

# I. Systematisches Umfeld der Gesellschafterklage

## A. Machtverhältnisse als Problemaufriss

Das willensbildende Organ der GmbH, die **Generalversammlung**,<sup>13)</sup> verfügt bekanntlich über eine äußerst starke Position im verbandsinternen Machtgefüge. Die Gesellschafter sind nicht nur zur Fällung der grundlegenden Entscheidungen berufen (vgl § 35 GmbHG), sondern auch dazu berechtigt, den Geschäftsführern in sonstigen Angelegenheiten Weisungen zu erteilen (§ 20 Abs 1 GmbHG). Dadurch können sie stets in die Geschäftsführung eingreifen; ihr Maßnahmen verbieten, diese billigen oder auch anordnen und somit faktisch Leitungsfunktion übernehmen.<sup>14)</sup> Ist ihnen ein Geschäftsführer nicht genehm, sind sie ferner (grundsätzlich) befugt, diesen ohne wichtigen Grund abzuwählen (§ 16 Abs 1 GmbHG). Diese „Omnipotenz“ macht die Generalversammlung zum machtragenden und obersten Organ der GmbH, dessen Entscheidungen im Innenverhältnis maßgeblich sind. Wer sie kontrolliert, hat gewissermaßen „das Zepter in der Hand“.

Nun herrscht im GmbH-Recht das **Mehrheitsprinzip** (§ 39 Abs 1 GmbHG). Zur Fällung einer Entscheidung genügt somit grundsätzlich die einfache Stimmenmehrheit. Hält man sich das gesetzliche Leitbild einer Kapitalgesellschaft vor Augen, so ist das auch durchaus sinnvoll. Ein Verband mit vielen Gesellschaftern, deren Beteiligungen etwa gleichmäßig verteilt sind, wäre faktisch lahmgelegt, würde man das Einverständnis eines jeden Einzelnen verlangen.<sup>15)</sup> In der Rechtswirklichkeit hat sich diese Modellvorstellung allerdings nicht durchgesetzt. Es existieren kaum GmbH mit großer Gesellschafterzahl<sup>16)</sup> (was übrigens auch auf die AG zutrifft<sup>17)</sup>) und die Beteiligungsgewichte sind in

---

<sup>13)</sup> Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II<sup>3</sup> 262; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 323; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch Rz 3143. Die Bezeichnung: „Generalversammlung“ ist etwas unscharf, weil der Begriff gleichzeitig auch die physische Zusammenkunft der Gesellschafter (als Abgrenzung zum schriftlichen Weg) beschreibt. Sie hat sich allerdings in der österreichischen Rsp und Rechtspraxis sowie im Schrifttum derart etabliert, dass ihre Verwendung aus Erwägungen der Verständlichkeit und Einheitlichkeit auch in dieser Arbeit beibehalten werden soll.

<sup>14)</sup> Stellvertretend Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 31.

<sup>15)</sup> Fell in FS Aicher 111; Baltzer, Beschluß 215.

<sup>16)</sup> Vgl zur empirischen Untersuchung über die GmbH Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl, Handbuch Rz 3; Reich-Rohrwig in FS Frotz, 381 ff; Reich-Rohrwig in FS Kastner 378 dessen Ergebnisse mangels gegenteiliger Indizien auch heute noch in vergleichbarer Form anzunehmen sind; vgl auch Kalss in Kalss/Schauer, Reform 238. Dieselben Strukturen belegen auch ältere Studien aus Deutschland, vgl dazu Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft 29f mwN.

<sup>17)</sup> Siehe Elsner/Hössl/U. Torgler, GesRZ 2017, 79f.

aller Regel ungleichmäßig verteilt. Der Kreis der Gesellschafter ist dazu meist ein geschlossener; Gesellschafter wechseln nicht häufig. Die GmbH ist also üblicherweise „personalistisch“ ausgestaltet und gleicht hinsichtlich ihrer Beteiligungsverhältnisse eher einer (vom Einstimmigkeitsgrundsatz geprägten<sup>18)</sup>) Personengesellschaft. *De lege ferenda* erweckt dies Zweifel an der Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips,<sup>19)</sup> *de lege lata* vermag es aber freilich nichts an dessen Geltung zu ändern.

Dieses „Legitimationsdefizit“ führt jedoch vor Augen, dass man es (auch nach geltendem Recht und gesetzlichem Leitbild) nicht mit einer korrekturlosen Maßgeblichkeit der Mehrheitsmacht bewenden lassen kann.<sup>20)</sup> Da sich bei Meinungsverschiedenheiten regelmäßig dieselben „**Minderheiten**“ und „**Mehrheiten**“ gegenüberstehen,<sup>21)</sup> wäre die Kontrolle über das starke Gesellschafterorgan stets in die Hände derselben Personen gelegt, die sich nach freier Willkür über die Interessen der Minderheitsgesellschafter hinwegsetzen könnten. Dieses Ungleichgewicht verstärkt sich dadurch, dass üblicherweise auch die Geschäftsführerrolle von einem Mehrheitsgesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person ausgeübt wird.<sup>22)</sup> Hinzu tritt, dass sich ein auf diese Weise majorisierter Minderheitengesellschafter meist nur in ineffizienter Art und Weise vom Verband lösen kann. Ein Kündigungs- oder Austrittsrecht, wie es etwa der sonst so ähnliche Kommanditist genießt (§§ 161 Abs 2 iVm 132 UGB), kommt ihm nicht zu. Seine einzige Möglichkeit, aus der Gesellschaft auszuschcheiden, ist die Veräußerung seines Geschäftsanteils.<sup>23)</sup> Im Gegensatz zum Aktionär (einer börsennotierten AG) steht ihm dafür jedoch kein geregelter Markt zur Verfügung. Die Bewertung ist oft aufwendig, ein Käufer nur schwer zu finden und der Verkauf somit kaum ohne größere Vermögensbeeinträchtigung realisierbar.<sup>24)</sup> Außerdem ist die Übertragung durch die Form-

<sup>18)</sup> Vgl Thöni in Zib/Dellinger, UGB II § 119 Rz 1; Appl in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 30; Kraus in Torggler, UGB<sup>3</sup> § 119 Rz 12, wobei es nicht ganz korrekt ist, wenn man von „Einstimmigkeit“ spricht; in Wahrheit ist vielmehr die allseitige Zustimmung erforderlich, vgl zum Unterschied Felzl in FS Aicher 104f.

<sup>19)</sup> Zum historischen Hintergrund und zu genereller Kritik zur kapitalistischen Verfassung des (deutschen wie österreichischen) GmbHG Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 37 ff; für Deutschland ferner Immenga, Kapitalgesellschaft 134; Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft 165f mwN; samt historischem Überblick auch Fleischer, GmbHR 2008, 1122f.

<sup>20)</sup> Vgl K. Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 467, der die Notwendigkeit des Minderheitenschutzes als Resultat der auszugleichenden Legitimationsdefizite der organschaftlichen Leitungsmacht und Mehrheitsherrschaft betrachtet.

<sup>21)</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht I 408.

<sup>22)</sup> Vgl zur praktischen Häufigkeit dieser Konstellationen Fantur in FS Koppensteiner 2016, 84; (mit empirischen Nachweisen) Reich-Rohrwig in FS Kastner 378.

<sup>23)</sup> Ostheim, GesRZ 1974, 75.

<sup>24)</sup> Vgl zum daraus resultierenden Schutzbedürfnis der GmbH-Minderheit Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 107; Thöni, GesRZ 1987, 91; U. Torggler, Treuepflichten 115; für Deutschland Immenga, Kapitalgesellschaft 132f; Martens, GmbHR 1984, 266; Raiser, ZHR 1989, 8.

pflicht des Notariatsakts und die – in der Praxis außerordentlich häufig genutzte<sup>25)</sup> – Möglichkeit der Vinkulierung (§ 76 Abs 2 GmbHG) eingeschränkt. All das zeigt, dass es unumgänglich ist, gewisse die Minderheit schützende Rechtsinstitute und Mechanismen zu institutionalisieren, um – in eines ausgeglichenen Systems an „checks and balances“ – die interessensgerechte Funktionalität der GmbH und ihrer Organe gewährleisten zu können.<sup>26)</sup> Das diesem Vorhaben zugrunde liegende rechtspolitische Anliegen<sup>27)</sup> wird gemeinhin als **Minderheitenschutz** bezeichnet.

Ganz besonders salient wird die Notwendigkeit eines solchen Schutzes in Anbetracht der **dieser Arbeit zu Grunde liegenden Fallkonstellationen**: Hat sich die Mehrheit bzw ein ihr gefügiger Funktionär Fehlverhalten und erwächst der Gesellschaft daraus ein Vermögensnachteil (bzw droht sich ein solcher unmittelbar an), wäre es äußerst unbillig, würde man es eben diesen Personen erlauben, die daraus resultierenden Ansprüche – entgegen den Rufen der (anteilig) ebenfalls betroffenen Minderheit – einfach fallenzulassen. Insbesondere wenn die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht berührt werden, ist es nur die majorisierte Minderheit, die auf die Ahndung eines solchen Vorgehens drängen wird. Für die Füllung dieses „Schutzlochs“ soll es nun ein besonderes Instrument namens Gesellschafterklage geben, das es der Minderheit ermöglicht, abseits jeglicher Organisationsvorgaben selbst die gesellschaftsschädigenden Machenschaften zu ahnden und die entstandenen Ansprüche geltend zu machen. Das hat auch der Gesetzgeber des österreichischen GmbHG so gesehen und der Gesellschafterminderheit mit **§ 48 GmbHG** eine **Klagebefugnis** eingeräumt.

Daneben – und das darf in der Diskussion keinesfalls vernachlässigt werden – gibt es aber auch ein „reguläres“ **System des innergesellschaftlichen Interessenausgleichs**, das ebenfalls minderheitenschützende Elemente inkorporiert. Die Minderheit kann nämlich dasselbe Anliegen (die Geltendmachung der Ansprüche) auch **im Namen der Gesellschaft** verfolgen, insbesondere indem sie ihre Mitspracherechte als Generalversammlungsmitglied ausübt. Erst wenn diese Durchsetzungsvariante (iwF als „**Alternativweg**“ bezeichnet) auf ihre Funktionalität hin überprüft wurde, ist es sinnvoll, sich der Gesellschafterklage als „Sondermittel“ und den einzelnen mit ihr verbundenen Sachfragen zu widmen.<sup>28)</sup> Aus diesem Grund ist der erste Teil dieser Arbeit bewusst noch nicht der Gesellschafterklage selbst gewidmet, sondern den systematisch mit

<sup>25)</sup> So ergab eine Befragung aus den 90er Jahren, dass in 83% der Fälle die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteile einem Zustimmungsvorbehalt unterliegt, vgl dazu Reich-Rohrwig in FS Kastner 371 (376). Ähnlich soll es sich in Deutschland verhalten, vgl Immenga, Kapitalgesellschaft 133.

<sup>26)</sup> Immenga, Kapitalgesellschaft 133f.

<sup>27)</sup> Vgl dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 460f, der den Minderheitenschutz nicht als juristische Kategorie, sondern als rechtspolitisches Programm qualifiziert.

<sup>28)</sup> Vgl Raiser, ZHR 1989, 8 „Die Frage lautet, ob die Gesellschafterklage notwendig ist, weil die anderen Kontrollmittel zu schwach sind“.

ihr verwandten Rechtsinstituten des Innenrechts der GmbH. Dazu gehört aber noch ein weiterer Aspekt: Bevor nämlich die einzelnen Schritte zur Geltendmachung im Namen der Gesellschaft (von der Befassung der Generalversammlung bis hin zur tatsächlichen Durchsetzung des Begehrens vor den Gerichten) dargelegt werden, ist aufzuzeigen, wie das Gesetz im gesetzten Kontext die **Zuständigkeiten verteilt** und (vor allem) auf welchen Wertungen dies beruht. Denn die Ausgestaltung des Alternativwegs (und in weiterer Folge auch der Gesellschafterklage) hängt wesentlich davon ab, wann welches Organ aus welchen Gründen über die Geltendmachung von internen Ansprüchen entscheiden soll. Diese beiden Untersuchungsgegenstände (Zuständigkeitsregime und Alternativweg) gemeinsam werden hier als das „**systematische Umfeld**“ der Gesellschafterklage bezeichnet, das den Titel dieses ersten Teils der Arbeit und damit den im Folgenden zu untersuchenden Themenbereich bildet. Wie K. Schmidt treffend formuliert, geht es dabei – und das gilt insofern für die gesamte Arbeit – vor allen Dingen um die Abwägung von individueller Freiheit und überindividueller Funktionsgerechtigkeit.<sup>29)</sup>

## B. Die reguläre Zuständigkeitsordnung zur Geltendmachung interner Ansprüche

### 1. Allgemeines

Als Erstes gilt es der Frage auf den Grund zu gehen, wie der Gesetzgeber das reguläre Zuständigkeitsystem im Hinblick auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen ihre (Organ-)Mitglieder ausgestaltet hat. Denn erst wenn klar geworden ist, wem das Gesetz in welchen Fällen die Entscheidungskompetenz zuschreibt, kann sinnvoll beantwortet werden, was die Minderheit tun kann, um ihr Anliegen zu verfolgen.

Die hierbei im Mittelpunkt stehende Bestimmung findet sich in **§ 35 Abs 1 Z 6 Fall 1 GmbHG**. Dem Wortlaut zufolge unterliegt die „*Geltendmachung der Ersatzansprüche, die der Gesellschaft aus der Errichtung oder Geschäftsführung gegen die Geschäftsführer, deren Stellvertreter oder den Aufsichtsrat zustehen*“, der Beschlussfassung der Gesellschafter. Das Gesetz sieht also die Zuständigkeit der Generalversammlung und nicht etwa der Geschäftsführer vor. Diese Bestimmung basiert auf der nahezu gleichlautenden deutschen Regelung des **§ 46 Z 8 dGmbHG** (früher noch: § 47 Z 8 dGmbHG<sup>30)</sup>), an deren Auslegung man sich in Österreich stark orientiert.<sup>31)</sup> Vorab ist sogleich auf

---

<sup>29)</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 452; ähnlich auch Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft 158.

<sup>30)</sup> Die Bestimmung geht zurück auf die Stammfassung des dGmbHG 1892 (RGBI 1892, 489), die der österreichische Gesetzgeber im Generellen bei der Fassung des GmbHG 1906 als Leitbild herangezogen hat, vgl dazu näher Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 54ff.

<sup>31)</sup> Das gilt insbesondere, wenn man – wie hier – die analoge Anwendung auf Ansprüche gegen Gesellschafter bejaht, vgl dazu sogleich Kapitel I.B.4.

zwei **Unterschiede** zwischen den beiden Normen aufmerksam zu machen: Einerseits ist die Zuständigkeit in Österreich zwingend ausgestaltet (§ 35 Abs 2 GmbHG), während man in Deutschland herrschend von ihrer Abdingbarkeit ausgeht.<sup>32)</sup> Andererseits erfasst der Wortlaut des § 46 Z 8 dGmbHG auch Ansprüche gegen Gesellschafter, wohingegen der österreichische Gesetzestext eine solche Passage vermissen lässt. Unter Beachtung dieser Differenzen ist eine Heranziehung deutscher Interpretationsergebnisse aber geboten, angesichts der kargen Aufmerksamkeit, die die Regelung hierzulande erfahren hat, sogar notwendig. Im Folgenden soll nun geklärt werden, warum diese Bestimmung existiert (Normzweck), worin ihre Bedeutung liegt (Außenwirkung) und wann sie anzuwenden ist (Anspruchsgegner und Anspruchsgegenstände).

## 2. Normzweck

Der **Normzweck** der gerade genannten Bestimmung(en) trägt eine erhebliche Bedeutung für diese Arbeit. Er repräsentiert nämlich wesentliche Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers, auf die noch des Öfteren zurückzugreifen sein wird. Nach zutreffender Auffassung<sup>33)</sup> geht es primär weder um den Schutz des Anspruchsgegners noch der Gesellschaft, sondern um die funktionsgerechte **Ordnung der Entscheidungskompetenzen**. Die Bestimmung hat die innere Struktur der Gesellschaft vor Augen, die vor eigenmächtigen Kompetenzinanspruchnahmen geschützt werden soll. Die heikle und oft auch emotionale Entscheidung über interne Geltendmachungsmaßnahmen hat bei der Gesellschaftergesamtheit als oberstes Organ zu verbleiben. Nach sehr häufiger Auffassung sei das vor folgendem Hintergrund zu sehen: Durch die Verfolgung der Ansprüche bestehe die Gefahr, dass **gesellschaftsinterne Angelegenheiten** an die **Öffentlichkeit** gelangen. Folglich müsse es den Gesellschaftern vorbehalten bleiben, die Risiken einer solchen Entscheidung abzuwägen. Vor allem das Ansehen in der Öffentlichkeit („*publicity*“) und die damit verbundene Kreditwürdigkeit gelte es zu schützen.<sup>34)</sup> Dieses – vor allem durch den BGH<sup>35)</sup> geprägte – Abstellen auf den Schutz von Gesellschaftsinterna fand sich im deutschen Schrifttum nicht selten der Kritik ausgesetzt. Denn dieselbe Offenlegungsgefahr, so wird argumentiert, stelle sich in einem Anfechtungsprozess (etwa des die Verfolgung ablehnenden Beschlusses), in dem ein einzelner Gesellschafter(-Geschäftsführer) der Öffentlichkeit gleichermaßen gegen den Wil-

<sup>32)</sup> Stellvertretend Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 131; Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>9</sup> § 46 Rz 94.

<sup>33)</sup> Berger, ZHR 1985, 612; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 35 Rz 83; K. Schmidt in Scholz, GmbHG II<sup>11</sup> § 46 Rz 141.

<sup>34)</sup> Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in Torggler, GmbHG § 35 Rz 23; Eickhoff, Gesellschafterklage 3; Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 100; Ingerl in Priester/Mayer, Münchener Handbuch III 485; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 35 Rz 32; Römermann in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG II<sup>3</sup> § 46 Rz 390.

<sup>35)</sup> BGH II ZR 17/57.

len der Mehrheit Tatsachen über das gesellschaftliche Innenleben preisgeben kann.<sup>36)</sup> In Österreich weist *U. Torggler* auf diese Unstimmigkeit hin und führt dabei die Minderheitenklage des § 48 GmbHG ins Treffen, die trotz ablehnenden Beschlusses erhoben werden könne.<sup>37)</sup>

Diese Bedenken verdeutlichen in der Tat, dass der Normzweck nicht ausschließlich darin liegen kann, innere Verhältnisse vor den abträglichen Wirkungen des zivilverfahrensrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatzes zu bewahren – ein solches *telos* wäre durch die vom Gesetzgeber zugelassenen „Umwege“ unterminiert. Die Miteinbeziehung dieses (dennoch berücksichtigungswürdigen) Umstands in die erforderliche **Gesamtabwägung** (!) findet aber durchaus noch Deckung in der gesetzgeberischen Zielvorstellung.<sup>38)</sup> Anders gewendet: Der Normzweck ist nicht der Veröffentlichungsschutz *per se*, sondern die diesen umfassende Notwendigkeit **einer – unter Beachtung aller dem Gesellschaftszweck zuträglichen Parameter – Gesellschafterentscheidung**, bevor ein interner Rechtsstreit verfolgt und letztlich vor Gericht getragen werden kann. Die Gesellschaftsinterna sind dabei keineswegs das einzige Kriterium. Anerkanntermaßen sprechen auch die sensiblen **Vertrauensverhältnisse**, die durch die Anspruchsverfolgung erschüttert werden könnten, für eine vorherige Befassung der Gesellschafter.<sup>39)</sup> Auch sind es **wirtschaftliche Kriterien**, die die Gesellschafter zulässigerweise zu einer Nichtverfolgung bewegen können.<sup>40)</sup> Neben dem Verhältnis von Streitwert, Erfolgswahrscheinlichkeit und Prozesskostenrisiko sind die Folgewirkungen eines Rechtsstreits zu berücksichtigen. So könnten sich etwa wichtige, durch das belangte Mitglied akquirierte Geschäftspartner von der Gesellschaft abwenden.<sup>41)</sup> Ganz allgemein gesprochen kann das Wohl der Gemeinschaft das Absehen von einem Rechtsstreit rechtfertigen. Der österreichische Gesetzgeber erachtete die Bestimmung darüber hinaus aufgrund der üblicherweise anzunehmenden **Befangenheit** der Geschäftsführer bei Vorgehen gegen ihre „Kollegen“<sup>42)</sup> als not-

<sup>36)</sup> *Gehrlein*, ZIP 1993, 1528; *Schwab*, Prozeßrecht 78f; vgl auch *Barnert*, Gesellschafterklage 135 („jeder Rechtsstreit“); *Berger*, ZHR 1985, 611 und *Winter*, Treubindungen 316.

<sup>37)</sup> *U. Torggler*, Treuepflichten 127.

<sup>38)</sup> In diesem Sinne *Eickhoff*, Gesellschafterklage 112f, *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 48 Rz 8; *Kowalski*, ZIP 1995, 1316.

<sup>39)</sup> *Hüffer/Schürnbrand* in *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 100; *Krieger* in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Jahrestagung 1998, 112; *Römermann* in *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt*, GmbHG II<sup>3</sup> § 46 Rz 391; vgl auch *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz<sup>19</sup> § 46 Rz 35.

<sup>40)</sup> Vgl *Eickhoff*, Gesellschafterklage 112f.

<sup>41)</sup> So auch *Lönner*, Actio 83 mit weiteren Beispielen. Musterhaft lässt sich die hA zur Auslegung der „überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls“ gem § 148 Abs 1 Z 4 dAktG heranziehen, vgl stellvertretend *G. Bezzenberger/T. Bezzenberger* in *Hopt/Wiedemann*, AktG V/2<sup>4</sup> § 148 Rz 153.

<sup>42)</sup> Durch den sogleich zu begründenden Analogieschluss hat der Normzweck insofern auf Ansprüche gegen Gesellschafter ausgeweitet zu werden.

wendig.<sup>43)</sup> Im **Ergebnis** findet sich der Normzweck also in vielen Einzelkriterien wieder, die alle dasselbe verlangen: Eine Verfolgung von „Binnenansprüchen“<sup>44)</sup> soll nicht ohne vorheriges Absegnen der Generalversammlung statthaft sein.<sup>45)</sup> Die hierarchische Stellung der Generalversammlung<sup>46)</sup> hat – und zwar zwingend (§ 35 Abs 2 GmbHG) – gewahrt zu werden, damit die Gesellschafter von ihrem Entscheidungsspielraum Gebrauch machen können, **wie** und vor allen Dingen **ob** gegen Rechtsverletzungen im gesellschafts-eigenen Kreise **vorgegangen werden** soll. Dass es dabei primär um die Einschränkung der Geschäftsführerkompetenz geht,<sup>47)</sup> ist evident. Dieselben Wertungen lassen sich aber auch für sonstige Vertretungsorgane sowie die Gesellschafterklage fruchtbar machen; dazu noch später.

### 3. Außenwirkung

Aus dem soeben aufgezeigten Zweck rührt die hA, der zufolge dem § 35 Abs 1 Z 6 Fall 1 GmbHG (sowie der deutschen Parallelbestimmung) **Außenwirkung** zuzumessen ist. Die von keinem Beschluss gedeckte Geltendmachung soll demnach im Außenverhältnis **wirkungslos** sein. Insofern stimmt man – obwohl den Materialien ausdrücklich zu entnehmen ist, dass „*nur das interne Verhältnis der Gesellschafter untereinander und zu den Geschäftsführern*“<sup>48)</sup> berührt werden soll – weitgehend überein.<sup>49)</sup> Nicht vollständig einig ist man sich dagegen zur dogmatischen Einordnung dieser Schlussfolge. Nach Judikatur und überwiegender (österreichischer wie deutscher) Lehrmeinung handle es sich um ein (inhaltliches) materiell-rechtliches Erfordernis. Dieses hafte

<sup>43)</sup> ErläutRV 236 BlgHH 17 Sess 70, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 557; zustimmend *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 35 Rz 23; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 82.

<sup>44)</sup> Der Begriff wird in dieser Arbeit zur Beschreibung von allen erdenklichen Ansprüchen verwendet, die sich gegen ein Mitglied eines Gesellschaftsorgans richten (zB Gesellschafter, Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder). Zum Teil wird auch die Bezeichnung: „interne Ansprüche“ verwendet.

<sup>45)</sup> So auch *K. Schmidt*, KTS 2005, 262.

<sup>46)</sup> Hierin sieht auch *Schwab*, Prozeßrecht 79 den ausschlaggebenden Faktor zur Ermittlung des Normzwecks.

<sup>47)</sup> *Hüffer/Schürnbrand* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 100; *Konzen* in *FS Hommelhoff* 569; jeweils mwN.

<sup>48)</sup> ErläutRV 236 BlgHH 17 Sess 70, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 557.

<sup>49)</sup> Stellvertretend *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 84; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 35 Rz 34; für Deutschland *Hüffer/Schürnbrand* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 110; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 46 Rz 142; aA *Römermann* in *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt*, GmbHG II<sup>3</sup> § 46 Rz 458. Das soll hier **nicht weiter hinterfragt** werden, zumal es wesentlich stimmiger scheint, einen Durchschlag auf das Außenverhältnis anzunehmen; die Bestimmung hätte ansonsten wenig Aussagekraft und ihr zwingender Charakter wäre nur schwerlich zu erklären. Die Materialien haben (ohne Ausdruck im Wortlaut zu finden) keinen Gesetzescharakter und können daher (insbesondere über 100 Jahre nach ihrer Niederschrift) durchaus überwunden werden, vgl idS va noch Kapitel II.2.e.cc.



zwar nicht dem Anspruch an,<sup>50)</sup> eine trotz fehlenden (genehmigenden) Beschlusses eingebrachte Klage sei aber dennoch als unbegründet abzuweisen („**Erfolgsvoraussetzung**“).<sup>51)</sup> Die gegenteilige Mindermeinung versteht die Anordnung dagegen als **Zulässigkeitsvoraussetzung**.<sup>52)</sup> Ins Treffen geführt werden dabei die „besondere Ermächtigung“ iSd §§ 4, 6 ZPO<sup>53)</sup> sowie die (mangels Beschlusses fehlende) Vertretungsmacht des Geschäftsführers<sup>54)</sup>. Von der Beantwortung dieser Frage hängt vor allem die prozessuale Wahrnehmung des Mangels ab. Während die Einstufung als Zulässigkeitskriterium jedenfalls auch die Erforschung der Tatsache von Amts wegen und bei Mangel die Zurückweisung der Klage mit sich bringen würde,<sup>55)</sup> ist bei Annahme einer meritorischen Sachvoraussetzung den Parteien die Behauptungslast auferlegt.<sup>56)</sup> Auch für die Art des Rechtsmittels (Rekurs vs Berufung) ist die Einordnung entscheidend.

Der OGH qualifiziert das Beschlusserfordernis als Einwendungstatsache, wobei er behauptet die „*Sachlegitimation*“<sup>57)</sup> sei nur auf Einwendung des Beklagten zu prüfen, was in der Folge die „*Behauptungs- und Beweislast der klagenden Gesellschaft*“ auslöse.<sup>58)</sup>

<sup>50)</sup> Berger, ZHR 1985, 612 (FN 69); Eickhoff, Gesellschafterklage 4; Hüfner/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 111; Liebscher in Fleischer/Goette, MüKo GmbHG II<sup>3</sup> § 46 Rz 255; Winter, Treuebindungen 315; anders offenbar (arg: „Anspruchsvoraussetzung“) Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 35 Rz 34, diesem folgend Gellis/Feil, GmbH-Gesetz<sup>7</sup> § 25 Rz 29 (vgl auch Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 194f), wobei zum Nachweis die deutsche Auffassung von Hüfner herangezogen wird, der das Erfordernis gerade nicht als dem Anspruch anhaftend betrachtet.

<sup>51)</sup> OGH 2 Ob 170/03 v; 2 Ob 328/01 a; 6 Ob 747/89; RIS-Justiz RS0059438 (T4), Aburumieh/Gruber in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 35 Rz 90; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 35 Rz 84; Fantur in FS Koppensteiner 2016, 88; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 35 Rz 34; Lehner, GesRZ 2005, 134; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 4/281. Gleiches wird überwiegend in Deutschland vertreten vgl BGH II ZR 17/57; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz<sup>19</sup> § 46 Rz 40; Konzen in FS Hommelhoff 569; Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>9</sup> § 46 Rz 87 mwN.

<sup>52)</sup> Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 58, 60; in Deutschland Schwab, Prozeßrecht 75 und Winter, Treuebindungen 315 FN 44.

<sup>53)</sup> Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 58.

<sup>54)</sup> Winter, Treuebindungen 316 FN 46.

<sup>55)</sup> Konecny in Fasching/Konecny, Kommentar Einleitung I<sup>3</sup> Rz 155. Das wird insofern auch ausdrücklich von Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 58, 60 verlangt.

<sup>56)</sup> Stellvertretend Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 816f.

<sup>57)</sup> Bereits die Begriffswahl der „Sachlegitimation“ ist fragwürdig; üblicherweise wird damit die richtige Zuteilung der Anspruchsträgerschaft gemeint, vgl Mayr/Fucik, Verfahren Rz 96; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 346.

<sup>58)</sup> Wortwörtlich OGH 9 ObA 81/03 g; 4 Ob 2154/96 k; RIS-Justiz RS0059438 (T1 und T5); übereinstimmend OGH 9 ObA 5/10 s; 9 ObA 86/98 g. Anders noch OGH 6 Ob 747/89.



Zutreffend ist zunächst, dass der Beschluss iSd § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG **keine Voraussetzung für den Anspruch selbst** sein kann. Ansonsten wäre die zu Recht angenommene Nichtanwendbarkeit der Bestimmung in Vollstreckungssachverhalten<sup>59)</sup> (Eintreibung durch Überweisungsgläubiger und Insolvenzverwalter, siehe sogleich) nicht zu rechtfertigen.<sup>60)</sup> Auch hat eine Einordnung als rein prozessuale Kategorie auszuschneiden, sofern man zurecht vertretene Annahme teilt, dass auch die außergerichtliche Anspruchsverfolgung eines Beschlusses bedarf.<sup>61)</sup> Insofern ist der Beschluss **keine „besondere Ermächtigung zur Prozessführung“** iSd §§ 4, 6 ZPO, zumal sich die anerkannten Fälle der Bestimmungen stets auf eine von einer staatlichen Behörde (und nicht eines Organs eines privatrechtlichen Verbands) spezifisch zur Prozessführung erteilten Genehmigung beziehen.<sup>62)</sup> Letztlich kann aber auch die von der hA angenommene Einstufung als **Erfolgsvoraussetzung nicht überzeugen**: Vor allem kann sie nicht hinreichend erklären, warum außergerichtliche Verfügungen unwirksam sein sollten. Worauf sollte dies gestützt werden, wenn weder der Anspruch berührt noch die Vertretungsmacht beeinträchtigt wäre? Auch im Prozess entbehrt die Auffassung einer dogmatischen Fundierung: Eine Klagsabweisung anzunehmen, obwohl es weder um die Sache selbst noch die Berechtigung an dieser geht, wirkt konstruiert. Es scheint somit am plausibelsten, die Wirkung des § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG in der **Einräumung der** (ansonsten beschränkten) **Vertretungsmacht** zu verorten. Mit derer grundsätzlichen Unbeschränktheit kollidiert dies jedenfalls nicht: Im Innenverhältnis schlagen Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis auch auf die Vertretungsbefugnis durch; die Verkehrsschutzerwägungen des § 20 Abs 2 GmbHG greifen nicht ein.<sup>63)</sup> Es spricht folglich nichts dagegen, dem Vertretungsorgan (das kann gegebenenfalls auch der Aufsichtsrat oder ein besonderer Vertreter sein<sup>64)</sup>) für Ansprüche iSd § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG ohne Ermächtigungsbeschluss die Vertretungsbefugnis zu versagen. Auf diese Weise wird die Funktion der Norm am besten erklärt: Sowohl Prozessverlust als auch Unwirksamkeit außergerichtlicher Maßnahmen lassen sich dogmatisch begründen, ohne dass es der Beeinträchtigung der Anspruchssubstanz bedürfte.

<sup>59)</sup> Für Nachweise vgl Kapitel I.B.5.c FN 130f.

<sup>60)</sup> So bereits K. Schmidt, KTS 2005, 265. Für eine etwaige – mit der Situation von Resteinlagen vergleichbare – Auswirkung auf die **Fälligkeit** fehlt eine § 63 Abs 1 GmbHG entsprechende Norm, vgl zur Resteinlage noch Kapitel I.B.5.d.

<sup>61)</sup> Das betonen schon Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG II<sup>2</sup> § 46 Rz 100, 111. Siehe für Nachweise der hA Kapitel I.B.6.

<sup>62)</sup> Vgl Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny, Kommentar II/1<sup>3</sup> § 4 ZPO Rz 27ff.

<sup>63)</sup> N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 47; Enzinger in Straubel/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 53f; Fantur/Zehetner, ecolex 2000, 430; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 20 Rz 22; Seikel, Umfang 83; zur deutschen Rechtslage vgl auch BGH II ZR 45/71; Stephan/Tieves in Fleischer/Goette, MüKo GmbHG II<sup>3</sup> § 37 Rz 166f.

<sup>64)</sup> Vgl dazu noch Kapitel I.C.6.b–d.

Daran hindert auch die häufige Ansicht nichts, nach der das Beschlusserfordernis „nach **Abtretung**“ fortgelten soll bzw auch dem Zessionar entgegengehalten werden kann.<sup>65)</sup> Auch die hier zugrunde gelegte Ansicht verwehrt es dem Zessionar, die Forderung geltend zu machen. Allerdings folgt dies daraus, dass die Abtretung selbst als „Geltendmachung“ iSd § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG zu verstehen ist; es zu ihrer wirksamen Vornahme also bereits des Beschlusses bedarf.<sup>66)</sup> Ausnahmen können höchstens zum Schutze der Gläubiger (dazu sogleich) überlegt werden.<sup>67)</sup>

#### 4. Passivlegitimation von Gesellschaftern

Nach wohl einhelliger Auffassung ist § 35 Abs 1 Z 6 Fall 1 GmbHG auch nach Ausscheiden des Organträgers aus der Gesellschaft anwendbar.<sup>68)</sup> Strittiger ist die Lage dagegen, wenn es um Ansprüche **gegen Gesellschafter** geht. Entgegen ausdrücklicher Erläuterung des damaligen Gesetzesgebers<sup>69)</sup> wird die erweiterte Anwendbarkeit von der überwiegenden Lehre<sup>70)</sup> bejaht; die *ratio* der Norm verlange dies. Letzteres ist nach den getroffenen Feststellungen eindeutig zu befürworten: Der beschriebene Normzweck lässt sich nicht nur auf Prozesse gegen Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglieder beschränken. Die Gefahr, das Innenleben der Gesellschaft bei unüberlegter Klagsführung in Mitleidenchaft zu ziehen, offenbart sich zweifellos auch im Prozess gegen den Gesellschafter. Diesem teleologischen Argument fügt *Harrer* noch zwei systematische hinzu: Zum einen mache § 48 GmbHG, der seit dem IRÄG 1997 auch Gesellschafter zum Kreis der Klagsgegner zählt, eine zeitgemäße Ausdehnung des § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG notwendig.<sup>71)</sup> Zum anderen sei die Erweiterung durch § 39 Abs 4 GmbHG indiziert, der Gesellschafter von der Beschlussfassung aus-

<sup>65)</sup> *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 88; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz<sup>7</sup> § 35 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 35 Rz 35; vgl auch OGH 9 ObA 5/10; für Deutschland *Liebscher* in *Fleischer/Goette*, MüKo GmbHG II<sup>3</sup> § 46 Rz 241; *Roth/Altmeppen*, GmbHG<sup>9</sup> § 35 Rz 89; *K. Schmidt*, KTS 2005, 264.

<sup>66)</sup> Zutreffend *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 59.

<sup>67)</sup> Vgl *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 46 Rz 145, 152; aA *Liebscher* in *Fleischer/Goette*, MüKo GmbHG II<sup>3</sup> § 46 Rz 241.

<sup>68)</sup> OGH 6 Ob 747/89; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 92; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 35 Rz 35. Vgl zur hier vertretenen Auffassung sinngemäß Kapitel III.B.6.c.

<sup>69)</sup> ErläutRV 236 BlgHH 17 Sess 70, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 557.

<sup>70)</sup> *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Rz 2271; *Fantur* in FS *Koppensteiner* 2016, 93; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 56; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 61 Rz 15; offenlassend OGH 2 Ob 328/01a; *Aburumieh/Gruber* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 35 Rz 88; aA *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 35 Rz 25; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz<sup>7</sup> § 35 Rz 20; *U. Torggler*, Treuepflichten 126f.

<sup>71)</sup> *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 56; ähnlich *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 37, die zwar auch zu einem Beschlusserfordernis kommen, dieses aber über die Einstufung solcher Beschlüsse als außergewöhnliche Maßnahmen erreichen wollen.