

EDITORIAL



Lukas Fantur

Zur Behandlung von Stimmabgaben, die entgegen einem Stimmverbot erfolgt sind

Die Auffassung, stimmverbotswidrige Stimmen eines GmbH-Gesellschafters seien vorläufig als gültig zu behandeln, ist mE unvertretbar. Eine Zusammenschau mit dem Wettbewerbsverbot für Geschäftsführer und den daraus resultierenden Ansprüchen der GmbH macht dies deutlich.

§ 39 Abs 4 GmbHG normiert Stimmverbote für Gesellschafter. Die Frage, wie Stimmen, die von einem Gesellschafter trotz dieses gesetzlichen Stimmverbotes abgegeben werden zu behandeln sind, gehört in der Praxis zu den häufigsten im **Gesellschafterstreit** auftauchenden Fragen. Verschärft wird das Problem dadurch, dass Beschlussfeststellungen durch einen legitimierten Vorsitzenden vorläufige Wirkung haben – selbst dann, wenn das Beschlussergebnis unrichtig festgestellt wird.¹

Judikaturentwicklung

Ursprünglich ging der OGH davon aus, dass eine vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter abgegebene Stimme grundsätzlich als gültig zu behandeln sei und die Nichtigkeit eines solchen Beschlusses nur im Wege der Beschlussanfechtungsklage ausgesprochen werden könne (so noch OGH SZ 58/88). Diese Entscheidung SZ 58/88 wurde in der 5. Auflage von *Kostner/Umfahrer*, GmbH,

zustimmend zitiert,² was in diesem Beitrag noch von Bedeutung sein wird.

Von dieser Rechtsprechung wich der OGH in der Folge ab. In der Entscheidung 4 Ob 7/92 sprach er aus, dass es der Stimmrechtsausschluss eines Gesellschafters mit sich bringe, dass der Beschluss mit der Mehrheit der übrigen an der Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter gefasst werden kann und derartig gefasste Beschlüsse nicht zu beanstanden sind. Diese (neue) Judikatur des OGH wurde mit einer weiteren Entscheidung bestätigt (9 ObA 358/98g).

Mit der weiteren Entscheidung vom 6.4.2006, 6 Ob 53/06x erfolgte ein unerwarteter Rückschritt. Der OGH führte in dieser Entscheidung wieder im Sinne seiner alten Rechtsprechung aus, dass die Stimme des ausgeschlossenen Gesellschafters vorläufig als gültig zu behandeln sei. Dabei unterlief dem erkennenden Senat allerdings ein Irrtum: Der 6. Senat des OGH übersah schlichtweg die inzwischen bereits ergangenen gegenteiligen Entscheidungen 4 Ob 7/92 und 9 ObA 358/98g. Das zeigt sich daran, dass der OGH diese beiden einschlägigen Entscheidungen nicht einmal zitierte. Der 6. Senat berief sich lediglich auf seine ursprüngliche, bereits aufgegebenen Entscheidung SZ 58/88. Zusätzlich berief sich der 6. Senat auf die eingangs erwähnte 5. Auflage von *Kostner/Umfahrer*. Diese

1 RIS-Justiz RS0059839; *Fantur*, Zur Leitung der Generalversammlung, insbesondere durch Geschäftsführer in: FS Krejci (2001), Bd I 581, 583; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998), 144 ff; OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92 = *ecolex* 1993, 387; OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w = *ecolex* 1993, 387;

12.02.1998, 6 Ob 203/97i, wbl 1998, 26; OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92, *ecolex* 1993, 387; OGH 24.03.1992, 5 Ob 523/524/91, JBl 1992, 597 (598).

2 AaO Rz 473.

Auflage war damals jedoch bereits überholt. Erwähnt bzw. behandelt wird dort nur die Altentscheidung SZ 58/88. Die neue, entgegenstehende Judikatur war in dieser Stelle noch nicht berücksichtigt.

In meiner Anmerkung zur Entscheidung 6 Ob 53/06x habe ich auf den Widerspruch dieser Entscheidung zur bereits gefestigt erscheinenden neuen Judikaturlinie des OGH hingewiesen.³

Betrachtet man die im RIS veröffentlichten Rechtssätze des OGH,⁴ so scheint es auf dem ersten Blick, als würde das Höchstgericht nach wie vor die Auffassung vertreten, stimmverbotswidrige Stimmabgaben seien vorläufig wirksam; zur Beseitigung bedürfe es erst der Beschlussanfechtungsklage. Auch in der Literatur wird die Rechtsprechung des OGH zum Teil in diesem Sinn referiert.⁵

Eine genaue Analyse der neuen höchstgerichtlichen Entscheidungen 6 Ob 88/13d und 6 Ob 213/16s zeigt allerdings, dass stimmverbotswidrige Stimmabgaben nach Ansicht des OGH **grundsätzlich nicht mitzuberechnen** sind. Nur wenn sie von einem Vorsitzenden dennoch mitgezählt werden, sind die verbotswidrigen Stimmen demnach vorläufig gültig, sonst nicht. Beide Entscheidungen ergingen zu Sachverhalten, in denen es in der Generalversammlung einen Vorsitzenden gab, der die stimmverbotswidrige Stimme mitzählte. Aus den Ausführungen des OGH, die sich daher auf Sachverhalte mit Beschlussfeststellungen durch Vorsitzende beziehen, ergibt sich e contrario, dass **stimmverbotswidrige Stimmen grundsätzlich nicht mitzuzählen sind**.

In 6 Ob 88/13d führt der OGH wörtlich aus (**fette** Hervorhebungen durch mich):

„Hat ein vom Stimmrecht ausgeschlossener Gesellschafter an einer Beschlussfassung in der Generalversammlung der Gesellschaft mitgewirkt und wurde dessen Stimme bei der Beschlussfassung mitberücksichtigt, ist die Stimmabgabe nicht ungültig, sondern liegt ein anfechtbarer Beschluss vor.“

In 6 Ob 213/16s führt der OGH wörtlich aus:

„Nach ständiger Rechtsprechung liegt, wenn ein vom Stimmrecht ausgeschlossener Gesellschafter an einer Beschlussfassung in der Generalversammlung der Ge-

sellschaft mitwirkt und dessen Stimme bei der Beschlussfassung mitberücksichtigt wurde, ein anfechtbarer Beschluss vor.“

Dass der OGH seine oben zitierten Ausführungen nicht allgemein verstanden haben will, sondern nur dann, wenn es einen Vorsitzenden gab, der die stimmverbotswidrige Stimmabgabe zu Unrecht berücksichtigt, ergibt sich also aus der von ihm gewählten Formulierung. **Eine Stimme „mitberücksichtigten“ kann nun einmal nur ein Vorsitzender.** Gibt es keinen Vorsitzenden, wird weder etwas „mitberücksichtigt“ noch „nicht mitberücksichtigt“. Die Stimmabgaben stehen diesfalls ohne jegliche Beschlussfeststellung im Raum. Was beschlossen wurde, ist in einem solchen Fall nicht mit Beschlussanfechtungsklage, sondern mit Feststellungsklage zu klären.⁶ Logischerweise darf das Gericht, das über die Feststellungsklage abspricht, die stimmverbotswidrigen Stimmen nicht werten. Andernfalls wäre das Stimmverbot der § 39 Abs 4 GmbHG keine gesetzliche Anordnung, sondern bloß unverbindliche Empfehlung.

Wenn daher in der Literatur diese Judikatur dahingehend referiert wird, dass die Stimmen eines vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafters bei der Abstimmung zu berücksichtigen sein, so ist dies mE schlichtweg eine unrichtige Interpretation dieser OGH-Judikatur. Dem OGH wird eine Rechtsauffassung zugeordnet, die er mE nicht vertritt. Dies mit der Auswirkung, dass man sich als Praktiker im Gesellschafterstreit bislang zuweilen auf eine vermeintliche Judikatur berufen kann, die es nicht gibt, ohne dass dies erkannt wurde. Dieser aus meiner Sicht Judikatur-„Legende“ wird hiermit entgegengetreten.

Schrifttum

Die Meinungen im Schrifttum zur Behandlung stimmverbotswidrig abgegebener Stimmen sind unterschiedlich. Die wohl hL ist wohl der Ansicht, dass stimmverbotswidrig abgegebene Stimmen bei der Stimmauszählung nicht mitzuzählen sind.⁷ Doch auch die Gegenauffassung wird vertreten, insbesondere von *Enzinger*.⁸ Dieser meint, ein Vorsitzender sei nicht einmal dann befugt, einen Gesellschafter von der Abstimmung auszuschließen, wenn das

3 *Fantur*, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 53/06x, GES 2006, 255.

4 RS0059834; RS0060117.

5 *R. Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer GmbHG* (2017); ebenso *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 1011.

6 6 Ob 130/05v; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 44.

7 *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 1024; *Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler* in *U. Torggler GmbHG* § 39 Rz 15, 39; *Koppensteiner/Rüffler GmbHG* § 39 Rz 47; *Koppensteiner*, Zum sachlichen Anwendungsbereich der Stimmverbote nach § 39 Abs 4 GmbHG, wbl 2013, 61 (62); *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*,

WK GmbHG § 39 Rz 44, 91; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 39 Rz 9, §§ 41, 42 Rz 112; *Fantur* in *FS Koppensteiner*, 83 (88); *Karsten Schmidt* in *Scholz GmbHG* § 45 Rz 98, § 48 Rz 52; § 39 Rz 6; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 146 ff; *Nowotny* in *Kalss/Doralt/Nowotny Gesellschaftsrecht* Rz 4/293.

8 *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter* WK GmbHG § 39 Rz 13. Ebenso *R. Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (FAH)*, GmbHG § 39 Rz 89 unter Berufung auf mE unrichtig interpretierte Judikatur des OGH – siehe dazu soeben oben in diesem Beitrag.

Stimmverbot evident sei. Das steht freilich im unauflösbaren Widerspruch zur von *Enzinger* an anderer Stelle vertretenen (und mE auch zutreffenden) Ansicht, wonach die Nichtbeachtung eines Stimmverbots ein Hauptanwendungsfall des § 879 ABGB und die Stimmabgabe somit nichtig ist.⁹

Eigene Meinung: Die Lösung ergibt sich aus §§ 24 iVm 35 GmbHG

Die Sichtweise, verbotswidrige Stimmen seien zunächst mitzuberücksichtigen, ist nach meiner Auffassung mit den sonstigen Wertungen des GmbHG, namentlich den Bestimmungen des § 24 GmbHG und des § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG unvereinbar. Nach letzterer Bestimmung bedarf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen einen Gesellschafter oder einen Geschäftsführer eines vorherigen Beschlusses einer Generalversammlung.

Im Fall von Wettbewerbsverletzungen hat die Generalversammlung zusätzlich noch aus den unterschiedlichen Rechtsfolgen, die § 24 Abs 3 GmbHG anbietet, auszuwählen (entweder Schadenersatz oder Verlangen, dass die Berechnung des im Geschäftsjahr gemachten Geschäfts als für ihre eigene Rechnung geschlossen angesehen werden oder Herausgabe oder Abtretung der Ansprüche auf Vergütung). Dieses Wahlrecht muss mit Gesellschafterbeschluss ausgeübt werden.¹⁰ Gemäß § 24 Abs 4 GmbHG erlöschen die Ansprüche der GmbH bereits 3 Monate, nachdem sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrates oder der übrigen Geschäftsführer von der Wettbewerbsverletzung Kenntnis erlangen.

Wollte man der Ansicht, verbotswidrige Stimmen seien vorläufig mitzuberücksichtigen, folgen, könnte ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der sein Wettbewerbsverbot verletzt, die Ansprüche der GmbH gegen ihn ganz einfach dadurch vereiteln, dass er bei der Beschlussfassung über die Geltendmachung der Ersatzansprüche in diesem Zusammenhang trotz Stimmverbots seine Stimme abgibt und dagegen stimmt. Die übrigen Gesellschafter müssten zunächst eine Beschlussanfechtungsklage gegen die Gesellschaft einbringen. Doch schon auf Grund der zivilprozessual zwingenden Fristen – 4 Wochen für Klagebeantwortung (§ 230 Abs 1 ZPO), 3 Wochen Vorlauffrist für die erste Gerichtsverhandlung (§ 257 Abs 1 ZPO), 4 Wochen für Urteilsausfertigung¹¹ (§ 414 Abs 3 ZPO), 4 Wo-

chen für Berufung, 4 Wochen für Berufungsbeantwortung) ist klar, dass der vom GmbHG gemäß § 24 GmbHG ausdrücklich angeordnete Anspruch der GmbH gemäß § 24 Abs 3 GmbHG (Präklusionsfrist: 3 Monate) bei dieser Sichtweise präkludieren muss. Denn innerhalb dieser Präklusionsfrist ist eine Klagserhebung der GmbH gegen den Geschäftsführer schon von Gesetz wegen erst gar nicht möglich, wenn der dem Stimmverbot unterliegende Gesellschafter-Geschäftsführer trotz Stimmverbot gegen die Geltendmachung stimmt.

Gegen einen Vorsitzenden, der verbotswidrige Stimmen mitzählt, hat die Gesellschaft allenfalls noch einen Schadenersatzanspruch.¹² Aber selbst das ist kein gleichwertiges Korrelat für den Anspruch der GmbH nach § 24 Abs 3 gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer. Und auch die Minderheitenklage gemäß § 48 GmbHG ist keine adäquate Alternative. Das ergibt sich schon daraus ergibt, dass diese Klage nicht allen Gesellschaftern zusteht, sondern bloß einer Gesellschafterminderheit, die mindestens 10% Beteiligungsquote auf sich vereinigt.

Gibt es also keinen Vorsitzenden und folgt man der Auffassung, stimmverbotswidrige Stimmen wären vorläufig mitzuzählen, wird der Anspruch der GmbH gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 24 Abs 3 GmbHG durch die Stimmberechnung zwangsweise vereitelt. Ein absurdes Ergebnis, das mit den klaren gesetzlichen Anordnungen des § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG und § 24 GmbHG unvereinbar ist. Dem Gesetzgeber kann nicht zugesehen werden, er habe zwar eine der Anspruchsverfolgung vorhergehende Beschlussfassung und ein ausdrückliches gesetzliches Stimmverbot der betroffenen Gesellschafter normiert, nehme jedoch gleichzeitig in Kauf, dass entgegen seinem Verbot abgegebene Stimmen dazu führen, dass Ansprüche der Gesellschaft wegen Präklusion regelmäßig nicht durchgesetzt werden können!

Gibt es daher in der Generalversammlung keinen Vorsitzenden, dann kommt der Beschluss so zustande, wie es bei materiell richtiger Berücksichtigung der Stimmen und damit dem rechtsrichtigen Abstimmungsergebnis entspricht. Nimmt also ein Gesellschafter an einer Generalversammlung ohne Vorsitzenden trotz Vorliegens eines ihn treffenden Stimmverbotes an der Abstimmung teil, ist seine Stimmabgabe nach der bereits erwähnten hA¹³ und richtig zu interpretierenden Rspr¹⁴ rechtlich unbeachtlich. Die Auffassung, eine in einer Generalversammlung ohne Vor-

⁹ *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 44.

¹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 24 Rz 14; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 24 Rz 34; *Temmel* in *Gruber/Harrer* GmbHG § 24 Rz 36 („Es liegt an den Gesellschaftern, zwischen Schadenersatz und Eintrittsrecht zu wählen“).

¹¹ Diese Frist wird in der Praxis ohnehin in den allerwenigsten Fällen eingehalten.

¹² *Noack*, Der Versammlungsleiter im GmbH-Recht, GmbHR 2017, 792 ff.

¹³ Nachweise oben bei FN 7.

¹⁴ 6 Ob 88/13d, 6 Ob 213/16s – vgl. oben.

sitzenden trotz gesetzlichen Stimmverbots abgegebene Stimme sei vorläufig wirksam, erscheint angesichts der Bestimmung des § 879 ABGB, die für gesetzeswidrige Rechts-

geschäfte die Nichtigkeit vorsieht, geradezu befremdlich. Dasselbe gilt für die Ansicht, ein Vorsitzender müsse oder dürfe solche Stimmen mitzählen.

Ergebnis

1. Die Auffassung, stimmverbotswidrige Stimmen eines Gesellschafters seien vorläufig als gültig zu behandeln, ist aus meiner Sicht unvertretbar.
2. Gibt es keinen Vorsitzenden, ist eine stimmverbotswidrig abgegebene Stimme daher unwirksam.
3. Gibt es einen Vorsitzenden, darf der stimmverbotswidrige Stimmen daher nicht mitzählen.
4. Nur – und nur dann – wenn ein (legitimierter) Vorsitzender bei der Beschluss-

feststellung stimmverbotswidrige Stimmen mitzählt, sind diese vorläufig wirksam. Dieses Ergebnis entspricht mE auch der (richtig gelesenen) Judikatur des OGH und der wohl [hJ](#). Anmerkung: Ob dies ausnahmslos zutrifft oder ob die Beschlussfeststellung im Fall einer rechtsmissbräuchlichen Vorsitzführung auch absolut nichtig sein kann, sodass Punkt 2. zur Anwendung kommt, bleibt in diesem Beitrag unerörtert.