

## **Die streitige Generalversammlung<sup>1)</sup>**

- I. Einleitung
  - A. Thema Beschlussunfähigkeit der Generalversammlung
  - B. Stimmrechtsausschluss
  - C. Leiter der Generalversammlung
- II. Zur Gesellschafterstruktur der GmbH und der AG in Österreich
  - A. GmbH
  - B. Aktiengesellschaft
  - C. Schlussfolgerungen für die Gesetzesauslegung
- III. Mehrheitsbeschlüsse und immanente Grenzen der Mehrheitsbeschlussfassung
- IV. Von der Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben bis hin zur Treuepflicht als das Gesellschaftsverhältnis beherrschende Grundsätze
- V. Gesellschaftsverhältnis als gemeinsame Zweckverfolgung – Treuepflicht
- VI. Kapitalerhöhung: Bezugsrecht und Bezugsrechtsausschluss
- VII. Wer trägt das Risiko des Verlustes der Einladung zur GV oder ihrer Ergänzung?
- VIII. Zustimmungspflicht zur Sanierung?
  - IX. Ein weiterer Aspekt der Treuepflicht
  - X. Treuepflicht und Gewinnverteilung/Gewinneinbehalt
  - XI. Kernbereich der Mitgliedschaft
- XII. Rechtsmissbrauch im Gesellschaftsrecht
- XIII. Einstweiliger Rechtsschutz
- XIV. Tonbandaufnahme in der Generalversammlung, Protokollführung,  
Anspruch auf Berichtigung des GV-Protokolls
- XV. Anspruch auf Berichtigung des Generalversammlungsprotokolls
- XVI. Thema Stimmrechtsvollmacht

### **I. Einleitung**

Herzlich Willkommen, ich freue mich über das rege Interesse. Ich stehe allerdings vor einem Problem. Ich hatte vor vier Jahren bei einer entsprechenden Tagung schon drei Themen angesprochen, die mit der streitigen Generalversammlung eng verwoben sind.<sup>2)</sup> Das waren die Beschlussunfähigkeit der Generalversammlung, der Stimmrechtsausschluss und der Leiter der Generalver-

---

<sup>1)</sup> Vortrag gehalten von Univ.-Prof. Dr. *Johannes Reich-Rohrwig* am 8. 5. 2023 vor der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung Österreichs. Die Vortragsform wurde beibehalten und um Fußnoten ergänzt.

<sup>2)</sup> *J. Reich-Rohrwig*, Beschlussunfähigkeit der GmbH-Generalversammlung, Stimmrechtsausschluss und Leiter der Generalversammlung, GesRZ 2020, 229 (234 ff).

sammlung. Diese Themen will ich jetzt nicht *in extenso* wiederholen. Aber wiederholen will ich meine Thesen:

### A. Thema Beschlussunfähigkeit der Generalversammlung

Wenn die Generalversammlung (GV) **beschlussunfähig** ist – entweder weil sie das gesellschaftsvertragliche oder das gesetzliche Anwesenheitsquorum nicht erfüllt –, dann sind die Beschlüsse nicht nur für diejenigen, die anwesend sind, also die zur GV gekommen sind und Widerspruch zu Protokoll erklärt haben, anfechtbar, sondern auch für **jeden** Gesellschafter, wenn die Beschlüsse nicht sogar **nichtig** sind. Nämlich absolut nichtig. Das ist an sich die nach meinem Gefühl klare Intention des Gesetzgebers, wenn er Voraussetzungen der Beschlussfähigkeit der GV regelt. Ist die GV nicht beschlussfähig, handelt es sich bei den dennoch gefassten Beschlüssen um unbeachtliche Willensäußerung einer Minderheit, die die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen für die Beschlussfassung eben nicht erfüllen,<sup>3)</sup> also um Scheinbeschlüsse. Dann müssen auch Personen, die abwesend sind, die fernbleiben, berechtigt sein, mit Feststellungsklage, dass ein GV-Beschluss nicht zustande gekommen ist, und jedenfalls mit Nichtigkeitsklage vorzugehen.<sup>4)</sup>

Da stellt sich dann natürlich auch die Frage, welchen Rechtscharakter die Nichtigkeitsklage hat: Blicken wir zurück in die Anfänge des GmbH-Rechts: Damals wurde das Wort „Nichtigkeit“ durchaus iSv Nichtigkeit und nicht nur von Anfechtbarkeit verstanden; dementsprechend war auch das Handelsregister- (Firmenbuch-)Gericht verpflichtet, das ordnungsgemäße Zustandekommen des im Handelsregister, dem heutigen Firmenbuch, einzutragenden Beschlusses zu überprüfen und verneinendenfalls die Eintragung abzulehnen.<sup>5)</sup> Andererseits folgte die Judikatur aus der Befristung der Klage gem § 41 GmbHG, dass mangelhafte Beschlüsse „bloß anfechtbar“ seien und dies mit „Rechtsgestaltungsklage“ fristgerecht wahrzunehmen sei,<sup>6)</sup> andernfalls die Nichtigkeit heile, sofern es sich nicht um einen Scheinbeschluss handelt.<sup>7)</sup> Richtigerweise müsste auch die Kategorie unwirksamer oder schwebend unwirksamer Beschlüsse anerkannt werden.<sup>8)</sup> In diese Kategorie fallen Beschlüsse, denen ein Wirksamkeitserfordernis fehlt, etwa die Zustimmung des mit zusätzlichen Leistungspflichten belasteten Gesellschafters<sup>9)</sup> oder jenes Gesellschafters, dem ein Sonderrecht entzogen

<sup>3)</sup> Vgl zur „rechtlich unbeachtlichen Willensäußerung“ RIS-Justiz RS0060167.

<sup>4)</sup> Dazu J. Reich-Rohrwig, GesRZ 2020, 229 (234 ff).

<sup>5)</sup> OLG Wien 28 R 268/99h; OGH 6 Ob 290/98k mwN; 7 Ob 284/98k mwN; *Pilgerstorfer* in Artmann (Hrsg), UGB<sup>3</sup> (2019) § 15 FBG Rz 30; vgl auch RIS-Justiz RS0112040 [T2]; RS0108622 [T2].

<sup>6)</sup> OGH Rv III 52/14 AS 1621; 7 Ob 559/57 RZ 1958, 46; 3 Ob 52/58 HS 2205.

<sup>7)</sup> OGH 6 Ob 210/19d; 6 Ob 191/18h; 6 Ob 33/20a; RIS-Justiz RS0111607.

<sup>8)</sup> Harter in Gruber/Harter (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2018) Vor §§ 41, 42 Rz 12 ff.

<sup>9)</sup> So auch ErlRV 236 Blg stProt HH XVII. Sess (1904) 72: „**Unbedingt** ist aber die Zustimmung aller Beteiligten in den Fällen zu verlangen, wo die Leistungen, die den Gesellschaftern nach dem Vertrage obliegen, durch den Abänderungsbeschluss vermehrt werden sollen.“

wird:<sup>10)</sup> Frappierend ist, dass in § 50 Abs 4 GmbHG der Gesetzeswortlaut explizit von „*kann nur unter Zustimmung (...) beschlossen werden*“ spricht, der OGH<sup>11)</sup> diese klare Äußerung des Gesetzgebers, die in den Gesetzesmaterialien<sup>12)</sup> auch eindeutig erläutert wird, dennoch nicht als Wirksamkeitserfordernis auffasst<sup>13)</sup> – ja, sich nicht einmal mit diesem Gesetzeswortlaut des § 50 Abs 4 GmbHG auseinandersetzt. Bemerkenswert ist auch, dass die Judikatur den gleichen Gesetzeswortlaut in § 90 Abs 4 GmbHG („**kann nur**“) hingegen als Wirksamkeitserfordernis versteht.<sup>14)</sup> Wie wenig das gesetzgeberische Konzept der Nichtigkeitsklage (§ 41 GmbHG) durchdacht war und ist,<sup>15)</sup> zeigt sich auch daran, dass es aus dem damals unerprobten deutschen Aktienrecht – dort erstmals in dem am 1. 1. 1900 in Kraft getretenen HGB (Art 271 bis 273)<sup>16)</sup> – stammt und in Deutschland seither wiederholt novelliert wurde; dort wird aber anerkannt, dass Beschlüsse in Ermangelung der Zustimmung des durch den Beschluss belasteten Gesellschafters zunächst schwebend unwirksam sind. Stimmt der betroffene Gesellschafter zu, tritt der Beschluss in Wirksamkeit, lehnt er ab, so ist der Beschluss endgültig unwirksam.<sup>17)</sup>

Dieses Unbehagen mit dem gesetzten Anfechtungsrecht äußerte sich nicht nur darin, dass neben den im Gesetz vorgezeichneten „nichtigen“, dh anfechtbaren Gesellschafterbeschlüssen auch wirkungslose „Scheinbeschlüsse“<sup>18)</sup> anerkannt werden. Die Judikatur ließ es auch durch lange Zeit hindurch offen, ob es absolut nichtige Gesellschafterbeschlüsse gibt.<sup>19)</sup> Diese Zögerlichkeit der Judikatur halte ich für verfehlt. Natürlich muss es auch die Kategorie absolut nichtiger Gesellschafterbeschlüsse geben. Alles, was gegen zwingendes materielles öffent-

<sup>10)</sup> Siehe ErlRV 236 Blg stProt HH XVII. Sess (1904) 72.

<sup>11)</sup> OGH 7 Ob 559/57; 3 Ob 52/58.

<sup>12)</sup> ErlRV 236 Blg stProt HH XVII. Sess (1904) 72.

<sup>13)</sup> So OGH Rv III 52/14 AS 1621; 7 Ob 559/57 RZ 1958, 46; 3 Ob 52/58 HS 2205.

<sup>14)</sup> OGH 5 Ob 89/03d.

<sup>15)</sup> Kritisch ebenso Linder in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> § 41 Rz 24; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 110 ff; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> Vor §§ 41, 42 Rz 4.

<sup>16)</sup> HH-Bericht 272 Blg stProt HH XVII. Sess (1905) 11; der OGH (6 Ob 258/08x ecolex 2009/227) betont selbst, dass das Modell der Beschlussanfechtung für Aktiengesellschaften entwickelt wurde, wo der Bedarf nach Rechtssicherheit wegen der großen Zahl von häufig anonymen Aktionären besonders groß ist.

<sup>17)</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 41 Rz 42 und § 34 Rz 5; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> Vor §§ 41, 42 Rz 12 f und §§ 41, 42 Rz 177 ff; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler (Hrsg), GmbHG (2014) § 41 Rz 3, 36; Linder in FAH, § 41 Rz 84, 114; Th. Raiser/C. Schäfer im Großkomm GmbHG<sup>3</sup> Anh § 47 Rz 22 ff; K. Schmidt/Bochmann in Scholz, GmbHG<sup>12</sup> § 45 Rz 54.

<sup>18)</sup> RIS-Justiz RS0111764.

<sup>19)</sup> Vgl beispielhaft OGH SZ 49/51; 6 Ob 174/97z RdW 1998, 73; SZ 69/93; 4 Ob 524/91 RdW 1992, 79; 6 Ob 501/91 ecolex 1991, 782; SZ 56/84; SZ 67/103; SZ 67/103; SZ 72/15; 7 Ob 559/57 RZ 1958, 46; 3 Ob 52/58 HS 2205; 6 Ob 515/88 NZ 1989, 158; 6 Ob 17/91 ecolex 1992, 337.

liches Recht<sup>20)</sup> verstößt – also Beschlüsse, die gegen Strafrecht<sup>21)</sup> verstoßen, ein Beschluss auf Steuerhinterziehung,<sup>22)</sup> auf eine kartellrechtswidrige<sup>23)</sup> Vorgangsweise, gegen gläubigerschützende Vorschriften (einschließlich der Gläubigerschutzvorschriften des GmbHG zur Kapitalerhaltung),<sup>24)</sup> die gegen zwingendes Recht verstoßen,<sup>25)</sup> was sittenwidrig ist, was den Gesellschafter belastet (Eingriff in „Drittrechte“; Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter),<sup>26)</sup> sind natürlich nichtig. Eine Rechtsordnung kann sich nicht leisten, zwingendes materielles Recht außer Kraft zu setzen, indem die gesetzwidrige Handlung in die Form eines Gesellschafterbeschlusses gekleidet wird. In diese Kategorie fallen auch jene OGH-Entscheidungen zur Brandstiftung durch den Alleingesellschafter einer GmbH an einer der GmbH gehörigen Sache: In diesen Fällen sprach die Judikatur zutreffend aus, dass die Einwilligung des Alleingeschafters zur Brandstiftung unbeachtlich ist.<sup>27)</sup>

Auf diese Abgrenzungsfragen zu rechtswidrigen Gesellschafterbeschlüssen und die Reichweite der Anfechtungsnotwendigkeit will ich eigentlich im Detail nicht eingehen. Ich will nur sagen, da schlage ich meine Pflöcke ein und setze das voraus.

## B. Stimmrechtsausschluss

Zum Stimmrechtsausschluss sagt das Gesetz, dass „*kein Stimmrecht hat*“, gegen wen sich die einzuleitende Klage richtet oder wer bei der Beschlussfassung über einen Vertrag Vertragspartner der GmbH sein soll. Wenn man kein Stimmrecht hat, dann ist das aus meiner Sicht ganz klar, dass solche nicht vorhandenen Stimmen auch nicht abgegeben und nicht gezählt werden können, daher auch nicht vorläufig wirksam sein können.<sup>28)</sup>

## C. Leiter der Generalversammlung

Das dritte Thema ist der Leiter der GV. Es gibt ältere deutsche Judikatur, die aussagt: Wenn der Leiter der GV nicht im Gesellschaftsvertrag grundgelegt ist,

<sup>20)</sup> Vgl § 30e Abs 2 GmbHG; OGH 6 Ob 174/97z; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), WK GmbHG (inkl 159. Lfg 2024) § 41 Rz 25.

<sup>21)</sup> OGH 11 Os 114/95; 11 Os 52/15d: Ein Befugnismissbrauch iSd § 153 StGB (Untreue) werde nicht durch eine Weisung an den Geschäftsführer per Gesellschafterbeschluss ausgeschlossen, die – etwa wegen Strafesetzwidrigkeit – (absolut) nichtig und nicht bloß anfechtbar iSd § 41 GmbHG sei.

<sup>22)</sup> Vgl *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 25.

<sup>23)</sup> Vgl *Gugerbauer*, EU-GesRÄG und kartellrechtliches Durchführungsverbot, GesRZ 1996, 220 (221 f).

<sup>24)</sup> §§ 82 ff GmbHG. Zur „Unbeachtlichkeit“ von Weisungen, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, OGH 3 Ob 287/02f; 6 Ob 171/15p.

<sup>25)</sup> RIS-Justiz RS0060037; RS0118354.

<sup>26)</sup> OGH 3 Ob 349/35 ZBl 1935/343; Ob III 194/25 Rsp 1925/76 (*Wahle*); 8 Ob 621/93; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>1</sup> (1983) 587 ff.

<sup>27)</sup> RIS-Justiz RS0074775; OGH 11 Os 114/95.

<sup>28)</sup> Siehe *J. Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, 229 (232 f, 236 ff).

dann hat der mit Stimmenmehrheit bestellte Versammlungsleiter keine Kompetenz, einen Beschluss festzustellen, sofern nicht alle anwesenden Gesellschafter ihm diese Kompetenz einstimmig einräumen.<sup>29)</sup> Mir ist bewusst, dass später der BGH<sup>30)</sup> die Wahl eines Vorsitzenden der GV auch ohne satzungsmäßige Grundlage mit einfacher Stimmenmehrheit zuließ.

Der OGH hatte noch 1997<sup>31)</sup> in diese zuerst genannte Richtung judiziert. Jetzt lässt der OGH in drei jüngeren Entscheidungen<sup>32)</sup> die Bestellung des Leiters der GV mit einfacher Stimmenmehrheit zu. Der so bestellte Vorsitzende habe dann auch Beschlussfeststellungskompetenz, mit der aus der Sicht des Minderheitsgesellschafters sehr unangenehmen Rechtsfolge, dass ein vom Vorsitzenden unrichtig festgestelltes Beschlussergebnis (wenn es richtig festgestellt ist, braucht sich niemand darüber beschweren) vorläufige Wirksamkeit habe.

Aus meiner Sicht trifft das dann zu, wenn der Gesellschaftsvertrag als Organisationsregel, als „Verbandsverfassung“<sup>33)</sup> einen Leiter der GV vorsieht. Wenn der Gesellschaftsvertrag den Vorsitzenden der GV hingegen nicht regelt, dann gibt es eben keine Organisationsvorschrift im GmbH-Recht, die dem Leiter der GV ein so weitgehendes Recht gibt, das natürlich höchst negative Konsequenzen aus Sicht jedes Gesellschafters hat, wenn der Vorsitzende der GV einen Beschluss zu Unrecht als gefasst oder als abgelehnt feststellt.

Übrigens: Auch bei der Feststellung des Beschlussergebnisses durch einen Vorsitzenden der GV müsste man bei evident missbräuchlicher Feststellung eines unrichtigen Beschlussergebnisses die Wirkung der sofortigen Wirksamkeit des krass rechtswidrig verkündeten Beschlusses wegen Rechtsmissbrauchs versagen, ähnlich wie in allen anderen Fällen rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung.<sup>34)</sup>

So sehr die Feststellung des Beschlussergebnisses durch einen Vorsitzenden der GV aus Sicht der Gerichte den „Charme“ hat, die prozessuale Einordnung des Beschlussergebnisses und die zu wählende Art des Klagebegehrens – Anfechtungsklage vs Feststellungsklage, dass ein bestimmter Beschluss zustande gekommen oder nicht zustande gekommen ist – leicht vornehmen zu können, ist es in meinen Augen unerträglich, wenn die einfache Gesellschaftermehrheit durch die (ad hoc) Wahl eines Vorsitzenden ein rechtswidriges Abstimmungsergebnis „herbeireden“ – also verkünden – lässt, etwa indem gesellschaftsvertragliche oder gesetzliche qualifizierte Beschlussmehrheiten oder ein gesetzlicher Stimmrechts-

<sup>29)</sup> OLG Frankfurt NZG 1999, 406; *Zöllner/Noack*, Geltendmachung von Beschlussmängeln im GmbH-Recht, ZGR 1989, 525 (528); *Noack*, Der Versammlungsleiter im GmbH-Recht, ZGR 2017, 792 (795f); für Beschluss mit qualifizierter satzungsändernder Mehrheit *Bochmann*, Statutarische Konfliktvorsorge in Hinblick auf das Verfahren der Gesellschafterversammlung, GmbHR 2017, 558 (567).

<sup>30)</sup> BGH II ZR 166/07 ZIP 2009, 2193; II ZR 169/07 ZIP 2009, 2195.

<sup>31)</sup> OGH 1 Ob 61/97w ecollex 1998, 404.

<sup>32)</sup> OGH 6 Ob 99/11v ecollex 2011/361, 926; 6 Ob 23/13w ecollex 2013/258, 638 = AnwBl 2013, 473 = GES 2013, 246 (*Fantur*); 6 Ob 38/18h GesRZ 2018, 303 (*Zimmermann*) = NZ 2018/103.

<sup>33)</sup> RIS-Justiz RS0108891.

<sup>34)</sup> RIS-Justiz RS0026265; ua OGH 1 Ob 384/97w; 7 Ob 284/01t; 1 Ob 121/19d; zum rechtsmissbräuchlichen Abruf einer Bankgarantie RIS-Justiz RS0018027; RS0017997; RS0018006; OGH 1 Ob 12/11p; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1295 Rz 61 ff.

ausschluss (§ 39 Abs 4 GmbHG) missachtet werden und auf diese Weise einen *fait accompli* schaffen, indem ein tatsächlich nicht gefasster, aber als gefasst verkündeter Gesellschafterbeschluss als wirksam zu behandeln ist und die übrigen Gesellschafter unter Zugzwang setzt, nämlich einen kostspieligen Anfechtungsprozess einleiten zu müssen. Dazu kommt noch, wenn Weisungs- oder Zustimmungsbeschlüsse von der Geschäftsführung sofort umgesetzt werden, Dritte auf diese Weise womöglich eine vertragliche Position erhalten, die auch durch nachfolgende erfolgreiche Anfechtung und Aufhebung des Gesellschafterbeschlusses nicht mehr beseitigt werden kann.<sup>35)</sup>

Darüber hinaus ergibt sich auch folgender praktischer Aspekt: Verkündet der Vorsitzende der GV ein unrichtiges Beschlussergebnis, muss der Minderheitsgesellschafter dann so „*viif*“ sein, dass er sofort in der GV Widerspruch zu Protokoll erklärt. Ich bin überzeugt: Wenn wir die Gesellschafter aller 190.000 GmbHs in Österreich befragen würden, um festzustellen, wie viele von ihnen wissen, dass sie als Klagevoraussetzung noch in der GV Widerspruch zu Protokoll erklären müssen, wäre das Resultat, dass weniger als 5% der Befragten über diese Anfechtungsvoraussetzung Bescheid wissen. Man kann natürlich sagen, jeder ist selber schuld, wenn er sich nicht informiert. Umgekehrt stuft das Konsumentenschutzgesetz mE die intellektuellen Fähigkeiten der Österreicher richtig ein. Sie können sich jetzt vorstellen, was ich meine. Hier im Gesellschaftsrecht wird mE ein überstrenger Maßstab an die intellektuellen Kapazitäten der Gesellschafter und an deren Sorgfalt angelegt und irgendwann wird es vielleicht noch Schadenersatzklagen gegen Vertragsverfasser geben, die die Gesellschafter nicht im Vorhinein aufgeklärt haben, dass sie, wenn sie sich in einer GV befinden, zur Wahrung ihrer Rechte sofort Widerspruch zu Protokoll erklären müssen.

Wir könnten nun im Rahmen dieses Vortrags durchspielen, wie man sich in der GV zu verhalten hat, wenn der Leiter der GV einen Beschluss zu Unrecht als gefasst oder abgelehnt feststellt, nämlich zumindest, dass man Widerspruch zu Protokoll erklärt, und den Versammlungsleiter nicht mit vorgehaltener Pistole zwingen darf, das Beschlussergebnis zu revidieren – wenngleich auch ein solches drastisches Verhalten wohl als Widerspruch zu werten wäre – weil dieses Verhalten zugleich als Nötigung oder gefährliche Drohung empfunden werden könnte. Und ich weiß nicht, ob die Strafrechtler sagen, diese Vorgangsweise sei aus einem gerechtfertigten Zweck erfolgt, weil der Vorsitzende das Beschlussergebnis ja falsch festgestellt hatte und die sofortige Revidierung ein kostspieliges Anfechtungsverfahren vermeidet. Gut, soweit meine – nicht ganz ernst gemeinte – Vorbemerkung. Dieser mein früherer Vortrag ist als Aufsatz in der GesRZ 2020, 229 ff nachzulesen.

<sup>35)</sup> Dieses Thema ist umstritten: s *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG* § 42 Rz 40 mwN; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG* § 42 Rz 11; *Bayer in Lutter/Hummelhoff, GmbHG*<sup>21</sup> (2023) Anh zu § 47 GmbHG Rz 87 mwN; *K. Schmidt, Scholz, GmbHG*<sup>12</sup> § 45 Rz 172.

## II. Zur Gesellschafterstruktur der GmbH und der AG in Österreich

Das zweite Thema ist die Struktur der Gesellschafter der GmbHs und der Aktionäre von Aktiengesellschaften in Österreich. Ich glaube, es ist wichtig, dass wir uns die Rechtstatsachen in Erinnerung rufen:

### A. GmbH

Ich hatte im Jahr 1992 eine empirische Untersuchung der GmbHs in Österreich<sup>36)</sup> unternommen. Diese umfasste auch deren Gesellschafterstruktur. Das Ergebnis lautete:

Fast 29% aller GmbHs sind Ein-Personen-Gesellschaften. Ich nehme an, dass der Anteil der Ein-Personen-Gesellschaften inzwischen noch zugenommen hat. Gesellschafterkonflikte kann es aber naturgemäß nur dann geben, wenn in der GmbH zwei oder mehr Gesellschafter vorhanden sind. Und hier zeigt die Statistik für die GmbH ein eindeutiges Bild: Bei der GmbH ist als Typus eine geringe Zahl von Gesellschaftern vorherrschend: Die GmbH

- mit **zwei** Gesellschaftern machen 34% aus,
- mit **drei** oder **vier** Gesellschaftern 30%,
- mit **fünf** bis **zehn** Gesellschafter 6%.
- mit **mehr als zehn Gesellschaftern** 1,2%.

Der Anteil der Gesellschaften, die mehr als zehn Gesellschafter besitzen, ist mit 1,2% sehr gering. Das bedeutet: Der Typus von GmbHs, der vorherrscht, ist die Gesellschaft mit wenigen oder sehr wenigen Gesellschaftern, nämlich mit einem oder zwei bis zehn Gesellschaftern. Das ist der typische Fall. Mehr Gesellschafter sind exotisch.

### B. Aktiengesellschaft

Bei der Rechtsform der Aktiengesellschaft ergab meine empirische Untersuchung im Jahr 2018<sup>37)</sup> folgendes: Hier ist der Anteil der Ein-Personen-Gesellschaften noch höher und beträgt 40%. Das ist erstaunlich viel; idR handelt es sich wohl um Konzern-Tochtergesellschaften. Zwei Aktionäre haben 7% der Aktiengesellschaften, also deutlich weniger als der entsprechende Anteil von 30% bei der GmbH. Drei bis fünf Aktionäre haben 18% aller AGs, sechs bis zehn Aktionäre 9% aller AGs. Aktiengesellschaften mit elf Aktionäre oder mehr machen immerhin 26% aller Aktiengesellschaften aus, also mehr als ein Viertel aller Aktiengesellschaften. Das erfordert dann auch andere Regelungsmechanismen und auch eine an Sachlichkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen orientierte andere Auslegung der vorhandenen Regelungen.

<sup>36)</sup> J. Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, FS Kastner (1992) 371 (375).

<sup>37)</sup> J. Reich-Rohrwig, Struktur der Aktiengesellschaften in Österreich I, ecolex 2018, 526 (527 f). Elsner/Hössl/U. Torggler, Die Satzungsstrenge: Leitbild und Realität der AG, GesRZ 2017, 78 (80 f).

### C. Schlussfolgerungen für die Gesetzesauslegung

Meine These ist: Die Auslegung von Gesetzen hat so zu erfolgen, dass sie in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle brauchbare Ergebnisse liefert. Es gibt eine Judikatur, die sagt, ein Gesellschaftsvertrag ist bei Unklarheiten so auszulegen, dass er brauchbare Ergebnisse liefert.<sup>38)</sup> Das unterschreibe ich, das ist sehr vernünftig. Irgendwie muss man es machen und iZw ist dem Vernünftigen der Vorzug zu geben, und nicht dem Unvernünftigen. Aber dasselbe gilt natürlich auch für Gesetze. Sie sind so auszulegen, dass sie in der großen Zahl der Anwendungsfälle brauchbare Ergebnisse liefern. Ganz in diese Richtung zielt auch die Judikatur des VfGH,<sup>39)</sup> wonach eine Verfassungswidrigkeit, wenn gegen das Sachlichkeitsgebot verstoßen wird, dann doch verneint wird, wenn es sich nur um seltene Einzelfälle handelt.

Auch die Gesetzesanwendung sollte derart erfolgen, dass sie bei der gegebenen Struktur von GmbHs und der Zahl ihrer Gesellschafter vernünftige Ergebnisse liefert und nicht von seltenen Einzelfällen ausgehend, die große Zahl der Fälle einer unverständlichen Regel oder einem unverständlichen oder sachwidrigen Auslegungsergebnis unterwirft:

Wenn bspw in einer aus wenigen Gesellschaftern bestehenden GmbH im Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, dass die GV nur beschlussfähig ist, wenn mehr als 50% des Stammkapitals anwesend oder vertreten sind, so besteht kein vernünftiger Grund, diese Regelung zu missachten und leer laufen zu lassen, wenn die zur GV erschienene Gesellschafterminderheit die Gunst der Stunde ausnützt und trotz Beschlussunfähigkeit Gesellschafterbeschlüsse fasst, die dann – im Vertrauen auf die Beschlussunfähigkeit der GV ferngebliebene – Gesellschafter nicht einmal anfechten können. Der OGH vertritt dazu nämlich die (mE verfehlt) Auffassung, dass eine Verletzung des Präsenzquorums bei einer GV lediglich zur Anfechtbarkeit der dort gefassten Beschlüsse führt<sup>40)</sup> und einem trotz gehöriger Ladung nicht erschienenen Gesellschafter die Aktivlegitimation zur Erhebung einer Anfechtungsklage fehle. Mag auch diese Auslegung mit dem Wortlaut des § 41 Abs 2 GmbHG im Einklang stehen, verstößt sie klar gegen die Intention und den Zweck der gesetzlichen Regelung, Beschlussfähigkeit der GV als Voraussetzung für die Gültigkeit von Beschlüssen vorzuschreiben. Fehlt es an der Beschlussfähigkeit, so fehlt der GV – wie diese Gesetzesregelung bei vernünftigem Verständnis leicht erkennen lässt – die Fähigkeit, gültige Beschlüsse zu fassen. Die in der beschlussunfähigen GV abgegebenen Stimmen sind dann mE eine unbeachtliche Willensäußerung einer Minderheit, also ein wirkungslo-

<sup>38)</sup> OGH 6 Ob 18/95 RdW 1996, 60; 2 Ob 138/08w ecolex 2009/18; zuletzt OGH 6 Ob 180/17i wbl 2018, 109; dasselbe gilt auch zB für Vereinsstatuten: OGH 6 Ob 647/85 EvBl 1986/132; Posch in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> § 6 Rz 47; OGH 2 Ob 138/08w ecolex 2009/18; 1 Ob 1/95 SZ 68/132.

<sup>39)</sup> VfSlg 19.031/2010; 19.763/2013; 20.092/2016.

<sup>40)</sup> OGH 6 Ob 515/88 RdW 1988, 290; 8 Ob 223/99v SZ 72/142; 6 Ob 59/13i wbl 2013, 658/239 = RWZ 2013, 333 (*Wenger*) = JAP 2013/2014, 100 (*Rauter*) = GES 2013, 454 = Jus-Extra OGH-Z 5481 = NZ 2013, 381 = AnwBl 2014, 96 = RdW 2013, 725 = ecolex 2014, 158 = GesRZ 2014, 126 (*Weigand*); heftig kritisierend: J. Reich-Rohrwig, GesRZ 2020, 229 (235).

ser Scheinbeschluss,<sup>41)</sup> der einer Anfechtung zwecks seiner Beseitigung gar nicht bedarf.

Selbst wenn man einen trotz Beschlussunfähigkeit gefassten Beschluss dennoch als existent und vorläufig wirksam betrachten wollte, müsste man die einschränkende Anfechtungsvoraussetzung des § 41 Abs 2 GmbHG teleologisch dahin reduzieren, sodass zumindest für gehörig geladene Gesellschafter die Anfechtungsvoraussetzung, dass sie zur GV erscheinen und Widerspruch zu Protokoll erklären, entfällt.

Bei Personengesellschaften wäre der geschilderte Fall, wenn trotz Beschlussunfähigkeit der GV ein Beschluss gefasst wird, ein klarer Fall der Unwirksamkeit des dennoch gefassten Beschlusses.<sup>42)</sup> Und warum sollte dies bei einer strukturgleichen GmbH nicht genauso sein?

Sind etwa jene Gesellschafter, die das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag brechen und trotz Beschlussunfähigkeit der GV einen Beschluss fassen, schutzwürdiger als gesetztestreue Gesellschafter, die – zulässigerweise – der GV ferngeblieben sind und die sich nicht über die gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Regelung der Beschlussfähigkeit hinwegsetzen? Die Gesetzesmaterialien<sup>43)</sup> sind zu dieser Frage in sich widersprüchlich, weil zwar das Erscheinen des ordnungsgemäß geladenen Gesellschafters zur GV und dessen Widerspruch zu Protokoll zur Anfechtungsvoraussetzung gemacht wird, andererseits klar ausgesprochen wird, dass eine beschlussunfähige GV neuerlich einzuberufen ist, Beschlüsse also gerade nicht gefasst werden können.

Zu den bei der Gesetzes-/Satzungsauslegung zu berücksichtigenden Umständen gehört mE auch die Struktur der Gesellschaften. So wird bisher schon etwa auch darauf Rücksicht genommen, ob es sich um eine personalistische Gesellschaft handelt oder nicht.<sup>44)</sup> Die personalistische Ausrichtung einer GmbH steigert nämlich die Intensität der zwischen den Gesellschaftern einzuhaltenden Treuepflichten.<sup>45)</sup>

Wenngleich der Gesetzgeber Anfang des 20. Jahrhunderts die tatsächlich vorherrschende Gesellschafterstruktur in GmbHs richtig prognostizierte – nämlich als sachkundigen und innig verbundenen Kreis der Gesellschafter, die häufig

<sup>41)</sup> Vgl zum Scheinbeschluss OGH 6 Ob 575/77 SZ 50/51; 1 Ob 573/85 SZ 58/88; 7 Ob 284/98k ecolex 1999, 401; 8 Ob A 32/08a GesRZ 2008, 376; 7 Ob 143/10w GesRZ 2011, 235.

<sup>42)</sup> OGH 3 Ob 839/54 SZ 28/48; U. Torggler/H. Torggler in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 119 Rz 30; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II<sup>4</sup> (1993) 174; vgl auch OGH 8 Ob 577/83 SZ 57/203; *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 2/453; *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 30; *Appl in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), WK UGB I<sup>4</sup> (inkl 107. Lfg 2024) § 119 Rz 90; *Artmann/Haglmüller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1192 Rz 39.

<sup>43)</sup> HH-Bericht 272 Blg stProt XVII. Sess (1905) 10 und 11.

<sup>44)</sup> OGH 6 Ob 202/10i GES 2011,434 = ecolex 2012, 146 = JAP 2011/2012, 158 (*Rauter*) = RWZ 2012, 140 (*Wenger*) = RdW 2012, 278 = NZ 2012, 155 = GesRZ 2012, 259 (*Thiery*) = AnwBl 2012, 574 = SZ 2011/125; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 9; vgl auch C. *Appl in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 48, 52.

<sup>45)</sup> OGH 5 Ob 626/88 JBl 1989, 253 = NZ 1990, 35; 2 Ob 46/97x; 6 Ob 37/08x ecolex 2008/270.

auch in der Geschäftsführung tätig sind<sup>46)</sup> –, hat der Gesetzgeber das völlig neu konzipierte, noch nicht erprobte Anfechtungsrecht des neuen deutschen HGB zum Aktienrecht übernommen, ein Anfechtungsrecht, das für eine anders strukturierte Rechtsform konzipiert war<sup>47)</sup> und seither – nicht ohne Grund – mehrfach geändert wurde. Zudem stand bei Erlassung des GmbHG im Jahre 1906 noch im Vordergrund, dass die GmbH ein „Zweckvermögen“ oder eine „Kapitalassoziation“ darstelle.<sup>48)</sup> Wie sehr die Schaffung dieser neuen Rechtsform „noch in den Kinderschuhen steckt“, zeigt sich daran, dass die Gesetzesmaterialien selbst einbekennen, dass „durch Ausstattung der GmbH mit Rechtspersönlichkeit der wissenschaftlichen Entwicklung des Begriffs der juristischen Person keine Schranken gezogen werden“ sollen.<sup>49)</sup> Man kann das auch als Aufforderung an die Juristen und letztlich an die Gerichte verstehen, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zur Rechtsentwicklung oder Rechtsfortbildung beizutragen.

Tatsächlich stand der Gesetzgeber des Jahres 1906 also am Beginn der Rechtsentwicklung des Korporationsrechts und eines unerprobten Rechtsinstruments, der „Nichtigkeitsklage“. Und das „Zweckvermögen“ ist bei der äußerst niedrigen Mindestkapitalausstattung von € 10.000,– kein charakteristisches Strukturmerkmal; vielmehr tritt es in seiner Bedeutung im Vergleich zu den regelmäßig wesentlich wichtigeren persönlichen Leistungen – der Mitarbeit der Gesellschafter – in den Hintergrund. Nach ihrem Typus, nach ihrer hauptsächlichen Erscheinungsform in der Praxis, ist die GmbH eine dem Typus von Personengesellschaften entsprechende Gesellschaftsform, nur mit allseitig beschränkter Gesellschafterhaftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft. Das sollte den Rechtsanwender dazu veranlassen, das unzureichende gesetzgeberische Konzept der GmbH-Nichtigkeitsklage stetig daraufhin zu prüfen, ob es die in der Praxis auftretenden Problemlagen sachgerecht zu bewältigen vermag, ggf auch gem § 7 ABGB zu adaptieren. Das kann zB – gerade im Anfechtungsrecht – eine berichtigende, ggf teleologisch einschränkende, Gesetzesauslegung nahelegen. In anderem Zusammenhang können aber auch im GmbHG nicht ausdrücklich geregelte Rechtsbehelfe, die erst später allgemein entwickelt wurden, etwa eine Unterlassungsklage bei kompetenzwidrigem Handeln der Geschäftsführer und deren Sicherung durch Einstweilige Verfügung<sup>50)</sup> oder vorbeugende Unterlassungsklagen gegen gesetz- oder vertragswidrig vorgehende Gesellschafter<sup>51)</sup> zuzulassen sein.

Dem historischen Gesetzgeber war auch die – nach heutigem Stand der Rsp gegebene – Machtfülle der Gesellschafter nicht bewusst: So erwähnen das

<sup>46)</sup> Siehe unter FN 111.

<sup>47)</sup> Siehe FN 16.

<sup>48)</sup> So etwa die ErlRV 236 Blg stProt HH XVII. Sess (1904) 49, 52f.

<sup>49)</sup> So ErlRV Blg stProt HH XVII. Sess (1904) 53.

<sup>50)</sup> So etwa zur GmbH & Co KG: OGH 1 Ob 192/08d ecolex 2009/187; zur actio pro socio im GmbH-Recht: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 51 und § 48 Rz 3; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002) 244f; *Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>3</sup> (2021) § 225a AktG Rz 108; *Rastegar*, Die Gesellschafterklage in der GmbH (2020); *Adensamer*, Ausgewählte Fragen zur Gesellschafterklage im GmbH-Recht, GesRZ 2021, 267.

<sup>51)</sup> Siehe dazu unten bei FN 104.