbereich, 346; Koppenteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 39 Rz 7.

<sup>104</sup> Hiermit gebe ich meine gegenteilige Meinung in Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 340, auf.

<sup>105</sup> RIS-Justiz RS0108891; RS0008834; OGH 3.11.2005, 6 Ob 231/05x; 16.6.2011, 6 Ob 99/11v; 13.10.2011, 6 Ob 202/10i; 19.12.2012, 6 Ob 233/12a; 24.10.2016, 6 Ob 169/16w; 25.10.2017, 6 Ob 180/17i; 21.12.2017, 6 Ob 104/17p; 23.5.2019, 6 Ob 57/19d; zur objektiven Auslegung von Satzungen einer AG RIS-Justiz RS0080291; zur objektiven Auslegung von Vereinsstatuten RIS-Justiz RS0008813 (T7); zur Auslegung von Stiftungserklärungen RIS-Justiz RS0118046; OGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d.

<sup>100</sup> OLG Wien 21.11.1977, 1 R 239/77, GesRZ 1978, 178.

<sup>101</sup> OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v.

<sup>102</sup> Koppenteiner, Zum Anwendungsbereich von § 41 Abs 1 GmbHG, in FS G. Frotz (1993) 341 (347): „*Wäre es anders, könnte der (nicht stimmberechtigte) Mehrheitsgesellschaftler durch willkürliche Beschlussfassung die Klagemöglichkeiten der benachteiligten Minderheit einschränken. Das kann nicht rechtens sein.*“

<sup>103</sup> Vgl. schon RG 8.6.1928, II 515/27, RGZ 121, 238 (schwebende Unwirksamkeit des Gesellschaftsbeschlusses über die Vergrößerung von Nebenleistungspflichten).

<sup>104</sup> Eine solche ergebnisfeststellende Wirkung der unrichtigen Verkündung des Beschlussergebnisses durch den Vorsitzenden verneinend Feine in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts III/3 (1929) 344; wohl ebenso OGH 15.3.1961, 6 Ob 50/61.

schaftsvertragsurkunde eine abschließende Regelung des Organisationsgefüges der GmbH zu erblicken, sodass jede Erweiterung einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages bedarf. Man mag es nun für möglich halten, dass hier *ad hoc* mit satzungsdurchbrechendem Beschluss im Einzelfall ein Vorsitzender der GV bestellt wird, doch setzt dieser zumindest die Einhaltung der Dreiviertel-Stimmenmehrheit (oder auch die Zustimmung jedes Gesellschafters) voraus.

Bleiben noch – und unabhängig davon, mit welcher Mehrheit oder Einstimmigkeit der Vorsitzende der GV nun zu bestellen ist – die Fragen zu lösen, ob der Vorsitzende die von Gesellschaftern, die dem Stimmrechtsausschluss unterliegen, (vermeintlich) abgegebenen Stimmen zählen darf oder muss, und was gelten soll, wenn der Vorsitzende der GV evident unrichtig, dh gesetzwidrig, das Beschlussergebnis feststellt und auf diese Weise Rechtsmissbrauch begeht.

Zur ersten Frage: Wie schon unter Pkt IV. näher ausgeführt, haben Gesellschafter, die nach dem Gesetz vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, keine Stimmen. Es ist daher nichts da, was gezählt werden könnte. Die Berücksichtigung ihrer (vermeintlichen) Stimmen, wenn sie solche abgeben, ist klar gesetzwidrig und dieses gesetzwidrige Verhalten darf nach dem Gesetzeszweck nicht noch zusätzlich dadurch belohnt werden, dass ihre Stimmen bei Errechnung des Beschlussergebnisses sogar noch Berücksichtigung finden. Stimmen der vom Stimmrecht Ausgeschlossenen dürfen also nicht gezählt werden.<sup>111</sup>

Zur zweiten Frage: Die Frage, welche Rechtswirkungen die Verkündung eines evident unrichtigen, also gesetzwidrigen Beschlussergebnisses durch den Vorsitzenden hat, gewinnt an Bedeutung, da die Judikatur an der Abstimmung über die Bestellung eines Vorsitzenden der GV auch jene Gesellschafter teilnehmen lässt, die bei einer der folgenden Abstimmungen dieser GV vom Stimmrecht ausgeschlossen sind und die durch die Wahl eines ihnen genehmen und willfähigen Vorsitzenden die spätere unkorrekte Zählung der Stimmen mitbeeinflussen und bewirken können. Da hilft es auch nichts, wenn die Judikatur betont, dass der Vorsitzende sein Amt unparteilich auszuüben hat.<sup>112</sup> Denn was gilt, wenn er dennoch nicht unparteilich agiert oder wenn er sich zur Begründung des von ihm verkündeten Abstimmungsergebnisses hinter einer – letztlich unrichtigen – Ansicht über die Sach- und Rechtslage verschanzt und auf diese Weise seine Parteilichkeit zu kaschieren sucht?

In meiner mehr als 35-jährigen Beratungspraxis als Rechtsanwalt habe ich den Eindruck gewonnen, dass die Wahl des Vorsitzenden der GV einer GmbH in den weitaus überwiegenden Fällen dazu dient, dass der Mehrheitsgesellschafter in kritischen Situationen, insb wenn er selbst vom Stimmrecht ausgeschlossen ist oder er sonst für sich Nachteile befürchtet, einen Vorsitzenden wählt, der seinen Standpunkt mit allen noch so unplausiblen und unrichtigen Argumenten unterstützt.<sup>113</sup>

Was kann der Grund dafür sein?

Einfach der, dass der Mehrheitsgesellschafter oder die gemeinsam agierende Gesellschaftermehrheit<sup>114</sup> die Minderheit unterdrückt. Das kann eine Strategie sein, die im Einzelfall

oder aber durch Jahre hindurch Anwendung findet, letztlich mit dem Ziel, dass sich der unredlich agierende Mehrheitsgesellschafter laufend Vorteile verschafft,<sup>115</sup> sich vor Rechtsverfolgung schützt, aus Egoismus, Machtbesessenheit oder (Familien-)Feindschaft oder um den Minderheitsgesellschaftern Kosten zu verursachen, sie müde zu machen und sie auf diese Weise letztlich zum billigen Ausscheiden aus der Gesellschaft zu veranlassen, alles Szenarien und Motive, die von einem redlichen Verhalten oder von der Einhaltung gesellschaftlicher Treuepflichten weit entfernt, in der Praxis aber dennoch häufig anzutreffen sind.

Wenngleich es für ein Gericht vielleicht viel Charme hat, einfach nur auf die Ergebnisfeststellung durch den Vorsitzenden zu verweisen, um dann in begriffsjuristischer Art und Weise daraus Schlussfolgerungen zu ziehen, ist es mE geboten,

- die Rechtsgrundlage für die Bestellung des Vorsitzenden,
- das Zustandekommen seiner Bestellung und
- die inhaltlichen Ergebnisse seiner Tätigkeit als Vorsitzender der GV zu hinterfragen und – sofern er überhaupt wirksam zum Vorsitzenden bestellt ist – bei treuwidrigem Verhalten oder Rechtsmissbrauch zu sanktionieren.

Andernfalls würde hier die Rspr ihr feinmaschig gewobenes Konzept über den fairen Umgang der Gesellschafter miteinander (Treu und Glauben, Treuepflicht, Verbot der sittenwidrigen Schädigung, Rechtsmissbrauch und Arglist) verlassen und eine Einfallspforte für Unfug, treuwidriges Verhalten und Rechtsmissbrauch schaffen.

Es reicht ja nicht aus, die Unparteilichkeit des Leiters der GV zu fordern, sondern – wenn diese nicht gegeben ist und der Leiter der GV evident rechtswidrige Beschlussergebnisse verkündet – muss dies auch entsprechend mit Unwirksamkeit dessen, was er als Beschlussergebnis verkündet, sanktioniert werden. *Fraus omnia corrumpit*.<sup>116</sup>

Und der Weg zur Bestellung des Vorsitzenden der GV sollte nochmals überdacht werden: ME sind die Verankerung des Vorsitzenden im Gesellschaftsvertrag und – falls diese nicht gegeben ist – als Minimum eine satzungsändernde qualifizierte Mehrheit zu fordern.<sup>117</sup> Bei Abwägung der Pro- und Kontra-Argumente sind nicht nur die Einfachheit der Feststellung des Beschlussergebnisses und damit der Zugewinn an (vermeintlicher) Rechtssicherheit zu berücksichtigen, sondern auch, dass Gesellschafterbeschlüsse auch ohne Beschlussfeststellung durch einen Vorsitzenden gültig gefasst werden können und auf diese Weise das große Missbrauchspotenzial im rechtlichen Sinn, das ein Vorsitzender hat, vermieden wird.

Wenn die Gesellschafter partout der Meinung sind, einen Vorsitzenden der GV als Teil der gesellschaftlichen Organisation verankern zu wollen, so können sie das ja im Gesellschaftsvertrag machen. Nur nachträglich einer nicht satzungsändernden einfachen Gesellschaftermehrheit dies zu ermög-

<sup>111</sup> Ebenso *Fantur*, Zur Behandlung von Stimmabgaben, die entgegen einem Stimmverbot erfolgt sind, GES 2018, 269; *Koppensteiner*, Anwendungsbereich, 346; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 39 Rz 6 f.

<sup>112</sup> OGH 6 Ob 149/19h.

<sup>113</sup> Vgl auch *Koppensteiner*, Anwendungsbereich, 347.

<sup>114</sup> Etwa weil diese Gesellschafter aus familiären Gründen, aufgrund eines Syndikatsvertrages oder in Verfolgung gemeinsamer Interessen gemeinsam vorgehen.

<sup>115</sup> Etwa indem er sich oder seine nahen Angehörigen zu überhöhtem Entgelt in der GmbH anstellt oder sonst vorteilhafte Geschäfte mit der GmbH tätigt. Das gilt auch in Firmengruppen und im Konzern.

<sup>116</sup> Sympathisierend *Fantur*, GES 2018, 269.

<sup>117</sup> Vgl schon in anderem, aber vergleichbarem Zusammenhang OGH 15.3.1961, 6 Ob 50/61.

lichen, bedeutet eine Überrumpelung der übrigen Gesellschafter, wobei die Gerichte nach jetzigem Stand der Judikatur das der einfachen Gesellschaftermehrheit hierdurch gewährte Missbrauchspotenzial offenbar ausblenden, also unberücksichtigt lassen.

## VI. Zusammenfassung

1. Vermeintliche Gesellschafterbeschlüsse, die in einer beschlussunfähigen GV gefasst werden, sind rechtlich unbeachtliche Willensäußerungen der Gesellschafter und fallen in die Kategorie der Scheinbeschlüsse, die überhaupt keine rechtlichen Wirkungen erzeugen können und daher auch nicht mit Anfechtungsklage gem § 41 GmbHG angefochten werden müssen.

2. Sind Gesellschafter vom Stimmrecht gem § 39 Abs 4 GmbHG ausgeschlossen, haben sie kein Stimmrecht. Erklären vom Stimmrecht ausgeschlossene Gesellschafter dennoch ihre Stimmabgabe, so sind diese Stimmen nicht zu berücksichtigen und entgegen der herrschenden Rspr auch nicht vorläufig wirksam.

3. Die Bestellung eines Vorsitzenden in der GV, dem das Recht zukommt, ein Beschlussergebnis (vorläufig) verbindlich festzustellen, bedarf zumindest einer satzungsändernden qualifizierten Mehrheit. Der Vorsitzende der GV darf Stimmen, die ein vom Stimmrecht Ausgeschlossener abgibt, nicht mitzählen. Stellt der rechters bestellte Vorsitzende evident rechtswidrig ein Beschlussergebnis fest, so ist seine Ergebnisfeststellung nichtig und auch nicht vorläufig wirksam.

# Unternehmensrecht aktuell

(Fortsetzung von Seite 228)

## Europäische Sammelklage: Einigung der Verhandlungsführer des Europäischen Parlaments und des Rates

Die Verhandlungsführer des Europäischen Parlaments und des Rates haben sich auf Basis eines Kommissionsvorschlags am 22.6.2020 über EU-weite Regelungen für kollektive Rechtsbehelfe, sog Sammelklagen, geeinigt (siehe <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20200619IPR81613/sammelklagen-eu-verbraucher-konnen-bald-ihre-rechte-kollektiv-verteidigen>). Die Regeln gehen auf die bereits 2018 gestartete Initiative zur Stärkung der Verbraucherrechte (siehe dazu [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_18\\_3041](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_3041)) zurück. Ansprüche von Verbrauchern nach Massenschadensereignissen (wie etwa dem sog Dieselgate-Skandal) seien nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht unionsweit in vollem Umfang durchsetzbar. Daher bedürfe es eines harmonisierten Modells in allen Mitgliedstaaten. Der Anwendungsbereich der kollektiven Klage soll neben dem allgemeinen Verbraucherrecht aber auch Verstöße in Bereichen wie Datenschutz, Finanzdienstleistungen, Reisen und Tourismus, Energie, Telekommunikation, Umwelt und Gesundheit sowie Rechte von Flug- und Bahnreisenden umfassen.

Hauptelemente der Vereinbarung seien:

- Jeder Mitgliedsstaat soll mindestens eine qualifizierte Stelle (eine Organisation oder eine öffentliche Einrichtung) benennen, die befugt ist und finanziell unterstützt wird, Unterlassungs- und Rechtsschutzklagen im Namen von Verbrauchergruppen einzuleiten und den Zugang der Verbraucher zum Recht zu gewährleisten.
- Bei den Kriterien für die Benennung qualifizierter Einrichtungen soll zwischen grenzüberschreitenden Fällen und inländischen Fällen unterschieden werden. Bei Ersteren müssen die Einrichtungen eine Reihe harmonisierter Kriterien erfüllen.
- Für innerstaatliche Klagen sollen die Mitgliedstaaten geeignete Kriterien festlegen, die mit den Zielen der

Richtlinie in Einklang stehen und mit jenen für grenzüberschreitende Klagen übereinstimmen können.

- Die Regeln sollen ein Gleichgewicht zwischen dem Zugang zum Recht und dem Schutz der Unternehmen vor missbräuchlichen Klagen durch die Einführung des Grundsatzes der Zahlungspflicht der unterlegenen Partei (Verlierer-zahlt-Prinzip) schaffen.
- Um missbräuchliche Klagen weiter zu vermeiden, hätten die Verhandlungsführer auch daraufbestanden, dass Gerichte oder Verwaltungsbehörden entscheiden können, offensichtlich unbegründete Fälle zum frühestmöglichen Zeitpunkt des Verfahrens in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht abzuweisen.
- Die Verhandlungsführer seien sich zudem einig gewesen, dass von der Europäischen Kommission zu prüfen sei, ob ein Europäischer Bürgerbeauftragter für kollektive Rechtsbehelfe eingerichtet werden sollte, um grenzüberschreitende repräsentative Aktionen auf Unionsebene zu behandeln.

Ein offizieller Richtlinienentwurf liegt noch nicht vor. Die Entwurfsdokumente können aber unter [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0222\\_DE.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0222_DE.html) bzw der Gang des Verfahrens kann unter [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2018/0089\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2018/0089(COD)) abgerufen werden.

## Neues von der ESMA

Die ESMA hat folgende Q&A veröffentlicht bzw aktualisiert:

- Zu „MiFIR Data Reporting“ siehe <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-updates-qa-mifir-data-reporting-july-2020>.
- Zur EMIR siehe [https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-publishes-updates-emir-qas-july-2020](https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-publishes-updates-emir-qas-july-2020).
- Zu „MiFID II and MiFIR Transparency“ siehe <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-updates-its-qas-mifid-ii-and-mifir-transparency-july-2020>.
- Zur CSDR siehe <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-updates-csdr-qas-july-2020>.