

wenn der Unternehmer **erklärt** oder aus den Umständen **eindeutig zu erkennen** ist, dass dieser die **Leistung nicht erbringen** wird.

#### 4.2. Vertragliche Garantien

Die Sonderbestimmungen über **vertragliche Garantien** finden sich künftig in § 9a KSchG nF. Der Regelungsgehalt des bisherigen § 9a KSchG entspricht § 8 VGG. Der bisherige § 9b KSchG entfällt.

In § 9a Abs 1 KSchG nF wird klargestellt, dass der Garant an die **Zusagen der Garantieerklärung** und den Garantiehalt, der in **Werbungen bekannt gemacht** wird, gebunden ist. Unterschreiten die Zusagen in der Garantieerklärung jene aus der Werbung, so gilt der **Inhalt der Werbung**, sofern diese nicht vor Vertragsschluss in gleich wahrnehmbarer Weise berichtet wurde.

Bei **Herstellergarantien** hat der Verbraucher nicht nur einen Anspruch auf monetäre Kompensation, sondern zwingend einen

unmittelbaren **Anspruch gegen den Hersteller auf Verbesserung oder Austausch** der Sache (§ 9a Abs 2 KSchG nF).

§ 9a Abs 3 KSchG nF enthält Vorgaben für die **Form und den Inhalt der Garantieerklärung**. Ein Verstoß führt jedoch nicht zur Unverbindlichkeit der Garantie, sondern zur schadenersatzrechtlichen Haftung des Garanten für den daraus resultierenden Schaden.



#### Der Autor:

Mag. Uwe Neumayr ist Universitätsassistent im Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.

✉ uwe.neumayr@plus.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Neumayr/Uwe

Foto: privat

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser/Dr. Thomas Zivny, LL.M.<sup>1</sup> • Wien

## Der vergessene § 30c GmbHG und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten

» RdW 2021/428

Die Berufung auf Formalstandpunkte kann treuwidrig sein, wenn die Gesellschafter einer GmbH durch langjährige Übung vom Inhalt des Gesellschaftsvertrags abweichen und dadurch einen Vertrauenstatbestand schaffen. Dem steht auch die objektive Auslegung des Gesellschaftsvertrags nicht entgegen.

### 1. Ausgangslage

Der OGH hat kürzlich zu 6 Ob 155/20t und 6 Ob 140/20m zwei bemerkenswerte Entscheidungen<sup>2</sup> gefällt, deren Ausgangspunkt eine GmbH ist, an der eine Mehrheitsgesellschafterin zu zwei Dritteln und eine Minderheitsgesellschafterin zu einem Drittel beteiligt ist. Die Minderheitsgesellschafterin erhielt bei Gründung der Gesellschaft ein Entsendungsrecht für einen von vier Kapitalvertretern im Aufsichtsrat, die Mehrheitsgesellschafterin konnte zwei Aufsichtsratsmitglieder entsenden. Die einvernehmliche Bestellung des vierten Mitglieds wurde in einem zwischen

den Gesellschaftern abgeschlossenen Syndikatsvertrag festgehalten. Den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern werden im Gesellschaftsvertrag jeweils Sonderzustimmungsrechte für wichtige Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt, welche der OGH in der ersten der beiden Entscheidungen – 6 Ob 155/20t – als „de facto Vetorechte“ qualifiziert hat. Den von beiden Gesellschaftern entsandten Aufsichtsratsmitgliedern kam also jeweils bestimmender Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu.

Mehr als 22 Jahre nach Gründung der Gesellschaft kam es bei der Minderheitsgesellschafterin zu einer konzerninternen Umstrukturierung, in deren Zuge der Geschäftsanteil an der gemeinsamen Gesellschaft zunächst im Wege der Spaltung und dann im Wege einer Einbringung (also zweimal) übertragen wurde. Die Nachfolge-Minderheitsgesellschafterin gehörte zum selben Konzern wie ihre Rechtsvorgängerin. An der Person des entsandten Aufsichtsrats änderte sich dadurch nichts. In einer nach der Umstrukturierung erlassenen Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat wurde festgehalten, dass die Nachfolge-Gesellschafterin „ein Mitglied des Aufsichtsrats entsendet“. Und in einer neu erstellten Geschäftsordnung für die Geschäftsführung fand sich der Passus, dass zwischen der Mehrheitsgesellschafterin und der Nachfolge-Minderheitsgesellschafterin „ein Syndikatsvertrag besteht“.

<sup>1</sup> Beide Autoren haben die Minderheitsgesellschafterin in allen erwähnten Verfahren vertreten. Die Autoren danken Frau RA Mag. Katharina Wilding und Herrn RAA Mag. Anton Gorton für ihre Mitarbeit.

<sup>2</sup> Vgl dazu RdW 2021/430, 547 und RdW 2021/429, 547 (beide in diesem Heft).

## 2. Die Beschränkungen des § 30c GmbHG

Alles schien also gut. An § 30c GmbHG<sup>3</sup> dachte niemand; vielleicht deshalb, weil Gesellschaften mit beschränkter Haftung häufig keinen Aufsichtsrat haben, sodass diese Bestimmung auch in Juristenkreisen nicht so bekannt ist wie der der Sache nach ähnliche – aber ebenso selten angewandte – § 88 AktG.<sup>4</sup> Nach beiden Bestimmungen kann ein Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat entweder bestimmten Gesellschaftern *ad personam* oder den Inhabern bestimmter Geschäftsanteile/Aktien eingeräumt werden, wobei ein Inhaberentsendungsrecht die Vinkulierung der entsprechenden Anteile voraussetzt. Die Ratio<sup>5</sup> dieser Bestimmung ist klar: Wenn einem Gesellschafter ein solches Recht auf einseitige Bestimmung eines Aufsichtsratsmitglieds eingeräumt ist, setzt dies, und zwar gerade bei der personalistischen GmbH, natürlich ein entsprechendes Vertrauensverhältnis zwischen den Mitgesellschaftern voraus. Der jeweils andere soll nicht eines Tages mit einem Aufsichtsrat „aufwachen“, der von jemandem komplett Fremden entsandt ist. Daher ist es logisch, dass er nach dem Konzept des § 30c GmbHG einer allfälligen Anteilsübertragung zustimmen muss, widrigenfalls das Entsendungsrecht im Zuge der unkontrollierbaren Anteilsübertragung erlischt. Das bedeutet dann zwar noch nicht, dass die bis dato entsandte Person automatisch ihren Sitz im Aufsichtsrat verliert, doch kann sie nunmehr gem § 30c Abs 4 GmbHG mit einfacher Mehrheit abberufen werden.

## 3. Sonderfall: Übertragung im Konzern?

Der Sachverhalt, den der OGH zu beurteilen hatte, war nun in mehrfacher Hinsicht besonders gelagert: Zum einen trafen gerade die soeben geschilderten Erwägungen zu Sinn und Zweck des Vinkulierungserfordernisses *in concreto* nicht zu, da sich weder am beteiligten Konzern noch an den konkret handelnden Personen und auch an der Person, die von der Minderheitsgesellschafterin entsandt war, irgendetwas geändert hat und zudem alle vier Jahre auch noch „beschlossen“ wurde, dass diese Person wiederum entsandt werde. Es könnte daher mit Fug und Recht darüber diskutiert werden, ob § 30c GmbHG infolge dieser speziellen Umstände nicht teleologisch zu reduzieren wäre, oder ob – ähnlich wie bei einem Nominierungsrecht – eine Umdeutung in eine Wahl des Entsandten in Betracht käme. Auch im letzteren Fall könnte er dann gem § 30b Abs 3 GmbHG zwar durch Gesellschafterbeschluss abberufen werden, jedoch nur mit einer Dreiviertelmehrheit, über die hier die Mehrheitsgesellschafterin nicht verfügte. Weiters könnte man auch erwägen, § 30c Abs 2 GmbHG analog auf Fälle anzuwenden, in denen der Geschäftsanteil zwar nicht vinkuliert ist, aber der Gesellschafter-

wechsel konzernintern stattfindet. Der OGH hat diese Meinung allerdings nicht geteilt.<sup>6</sup>

## 4. Der Anlass für den Konflikt

Warum wurde der Fall überhaupt streitig? Im Jahr 2017 wurden sich die beiden Gesellschafter nach 35-jähriger friktionsfreier Zusammenarbeit zum allerersten Mal über eine Geschäftsentscheidung nicht einig, welche – zumindest nach Ansicht der Minderheitsgesellschafterin – das Sonderzustimmungsrecht der entsandten Aufsichtsratsmitglieder auslöste und daher auch der Zustimmung des von der Minderheitsgesellschafterin entsandten Aufsichtsratsmitglieds bedurfte. Diese Zustimmung wollte der Entsandte nun nicht erteilen, woraus ein umfassender Konflikt entstand. Als Ergebnis diese Prüfung entwickelte sie mehrere Argumente, die neben den beiden oben erwähnten und in diesem Heft abgedruckten<sup>7</sup> OGH-Entscheidungen bereits Gegenstand dreier weiterer OGH-Entscheidungen<sup>8</sup> waren.

Die Mehrheitsgesellschafterin entschloss sich, das von der Minderheitsgesellschafterin entsandte Aufsichtsratsmitglied unter Berufung auf § 30c Abs 4 GmbHG mit einfacher Mehrheit abzuberufen. Sie bestritt darüber hinaus auch den Übergang des Syndikatsvertrages, kündigte ihn vorsichtshalber *in eventu* aus wichtigem Grund und bestellte in der darauffolgenden Generalversammlung gegen den Willen der Minderheitsgesellschafterin mit ihrer eigenen Stimmenmehrheit auch die zwei bisher nicht von ihr selbst entsandten Aufsichtsratsmitglieder neu. Einer der beiden so bestellten Aufsichtsräte war ein Universitätsprofessor, der gutachterlich iZm der Abberufung des von der Minderheitsgesellschafterin entsandten Aufsichtsrats tätig gewesen war.

## 5. Vorliegen eines verbotenen Kartells?

Die Mehrheitsgesellschafterin relevierte auch den Umstand, dass sie und die Minderheitsgesellschafterin in Märkten tätig seien, welche ein „entferntes Wettbewerbsverhältnis“ begründen.<sup>9</sup> Sie meinte, daraus ableiten zu können, dass die seit Beginn der 1980er-Jahre, also lang vor dem Beitritt Österreichs zur EU, bestehende Beteiligung der Minderheitsgesellschafterin an der gemeinsamen Gesellschaft ein nach Art 101 AEUV „verbotenes

6 6 Ob 155/20t, Rn 75.

7 Vgl dazu die in dieser Ausgabe unter RdW 2021/429, 547 und 2021/430, 547 abgedruckten Entscheidungen.

8 6 Ob 105/19p, RdW 2020/316 = *Hummer*, ÖZK 2020, 65 = *Gassler*, ÖZK 2020, 72 = *Reidlinger/Stenitzer*, GesRZ 2020, 137 = *Schuhmacher*, wbl 2020/55 = *Walch*, NZ 2020/21, = *Arlt*, GesRZ 2020, 210 = *Frank*, ecoloX 2020/110 = *Spennling*, RZ-EÜ 2020/199 = *Gruber*, Aufsichtsrat aktuell 2020, 30; 6 Ob 166/19h, RdW 2020/374 = *Gruber*, GesRZ 2020, 344 = *Wolkerstorfer*, GES 2020, 363 = *Koppensteiner*, GesRZ 2020, 326 [328]; 6 Ob 167/19f, RdW 2020/374 = *Gonau/Schmidberger*, GES 2020, 419.

9 Der Markt des Konzerns der Minderheitsgesellschafterin und jener der gemeinsamen Gesellschaft überschneiden sich nur in einem Teilbereich. Auch wenn im Lebensmitteleinzelhandel Non-Food-Produkte angeboten werden, gehören Drogeriemärkte und Lebensmitteleinzelhandel nicht zum selben relevanten Markt; vgl 6 Ob 105/19p, Punkt 8.1. ff; zu näheren Details siehe *Gruber*, Aufsichtsrat aktuell 2020, 30.

3 Vgl *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 30c Rz 1; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 1.

4 Vgl *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 88 Rz 1.

5 *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30c Rz 14, 15; *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 30c Rz 7.

Kartell“ darstelle, mit der Konsequenz, dass die Rechte der Minderheitsgesellschafterin zwar wirksam entstanden wären, ihre Ausübung aber eine nach Art 101 AEUV verbotene Wettbewerbsbeschränkung darstellen kann.

Der OGH griff die kartellrechtlichen Argumente der Mehrheitsgesellschafterin nicht auf. Bereits in der sehr grundlegenden und ausführlichen E 6 Ob 105/19p<sup>10</sup> sprach er aus, dass das Kartellverbot Tatbestandshandlungen zwischen Unternehmen, nicht jedoch die Ausübung interner gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse erfasst, und stellte klar, dass ein Zusammenschluss, der vor dem EU-Beitritt Österreichs wirksam war, grundsätzlich nicht der Verhaltenskontrolle nach Art 101 AEUV unterliegt.<sup>11</sup> Im Ergebnis bejahte der OGH das Stimmrecht der Minderheitsgesellschafterin bei der Abstimmung über den Investitionsplan für das kommende Geschäftsjahr ebenso wie – in den beiden nachfolgenden E 6 Ob 166/19h<sup>12</sup> und 6 Ob 167/19f<sup>13</sup> – auch das Bestehen entsprechender Informations- und Bucheinsichtsrechte der Minderheitsgesellschafterin.

## 6. Gesetzwortlaut versus Treuepflichten

Aber kehren wir zurück zum Schicksal des Entsendungsrechts, zur plötzlichen überraschenden Abberufung des (vermeintlich mehrmals) Entsandten und zur Frage der Auswirkung auf die nachfolgenden Wahlen. Und: Ist es wirklich richtig und lebensnah, dass ein (idR vertraulicher) Syndikatsvertrag im Spaltungsplan bzw im Spaltungs- und Übernahmevertrag explizit angeführt werden muss, um auf die den Geschäftsanteil übernehmende Gesellschaft überzugehen? Schließlich aber auch: Was ist das Schicksal von Folgebestellungen in den Aufsichtsrat, wenn die Abberufung des Vorgängers – wie sich idR erst nach längerer, hier konkret mehr als dreijähriger Prozessführung herausstellt – nach §§ 41 ff GmbHG aufgehoben wird? Im vorliegenden Fall hatte die Minderheitsgesellschafterin nicht nur mit dem – ursprünglich in der Tat keinem der Gesellschafter bewussten – § 30c Abs 4 GmbHG zu kämpfen, sondern darüber hinaus auch mit der stRsp, nach der Gesellschaftsverträge objektiv auszulegen sind,<sup>14</sup> sodass der konkrete Parteiwille bei Eingehung der Beteiligung ebenso außer Acht zu bleiben hat wie spätere Willenserklärungen, die sich nicht in einer Änderung des Gesellschaftsvertrages widerspiegeln.

Dementsprechend haben die erste und die zweite Instanz<sup>15</sup> bei § 30c GmbHG „haltgemacht“ und unter Hinweis darauf, dass

der Gesellschaftsvertrag als Entsendungsberechtigte noch die Rechtsvorgängerin der Minderheitsgesellschafterin nannte, konstatiert, das Entsendungsrecht sei mangels Vinkulierung der Geschäftsanteile ein höchstpersönliches, sodass es im Zuge der konzerninternen Anteilsübertragung untergegangen sei. Die – mehrfachen, terminologisch uneinheitlichen – „weilers“ erfolgten Entsendungen wurden als „unrichtige Textierungen und Formulierungen“ des Vorsitzenden der Generalversammlung oder (auch wenn sie in Form von jeweils mit „ja“ unterzeichneten Umlaufbeschlüssen erfolgten) als „unrichtige Wissenserklärungen“ qualifiziert und das Entsendungsrecht für erloschen erklärt. Die Unterinstanzen gaben auch der Anfechtung der Folgewahlen durch die Minderheitsgesellschafterin keine Folge. Ordentliche Revisionen wurden nicht zugelassen – ein „uphill battle“ für die Minderheitsgesellschafterin.

## 7. Die Argumentation der Minderheitsgesellschafterin

Diese brachte insb die Begleitumstände bei Eingehung der Gesellschaftsbeteiligung vor. Damals stand die Konzernzugehörigkeit und nicht die konkret ausgewählte Einzelgesellschaft im Vordergrund.

Weilers argumentierte die Minderheitsgesellschafterin damit, dass das Erlöschen des Entsendungsrechts über viele Jahre niemals releviert worden war und das Entsendungsrecht auch bei Erlöschen aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht wieder neu einzuräumen wäre. Die nunmehrige Abberufung stellte daher nicht nur ein *venire contra factum proprium*, sondern auch einen Fall der interessellosen Rechtsausübung („*dolo agit*“) dar, da die Mehrheitsgesellschafterin nach Treu und Glauben verpflichtet wäre, der Entsendung *pro futuro* zuzustimmen, und daher das entsandte Aufsichtsratsmitglied gar nicht erst abberufen darf.

## 8. Schaffung eines Vertrauenstatbestands durch langjährige Übung; Treuwidrigkeit der Berufung auf den Formalstandpunkt

Der OGH erklärte die außerordentlichen Revisionen gegen beide Anfechtungen für zulässig. Er hob – die wesentlichsten Gründe sind in dieser Ausgabe nachzulesen<sup>16</sup> – die Abberufung des Entsandten als treuwidrig auf und erklärte beide Folgebestellungen für nichtig. Zwar war das Entsendungsrecht erloschen, die Abberufung war aber treuwidrig: „Ist die einverständlich in der Annahme ihrer Satzungskonformität praktizierte Handhabung (hier: die mehrmals „weilers“ erfolgende Entsendung in den Aufsichtsrat, *Anm*) bei objektiver Auslegung nicht gedeckt, so kann die Berufung auf den Satzungswortlaut treuwidrig und missbräuchlich sein.“ Und: „Durch diese langjährige Übung hat die Mehrheitsgesellschafterin einen Vertrauenstatbestand dahin ge-

<sup>10</sup> RdW 2020/316 = Hummer, ÖZK 2020, 65 = Gassler, ÖZK 2020, 72 = Reidlinger/Stenitzer, GesRZ 2020, 137 = Schuhmacher, wbl 2020/55 = Walch, NZ 2020/21 = Arlt, GesRZ 2020, 210 = Frank, ecoloex 2020/110 = Spenling, RZ-EÜ 2020/199 = Gruber, Aufsichtsrat aktuell 2020, 30.

<sup>11</sup> RdW 2020/316 = Walch, NZ 2020/21 = Reidlinger/Stenitzer, GesRZ 2020, 137 = Schuhmacher, wbl 2020/55 = Arlt, GesRZ 2020, 210 = Frank, ecoloex 2020/110 = Spenling, RZ-EÜ 2020/199; krit hingegen Hummer, ÖZK 2020, 65 = Gassler, ÖZK 2020, 72.

<sup>12</sup> RdW 2020/374 = Gruber, GesRZ 2020, 344 = Wolkerstorfer, GES 2020, 363 = Koppensteiner, GesRZ 2020, 326 [328].

<sup>13</sup> RdW 2020/374 = Gonaus/Schmidsberger, GES 2020, 419.

<sup>14</sup> RS0108891; 6 Ob 231/05x, GesRZ 2006, 35; vgl auch 2 Ob 209/10i; 6 Ob 99/11v, wbl 2011, 671.

<sup>15</sup> LG Salzburg 8 Cg 88/17k und 9 Cg 36/18x sowie OLG Linz 6 R 20/20h und 1 R 42/20g.

<sup>16</sup> S in diesem Heft S 547.

schaffen, das – tatsächlich nicht bestehende – Entsendungsrecht der Minderheitsgesellschafterin anzuerkennen.“

Der OGH, der in diesem Zusammenhang sehr klare Worte findet („So geht man mit einem langjährigen Geschäftspartner, mit dem man nicht nur durch einen detaillierten Gesellschaftsvertrag, sondern auch durch einen Syndikatsvertrag verbunden ist, nicht um.“), kommt konsequenterweise zu dem Ergebnis, dass das vormalig von der Rechtsvorgängerin der nunmehrigen Minderheitsgesellschafterin entsandte Aufsichtsratsmitglied auch bei Anwendung des § 30c Abs 4 GmbHG nicht mit einfacher Mehrheit abberufen werden konnte, weil die treuwidrige Stimmabgabe der Mehrheitsgesellschafterin es gebot, den entsprechenden Beschluss als nichtig aufzuheben. Der OGH hat weiters festgestellt, dass die (seinerzeit im Jahr 2003 erfolgte) Bestellung des von der Minderheitsgesellschafterin entsandten Aufsichtsratsmitglieds „weiterhin aufrecht ist“. Es gab also eine durchgängige Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds noch durch die Rechtsvorgängerin der Minderheitsgesellschafterin seit 2003 bis zum heutigen Tag, obwohl die Person der Minderheitsgesellschafterin gewechselt hat.

### 9. Weiters: Zulässigkeit von Sonderzustimmungsrechten einzelner Aufsichtsräte

Die E 6 Ob 155/20t enthält weitere wichtige Aussagen, zu denen bisher Judikatur fehlte. So spricht der OGH aus, dass den entsendeten Aufsichtsratsmitgliedern über ihr Sonderzustimmungsrecht „indirekt ein Mitspracherecht für wichtige Angelegenheiten der Geschäftsführung und damit faktisch ein Vetorecht für zustimmungspflichtige Geschäfte eingeräumt wurde“. Die bis dahin in der Lehre kontroversiell diskutierte Frage,<sup>17</sup> ob einzelne (nämlich hier: die entsandten) Aufsichtsratsmitglieder Sonderzustimmungsrechte haben können, die anderen Aufsichtsratsmitgliedern nicht zustehen, scheint damit höchstgerichtlich beantwortet. Da auch dies ein Punkt war, der in der Revision ausdrücklich als Rechtsfrage erheblicher Bedeutung, zu der Rechtsprechung bisher fehlt, iSd § 502 Abs 1 ZPO releviert worden war, und der OGH – wie aus dem oben abgedruckten Teil der Entscheidung ersichtlich – aussprach, dass ein redlicher Gesellschafter in einem solchen Fall versucht hätte, seinen Mitgesellschafter doch noch vom Projekt zu überzeugen oder, wenn dies nicht gelingt, vom Projekt abgestanden wäre, kann auch nicht angenommen werden, dass der OGH sich über die Bedeutung dieser Qualifikation nicht im Klaren war.

### 10. Daher: Kein „Overrulen“ des Aufsichtsrats durch die Generalversammlung in Fällen des Sonderzustimmungsrechts

Das vom OGH ausdrücklich bejahte Vetorecht des Minderheitsgesellschafters über den Weg des von ihm entsandten Aufsichts-

rats bedeutet in solchen Konstellationen daher auch, dass die Generalversammlung – auch wenn sie grundsätzlich als „oberstes Organ“ einer GmbH anzusehen ist – hier die Zuständigkeit nicht ohne Weiteres zur Gänze an sich ziehen kann. Es ist daher nicht möglich, das Vetorecht des entsandten Aufsichtsratsmitglieds dadurch auszuhebeln, dass der Generalversammlung als „höchstem Organ“ einfach die sonderzustimmungspflichtigen Geschäfte direkt zur Beschlussfassung vorgelegt werden.

Die Meinung, dass die Generalversammlung eine fehlende Aufsichtsratszustimmung ersetzen, „overrulen“ oder sonst an sich ziehen kann,<sup>18</sup> gilt daher jedenfalls in Fällen, in denen diesbezüglich ein Sonderzustimmungsrecht einzelner – hier entsandter – Aufsichtsräte besteht, nicht. Offen bleibt, ob neben einem Beschluss der Generalversammlung auch die Einholung der Zustimmung des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds für sich ausreicht oder ein Gremialbeschluss des Aufsichtsrats erforderlich ist.

### 11. Pflicht zur Wiedereinräumung des Entsendungsrechts?

Eine weitere wichtige Frage ließ der OGH in dieser Entscheidung ausdrücklich offen, nämlich – unter Verweis auf 6 Ob 695/87, RS0059617, RS0052720 und 6 Ob 166/05p – „die hier nicht relevante Frage, ob der Minderheitsgesellschafterin nicht aus Treuepflichtwägungen das Recht zusteht, eine Änderung des Gesellschaftsvertrags dahingehend zu verlangen, dass der nunmehrigen Minderheitsgesellschafterin ein dem seinerzeit ihrer Rechtsvorgängerin eingeräumten Entsendungsrecht entsprechendes Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat zugestanden wird“. Da über diese Frage zwischen den beiden Gesellschafterinnen noch ein (weiteres) Verfahren anhängig ist, das den Instanzenzug noch nicht durchschritten hat, soll an dieser Stelle dieser offengebliebene Punkt nur aufgezeigt, es sollen jedoch aus der Diktion des OGH keine spekulativen Schlüsse gezogen werden.

### 12. Auswirkung der Nichtigkeit auf Folgebeschlüsse

In der E 6 Ob 140/20m stellte sich die grundsätzliche Rechtsfrage nach dem „Durchschlagen“ der als nichtig bekämpften Aufsichtsratswahl auf die Folgewahl und, als interessantes Zusatzproblem, die Frage, welche Wahl eines der beiden Aufsichtsräte für nichtig zu erklären wäre, wenn nur einer der beiden Wahlbeschlüsse erfolgreich angefochten wird. Der OGH hat ein „Durchschlagen“ der Anfechtung des treuwidrigen Abberufungsbeschlusses auf den Folge-Wahlbeschluss bejaht, da der Folge-Wahlbeschluss denknötwendig an den vorhergehenden Abberufungsbeschluss anknüpft.

<sup>17</sup> Rauter in Straube, WK GmbHG § 30g Rz 111.

<sup>18</sup> Vgl. A. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 30j Rz 55; ebenso Aburumieh/Gruber in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 35 Rz 11; Eckert/Schopper in U. Torggler, GmbHG § 30j Rz 14.

Die Frage, die Wahl welches der beiden gewählten Kandidaten nichtig war, erübrigte sich *in concreto* deshalb, weil der OGH auch die gegen die Stimmen der Minderheitsgesellschafterin erfolgende Wahl des vierten Kapitalvertreters als treuwidrig, weil dem omnilateralen Syndikatsvertrag<sup>19</sup> widersprechend, aufhob. Da keiner der beiden Kandidaten auf eine bestimmte Stelle gewählt wurde, also nicht klar war, welcher Kandidat den zu Unrecht abberufenen entsandten und welcher den zu Unrecht nicht vorweg akkordierten Kandidaten ersetzen sollte, wären uE selbst für den Fall, dass nur eine Wahl treuwidrig erfolgte, beide Wahlen aufzuheben gewesen, da es nicht Sache des Gerichts sein kann, anstelle der Gesellschafter zu entscheiden, welcher der beiden in seiner Position verbleiben darf und welcher nicht. Als praktischer Tipp empfiehlt es sich in vergleichbaren Fällen daher, bei einer gleichzeitigen Wahl mehrerer Personen vorweg klarzustellen, wer auf welche Position „nachrücken“ soll. Die ebenfalls denkbare Alternative, einfach die Wahl des zuerst oder zuletzt Gewählten aufzuheben, kann nicht überzeugen. Die Entscheidung enthält weiters noch ausführliche Erörterungen des OGH zum Übergang von Syndikatsverträgen im Wege der Spaltung und der Vertragsübernahme.

### 13. Die Konsequenz: Nichtigkeit aller in der Zwischenzeit gefassten Aufsichtsratsbeschlüsse

Alle vom Aufsichtsrat in seiner „neuen“ Zusammensetzung gefassten Beschlüsse sind nichtig: Denn der zu Unrecht Abberufene hätte teilnehmen müssen, und nach der Judikatur<sup>20</sup> reicht seine Nichtteilnahme schon dann für die Nichtigkeit, wenn sich bloß die Möglichkeit ergeben hätte, dass die jeweiligen Abstimmungsergebnisse durch seinen Diskussionsbeitrag anders ausfallen. *In concreto* kam aber dann – nach der Nichtigerklärung beider Folgewahlen – hinzu, dass der Aufsichtsrat in keiner der seither abgehaltenen Sitzungen überhaupt beschlussfähig war. Denn nach der Satzung bedurfte es hierfür der Anwesenheit zumindest dreier der vier (wirksam bestellten) Kapitalvertreter, was aber in Folge der Nichtigerklärung zweier Wahlbeschlüsse in den letzten drei Jahren niemals der Fall war.

### 14. Nunmehrige Handlungsoptionen

Was sind die Konsequenzen einer solchen Situation? Die nichtigen Beschlüsse sind erneut zu fassen und – wo dies möglich ist – rückwirkend zu sanieren. Wo dies nicht geschieht, weil keine notwendige Mehrheit besteht (oder ein Beschluss am oben erwähnten „Vetorecht“ des Entsandten scheitert), kann sich die schwie-

rige Situation ergeben, dass manche dieser – nunmehr als nichtig erkannten – Beschlüsse wohl bereits tatsächlich umgesetzt worden sind. Soweit noch möglich, müsste das wohl von den Geschäftsführern umgehend revidiert werden. Damit stellt sich allerdings auch die Frage, ob die Geschäftsführer persönlich haften, weil sie nunmehr zB Verträge abgeschlossen haben, die vom Aufsichtsrat zu genehmigen gewesen wären. § 25 Abs 5 GmbHG, der dies textlich nahelegt, ist allerdings dahin gehend zu verstehen, dass er nur Beschlüsse erfasst, die gegen § 25 Abs 3 GmbHG verstoßen und daher absolut nichtig sind.<sup>21</sup> Gegenständlich ist daher eine derartige Haftung nicht gegeben.

### 15. Versuch einer einstweiligen Verfügung

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die Minderheitsgesellschafterin ursprünglich zur Vermeidung einer „Schwebesituation“ versucht hatte, die „Folgewahlen“ mit einstweiliger Verfügung zu verhindern. Das Erstgericht hatte den Antrag der Mehrheitsgesellschafterin mit einer Frist zur Äußerung zugestellt, die im Zeitpunkt der Wahl noch nicht abgelaufen war. Die abweisliche Entscheidung hierüber erfolgte dann überhaupt erst drei Monate nach der Wahl mit der Begründung, die Wahl habe ohnedies bereits stattgefunden, sodass keinerlei Sicherungsinteresse mehr gegeben sei.<sup>22</sup> Auch der OGH hat in diesem Provisorialverfahren zu 6 Ob 194/18z die Erlassung einer einstweiligen Verfügung – die sich zu diesem Zeitpunkt, sieben Monate nach der Wahl, ohnedies nur noch auf künftige Wahlen hätte beziehen können – ua mit dem Argument abgelehnt, die Gefährdung des behaupteten Anspruchs sei nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden.

<sup>21</sup> Ausf U. Torggler, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (92 f) mwN.

<sup>22</sup> LG Salzburg 19. 7. 2018, 2 Cg 34/18a.



#### Die Autorin:

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser ist Partnerin bei Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH, wo sie das Department Contentious Business leitet. Sie ist überdies Honorarprofessorin am Institut für Recht der Wirtschaft und Verfasserin zahlreicher Publikationen zum Bauvertrags-, Versicherungs-, Gewährleistungs- und Schiedsrecht. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte als Anwältin liegen in der Führung komplexer Wirtschaftsprozesse und Schiedsverfahren sowie im streitigen Gesellschaftsrecht und im Gewährleistungs- und Schadensrecht.

✉ Irene.Welser@cerhahempel.com

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Welser/Irene



#### Der Autor:

Dr. Thomas Zivny, LL.M. ist Partner bei Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH und gehört dem Department Banking & Finance an.

✉ Thomas.Zivny@cerhahempel.com

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Zivny/Thomas

<sup>19</sup> Zur Anfechtbarkeit eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Verstoßes gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag siehe etwa bereits 2 Ob 46/97x = RS0079236 [T2] = RdW 1999, 721; zust etwa Tichy, *ecollex* 2000, 204; Linder in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 41 Rz 102; krit bis abl bisher hingegen etwa *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> §§ 41, 42 Rz 152; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 21; offenlassend noch 6 Ob 202/10i; 6 Ob 90/19g.

<sup>20</sup> 1 Ob 514/85; 9 ObA 76/94.