

## EDITORIAL

---



Lukas Fantur

### Prozessuale Umgehung der gerichtlichen Nachprüfung einer Geschäftsführer-Abberufung

<https://doi.org/10.33196/ges202306025701>

Für die Abberufung eines Geschäftsführers gegen seinen Willen sind zwei Wege denkbar: Die Abberufung mit Gesellschafterbeschluss oder mit Abberufungsklage.

Bei der Klage auf Abberufung eines Fremdgeschäftsführers sind die Gesellschafter, die nicht für die Abberufung gestimmt haben, auf Zustimmung zu klagen. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 16 Abs 2 Satz 3 GmbHG). Abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen sind direkt auf Abberufung zu klagen. Aber auch hier ist nach h.A. eine zusätzliche Zustimmungsklage gegen die Gesellschafter nötig, die die Abberufungsklage nicht unterstützen.<sup>1</sup>

An sich gilt der Grundsatz der jederzeitigen freien Abberufung. Die Abberufung bedarf also prinzipiell keiner Begründung. Die freie Abberufbarkeit findet aber dort ihre Grenze, wo sie rechtsmissbräuchlich erfolgt bzw wenn mit der Abberufung gesellschaftsfremde, für die Gesellschaft nachteilige Eigeninteressen des Gesellschafters verfolgt werden.<sup>2</sup> Solche Konstellationen gibt es in der Tat. Ein Praxisbeispiel: Ein Geschäftsführer, der selbst auch Gesellschafter ist, deckt Malversationen eines anderen Gesellschafters auf. Er macht gegen diesen Ansprüche wegen verbotener Einlagenrückgewähr geltend. Damit wird er diesem Gesellschafter unbequem. Der von den Rückforderungsansprüchen betroffene Gesellschafter

will den Gesellschafter-Geschäftsführer loswerden. Ein zweiter Gesellschafter ist bereit, ihn dabei zu unterstützen. Gemeinsam hätten sie auch die Stimmenmehrheit. Im Fall eines Abberufungsbeschlusses müssen die beiden mit einer Beschlussanfechtung durch die Gesellschafter-Minderheit rechnen. In einer Konstellation wie dieser stehen die Chancen, dass der Abberufungsbeschluss vom Gericht wieder aufgehoben wird, gut. Denn die Abberufung des Geschäftsführers wäre offenkundig nicht im Interesse der Gesellschaft.

Deshalb gehen die beiden Gesellschafter, die gemeinsam die Stimmenmehrheit für den Abberufungsbeschluss hätten, anders vor: Anstatt einen Abberufungsbeschluss zu fassen, bringt einer der beiden gegen den unbequemen Gesellschafter-Geschäftsführer eine Klage auf Abberufung ein. Alle übrigen Gesellschafter – auch der andere der beiden vorhin erwähnten – werden auf Zustimmung geklagt. In heimlicher Absprache mit dem Kläger unterlässt es dieser jedoch, eine Klagebeantwortung zu erstaten und lässt ein Versäumungsurteil über sich ergehen. Mit dessen Rechtskraft gilt seine Zustimmung zur Abberufung als erteilt (§ 367 EO).

Somit liegt zwischen den beiden Gesellschaftern, die gemeinsam die Stimmenmehrheit haben, also ein rechtskräftiges Urteil vor, das die Stimmrechtsausübung der beiden für einen Abberufungsbeschluss „hoheitlich“ legitimiert. Jetzt erst berufen die beiden die Generalver-

---

1 Vgl Ratka in *Straube/Ratka/Rauter GmbHG* 121. Lfg § 16 Rz 40 mwN.

2 Zum Ganzen Ratka aaO Rz 12.

sammlung ein. Dort stimmen sie unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Versäumungsurteil für die Abberufung.

Eine Anfechtung dieses Mehrheitsbeschlusses durch die übrigen Gesellschafter wäre – sofern das konspirative Zusammenwirken der beiden nicht bewiesen werden kann – chancenlos: Das folgt aus der kürzlich ergangenen OGH-Entscheidung, wonach die Missachtung einer Gerichtsentscheidung darüber, wie ein Stimmrecht auszuüben ist, sittenwidrig ist, wenn die Entscheidung den abstimmenden Gesellschaftern bekannt ist.<sup>3</sup> Dann kann aber umgekehrt die Ausübung des Stimmrechts durch einen Gesellschafter im Sinne eines ihn rechtskräftig bindenden Versäumungsurteils nicht zu einer Anfechtbarkeit führen.<sup>4</sup> Die an sich vorgesehene gerichtliche Nachprüfung des Abberufungsbeschlusses wäre auf diese Weise ausgehebelt. Das anhängige Verfahren über die Abberufungsklage samt Zustimmung der übrigen Gesellschafter hätte keine Bedeutung mehr. Einzige Ausnahme wäre wohl der Fall, in dem die Anfechtungskläger ein konspiratives Zusammenwirken der Gesellschaftermehrheit beweisen können, was selten der Fall sein wird.

Ob diese Umgehung „funktionieren“ kann hängt davon ab, ob ein Versäumungsurteil nur gegen einen der beklagten Gesellschafter überhaupt möglich ist – ob also die auf Zustimmung beklagten Gesellschafter eine einheitliche Streitpartei im Sinne des § 14 ZPO bilden. Bejaht man dies, wirkt die Klagebeantwortung eines der übrigen Gesellschafter auch für alle anderen, sodass es kein Versäumungsurteil gegen einzelne säumige Gesellschafter geben kann und der einzelne auf Zustimmung beklagte Gesellschafter seinen Anspruch daher weder wirksam anerkennen noch sich vergleichen kann.<sup>5</sup> Wird dennoch ein Versäumungsurteil erlassen, kann es auch von den anderen Gesellschaftern bekämpft werden.

§ 16 GmbHG, der die gerichtliche Abberufung regelt, verweist auf das Personengesellschaftsrecht und erklärt die Bestimmungen der §§ 117, 127 UGB für anwendbar. In der dortigen Literatur<sup>6</sup> wird für die mit Zustimmungsklagen gegen die übrigen Gesellschafter verbundene Klage auf Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis vertreten, dass die beklagten Gesellschafter

*keine* einheitliche Streitpartei bilden würden. Als Konsequenz wäre die oben dargestellte Vorgangsweise der „konspirativ“ zusammenwirkenden Mehrheitsgesellschafter möglich. Dem steht allerdings eine Entscheidung eines verstärkten Senates des OGH<sup>7</sup> entgegen. Demnach bilden die auf Duldung der Klagsführung mitbeklagten Gesellschafter gemeinsam mit dem Entziehungs- bzw. Ausschließungsbeklagten vor dem Hintergrund eines einheitlichen Streitgegenstandes eine notwendige Streitgenossenschaft. Diese besteht nach dem verstärkten Senat nicht nur auf der Aktiv-, sondern auch auf der Passivseite.

Was der verstärkte Senat für die Personengesellschaft aussprach, wurde nun auch vom OLG Wien in einer aktuellen Entscheidung für die GmbH bestätigt.<sup>8</sup> Obwohl sich das Versäumungsurteil gar nicht gegen den auf Abberufung beklagten Gesellschafter-Geschäftsführer richtete, hatte die von ihm erhobene Berufung mit der Begründung, dass eine einheitliche Streitpartei vorliegt, Erfolg.

Daraus folgt: Die gerichtliche Nachprüfung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers kann richtigerweise nicht dadurch umgangen werden kann, dass sich einer von mehreren Gesellschaftern, die die Abberufung unterstützten, „pro forma“ auf Zustimmung zur Abberufung klagen lässt, um dann ein Versäumungsurteil gegen sich ergehen zu lassen. Ein Zusammenwirken der betreffenden Gesellschafter muss nicht behauptet oder gar bewiesen werden. Das Gericht darf in einem solchen Fall kein Versäumungsurteil gegen einen einzelnen der beklagten Gesellschafter erlassen, weil alle beklagten Gesellschafter eine einheitliche Streitpartei bilden. Ergeht dennoch ein Versäumungsurteil, kann es auch von allen übrigen beklagten Gesellschaftern mit Berufung erfolgreich bekämpft werden.

Dennoch steht für den Bereich der GmbH eine endgültige höchstgerichtliche Klärung noch aus. Das OLG Wien ließ den ordentliche Revisionsrekurs zu, von dem der Abberufungskläger im Anlassfall jedoch nicht mehr Gebrauch machte.

Die erwähnte Entscheidung des OLG Wien bringen wir im nächsten Heft der GES (Ausgabe 7/2023).

3 OGH 27.06.2019, 6 Ob 90/19g = GES 2019, 367, ErwGr 2.2; OGH 22.06.2022, 6 Ob 92/22f ErwGr 6.

4 OGH 31.01.2013, 6 Ob 100/12t ErwGr 4 = GES 2013, 128

5 *Fucik in Rechberger/Klicka ZPO*<sup>5</sup> § 14 Rz 6 mwN.

6 *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter UGB I*<sup>4</sup> 91. Lfg § 117 Rz 54.

7 OGH 27.04.2001, 1 Ob 40/01s (Verst. Senat) ErwGr 3.2.

8 OLG Wien 17.07.2023, 33 R 69/23v. Der Verfasser war am Verfahren als Vertreter des beklagten Gesellschafter-Geschäftsführers und eines weiteren Minderheitsgesellschafters beteiligt.