

# Die Generalversammlung und die gerichtliche Abberufung von Geschäftsführern

von Univ.-Ass. Mag. **Manuel Steiner**, Salzburg

*Die Generalversammlung ist das zentrale Willensbildungsorgan der GmbH. Nach der hier vertretenen Auffassung ist sie dies auch vor der gerichtlichen Abberufung des Geschäftsführers. Ihre Zuständigkeit ergibt sich zunächst aus der Kompetenzordnung des GmbHG. Sie hat nicht nur darüber zu befinden, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der eine Abberufung des Geschäftsführers rechtfertigen könnte, sondern ihr kommt auch eine maßgebliche Schlichtungsfunktion zu: Die Generalversammlung ist das Forum für Gesellschafterstreitigkeiten.*

**Deskriptoren:** Abberufung; Generalversammlung; gerichtliche Abberufung; Geschäftsführer; Gesellschafterstreit.  
GmbHG: §§ 15a, 16, 30b, 35, 37, 45, 48.

- I. Einführung
- II. Einbeziehung vor Abberufung des Geschäftsführers
  - 1. Meinungsstand
    - a) Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 16 Abs 2 S 1 und 2 GmbHG
    - b) Fremdgeschäftsführer nach § 16 Abs 2 S 3 GmbHG
  - 2. Stellungnahme
    - a) Wortlaut des § 16 Abs 2 S 3 GmbHG
    - b) Wertungen des GmbH-Rechts
    - c) Analoge Anwendung auf Gesellschafter-Geschäftsführer
    - d) Fehlende Einberufungsmöglichkeit nach § 37 Abs 1 GmbHG?
- III. Rechtsfolgen
- IV. Exkurs: Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 30b Abs 5 GmbHG
- V. Zusammenfassung

## I. Einführung

Im Unterschied zur Personengesellschaft besteht im Recht der GmbH die Möglichkeit der Fremdorganschaft.<sup>1)</sup> Die Gesetzesverfasser wollten die Geschäftsführung der GmbH auch für Nichtgesellschafter öffnen. Bei der Bestellung und Abberufung unterscheidet das GmbHG grundsätzlich nicht zwischen Gesellschafter- und Fremdgeschäftsführern.<sup>2)</sup> Gem §§ 15 Abs 1, 16 Abs 1<sup>3)</sup> bestellt die Generalversammlung die Geschäftsführer und beruft diese auch wieder ab. Beides geschieht, mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung, gem § 39 Abs 1 durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit.<sup>4)</sup>

Mit der GmbH-Novelle 1980<sup>5)</sup> versuchte der Gesetzgeber Unzulänglichkeiten auf Leitungsebene

der GmbH zu beseitigen.<sup>6)</sup> Vor der Reform bestand nämlich nach der Rsp des OGH keine Möglichkeit, einen Gesellschafter-Geschäftsführer abzuberufen, wenn er über die Mehrheit der Stimmen verfügte.<sup>7)</sup> Das Höchstgericht stützte sich vor allem auf den Wortlaut des § 39 Abs 5. Nach dieser Bestimmung ist ein Gesellschafter ua dann nicht in seinem Stimmrecht beschränkt, wenn über seine eigene Abberufung als Geschäftsführer abgestimmt wird. Diese Auslegung führte bei der Abberufung aus wichtigem Grund zu einem Interessenkonflikt. Ein geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter konnte trotz grober Verfehlungen contra voluntatem suam nicht abberufen werden.<sup>8)</sup> Erst mit § 16 Abs 2 wurde eine Bestimmung eingefügt, die es ermöglicht, einen Gesellschafter-Geschäftsführer aus wichtigem Grund durch rechtsgestaltendes Urteil abzuberufen.

Diese Neuerung hat allerdings nicht sämtliche Probleme beseitigt. Nach der Judikatur war § 16 Abs 2 nämlich nur auf die gerichtliche Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern anzuwenden.<sup>9)</sup> Ein Fremdgeschäftsführer, der einen wichtigen Grund setzte, konnte gegen den Willen der Gesellschaftermehrheit nicht abberufen werden. Entgegen verschiedenen Vorschlägen<sup>10)</sup>, den

<sup>6)</sup> Vgl dazu *Kastner*, Gesellschaft mbH Gesetz-Novelle 1980, JBl 1980, 617; *P. Doralt*, Die GmbHG-Novelle 1980, ÖStZ 1981, 74; *Wünsch*, Die Organe der GmbH im Lichte der Novelle 1980, GesRZ 1980, 165; *Zawischa*, Teilreform des GmbH-Rechts in Österreich, RIW 1980, 691.

<sup>7)</sup> Vgl OGH 1.10.1952, 2 Ob 215/52, JBl 1953, 129; 17.3.1954, 3 Ob 159/54, SZ 27/71.

<sup>8)</sup> Vgl *Ostheim*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, FS Hämmerle (1972) 245 ff; *Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (2003) 59.

<sup>9)</sup> OGH 26.4.1988, 3 Ob 549/86, wbl 1988, 234; *Eckert*, Abberufung 60.

<sup>10)</sup> Vgl *C. Nowotny*, Der „lästige“ Gesellschafter in der GmbH & Co KG, NZ 1982, 89; abl *Reich-Rohrwig*, Gerichtliche Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, JBl 1981, 191; *Wünsch*, Aus zweifachem Anlaß: Zur Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, FS Ostheim (1990) 448.

<sup>1)</sup> Vgl *N. Arnold/Pampel* in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG (2014) § 15 Rz 3.

<sup>2)</sup> Die Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters kann im Gesellschaftsvertrag auf wichtige Gründe beschränkt bzw ein Sonderrecht auf Geschäftsführung eingeräumt werden.

<sup>3)</sup> Paragraphen ohne Bezeichnung sind solche des GmbHG.

<sup>4)</sup> Vgl *Zib* in U. Torggler (Hrsg), GmbHG (2014) § 16 Rz 4.

<sup>5)</sup> BGBl 1980/320.

Anwendungsbereich des § 16 Abs 2 auch auf den Fremdgeschäftsführer zu erstrecken, hielt der OGH unter Hinweis auf den Wortlaut des § 16 Abs 2 daran fest, diese Bestimmung nur auf den geschäftsführenden Gesellschafter anzuwenden. Erst mit dem IRÄG 1997<sup>11)</sup> wurde erneut Abhilfe geschaffen. § 16 Abs 2 erhielt einen dritten Satz. Seitdem können jene Gesellschafter, die nicht für die Abberufung gestimmt haben, auf Zustimmung geklagt werden. § 16 Abs 2 S 3 bildet zugleich den Ausgangspunkt des vorliegenden Beitrags.

Die Bestimmung lässt keinen Zweifel darüber, dass vor Einbringung der sog „Mitwirkungsklage“ ein die Abberufung ablehnender Beschluss eingeholt werden muss (arg „...die nicht für die Abberufung gestimmt haben...“).<sup>12)</sup> Es ist zu überlegen, ob vor Einbringung der Mitwirkungsklage – eine bereits durch den Wortlaut indizierte – gesellschaftsinterne Auseinandersetzung stattzufinden hat.

Die Frage nach der Einbeziehung der Gesellschafterversammlung, stellt sich auch vor der gerichtlichen Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers. Für diese leistet der Wortlaut des § 16 Abs 2 S 1 und 2 hingegen keine Dienste. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Klage abberufen werden.

Auf den ersten Blick erscheint die Teleologie mit jener der Abberufung des Fremdgeschäftsführers vergleichbar: Ein Geschäftsführer, der einen wichtigen Grund setzt, soll nicht im Amt bleiben. Die Fassung eines ablehnenden Beschlusses kann unter Umständen eine sachlich gerechtfertigte Abberufung aus wichtigem Grund verhindern. Die Störung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft kann durch Rechtsgestaltungsklage beseitigt werden.<sup>13)</sup>

Nicht nur der Geschäftsführer, sondern auch ein Mitglied des Aufsichtsrats hat sein Amt am Gesellschaftsinteresse auszurichten.<sup>14)</sup> Setzt es einen wichtigen Grund, kann es nach § 30b Abs 5 durch Antrag einer 10 %-Minderheit im außerstreitigen Verfahren abberufen werden. Die Parallele zur gerichtlichen Abberufung des Geschäftsführers legt auch die Prüfung nahe, ob die Gesellschafterebene vor der gerichtlichen Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds zu befassen ist.

## II. Einbeziehung vor Abberufung des Geschäftsführers

Wie eingangs erörtert, differenziert das Gesetz hinsichtlich der Art der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers zunächst grundsätzlich nicht zwischen Gesellschafter- und Fremdge-

schaftsführer. Erst bei der gerichtlichen Abberufung aus wichtigem Grund lassen sich Unterschiede ausmachen. Während die gerichtliche Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers nach § 16 Abs 2 S 1 und 2 durch Rechtsgestaltungsklage in sinngemäßer Anwendung der §§ 117, 127 UGB erfolgt, wird jene des Fremdgeschäftsführers durch die sog Zustimmungsklage verwirklicht.<sup>15)</sup> Jene Gesellschafter, die nicht für die Abberufung des Geschäftsführers gestimmt haben, sind auf Zustimmung zu klagen. Es wird sich zeigen, ob Wertungsgesichtspunkte eine differenzierende Betrachtung rechtfertigen können.<sup>16)</sup>

Zunächst erscheint es aber hilfreich, den Meinungsstand zur Einbeziehung der Generalversammlung, vor der gerichtlichen Abberufung des Gesellschafter- und jener des Fremdgeschäftsführers getrennt zu beleuchten.

### 1. Meinungsstand

#### a) Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 16 Abs 2 S 1 und 2 GmbHG

Den Leading case bildet weiterhin die Entscheidung des OGH vom 30.4.1990.<sup>17)</sup> Ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der lediglich mit 25 % an der Gesellschaft beteiligt war, wurde von Ehefrau und Tochter, die gemeinsam 75 % der Geschäftsanteile hielten auf Abberufung geklagt. Das Gericht wies die Klage mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes ab. Aicher<sup>18)</sup> kritisierte diese Entscheidung: Aufgrund der Beteiligungsverhältnisse wäre eine gesellschaftsinterne Abberufung ohne weiteres möglich gewesen. Das Erfordernis einer gesellschaftsinternen Regelung ergäbe sich aus dem „historischen“ Ultima-Ratio-Zweck des § 16 Abs 2 S 1. Erst im Folgejudikat OGH 7 Ob 559/91 lehnt das Höchstgericht eine obligatorische Generalversammlung vor Einbringung der Abberufungsklage ausdrücklich ab.<sup>19)</sup> Im Wesentlichen stützt es sich dabei auf die von Reich-Rohrwig<sup>20)</sup> vorgebrachten Bedenken. Demnach sei bei entsprechenden Beteiligungsverhältnissen die Gesellschafterversammlung lediglich ein „unnötiger Formalismus“. Zudem verweise § 16 Abs 2 S 1 auf die §§ 117, 127 UGB.<sup>21)</sup> Die §§ 117, 127 UGB seien sinngemäß anzuwenden. Die hA zu diesen Bestimmungen verlange keine Generalversammlung. Das müsse aufgrund der analogen Geltung auch im GmbH-Recht der Fall sein. Das zentrale Argument von Reich-Rohrwig ist allerdings ein anderes: § 37 Abs 1 ermögliche lediglich Gesellschaftern, die über eine Beteiligung von mindestens 10 % am Stammkapital verfügen, die Einberufung einer Generalver-

<sup>11)</sup> BGBl 1997/114.

<sup>12)</sup> Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 16 Rz 30b.

<sup>13)</sup> Die Frage, wie ein Gesellschafter vorzugehen hat, der über keine zur Einberufung der Generalversammlung hinreichende Minderheit iSd § 37 Abs 1 verfügt, wird vorerst ausgeklammert. Sie hängt zunächst davon ab, ob eine Generalversammlung überhaupt erforderlich ist (vgl dazu II.2.d).

<sup>14)</sup> Vgl A. Heidinger in Gruber/Harrer, GmbHG § 33 Rz 11.

<sup>15)</sup> Vgl Eckert, Abberufung 106 f.

<sup>16)</sup> Vgl II.2.c.

<sup>17)</sup> Vgl OGH 4 Ob 507/90, wbl 1990, 383.

<sup>18)</sup> wbl 1990, 383.

<sup>19)</sup> Vgl OGH 11.7.1991, 7 Ob 559/91, wbl 1992, 63.

<sup>20)</sup> Zur gerichtlichen Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, ecolex 1990, 87 ff.

<sup>21)</sup> Vgl Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 87 f; zust OGH 11.7.1991, 7 Ob 559/91, wbl 1992, 63; OLG Wien 1.6.1990, 3 R 28/90, ecolex 1990, 755.

sammlung zu erzwingen.<sup>22)</sup> Eine verpflichtende gesellschaftsinterne Regelung könne deshalb nicht verlangt werden, da es dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen sei, dass er für die Abberufungsklage eine 10 %-Beteiligung voraussetze.<sup>23)</sup>

Eckert<sup>24)</sup> führt weitere Argumente gegen eine vorangehende Gesellschafterversammlung an. Sowohl beim Gesellschafter- als auch beim Fremdgeschäftsführer sei eine vorangehende Befassung der Gesellschafter nicht erforderlich.<sup>25)</sup> Die seit dem IRÄG 1997 hA verlange zwar vor der gerichtlichen Abberufung des Fremdgeschäftsführers eine obligatorische Generalversammlung. Sie begründe dies mit dem in § 16 Abs 2 S 3 neu eingefügten Relativsatz, der normiert, dass jene Gesellschafter, die nicht für die Abberufung *gestimmt haben*, auf Mitwirkung geklagt werden können. Diese Annahme sei jedoch nicht zwingend. Es könne auch nicht für etwas gestimmt werden, indem eine Abstimmung gänzlich unterbliebe.<sup>26)</sup> Selbst wenn man von einer verpflichtenden Generalversammlung beim Fremdgeschäftsführer ausginge, könne man dieses Erfordernis nicht auf den Gesellschafter-Geschäftsführer übertragen.<sup>27)</sup> Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers erfolge mittels Rechtsgestaltungsklage, jene des Fremdgeschäftsführers hingegen durch Leistungsklage. Nach der Intention der Gesetzesverfasser, sei eine vorangehende Generalversammlung bei der Abberufung nach § 16 Abs 2 S 3 vor Klagseinbringung deshalb notwendig, um die Stimmabgabe zu ersetzen, weil nach hA ein Beschluss mittels Leistungsklage nicht ersetzt werden könne. Da aber der Gesellschafter-Geschäftsführer durch die rechtsgestaltende Wirkung des Urteils abberufen werde, sei eine Generalversammlung obsolet.

Harrer<sup>28)</sup> hingegen tritt für eine verpflichtende Auseinandersetzung auf Gesellschafterebene vor Klagsführung ein. Unabhängig von den Beteiligungsverhältnissen müsse ein Gesellschafter vor Einbringung einer Abberufungsklage zumindest den Versuch einer gesellschaftsinternen Lösung unternehmen. Dies sei Folge von Treu- und Loyalitätsbindungen. Auch stünde § 37 Abs 1 einer gesellschaftsinternen Regelung nicht entgegen. Ein Geschäftsführer sei aufgrund der Interessenwahrungspflicht auch gegenüber einem Gesellschafter, der die 10 %-Hürde nicht erreiche, verpflichtet, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen.

<sup>22)</sup> IdS Wünsch in FS Ostheim 452.

<sup>23)</sup> IdS auch N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG § 16 Rz 56, die aber das Rechtsschutzinteresse für jene Fälle verneinen, in denen ein abberufungswilliger Gesellschafter die ausreichende Beteiligung zur Einberufung der Generalversammlung und Durchführung der Abberufung in dieser hat; ähnlich bereits Paschinger, GmbHG-Novelle 1980 Nachtrag (1982) 21.

<sup>24)</sup> Abberufung 106 ff, 131 ff.

<sup>25)</sup> Vgl auch Zib in U. Torggler, GmbHG § 16 Rz 40.

<sup>26)</sup> Vgl Eckert, Abberufung 106.

<sup>27)</sup> Vgl Eckert, Abberufung 106 f.

<sup>28)</sup> In Gruber/Harrer, GmbHG § 39 Rz 74; ders, Casebook Gesellschaftsrecht (2015) 21 f; idS bereits C. Nowotny, NZ 1982, 90.

Weigere sich ein Geschäftsführer dennoch, eine Generalversammlung in die Wege zu leiten, setze er einen weiteren wichtigen Grund, der seine Abberufung rechtfertige.<sup>29)</sup>

U. Torggler<sup>30)</sup> differenziert zwischen Geschäftsführern mit und ohne Sonderrecht. Ein Geschäftsführer mit Sonderrecht sei nach § 16 Abs 2 S 2 ab-zuberufen. Für alle anderen sei § 16 Abs 2 S 3 einschlägig. Eine Abberufung hätte durch Beschluss zu erfolgen.

#### b) Fremdgeschäftsführer nach § 16 Abs 2 S 3 GmbHG

Zur gerichtlichen Abberufung des Fremdgeschäftsführers liegt kaum Judikatur vor. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass die Regelung, die eine gerichtliche Abberufung des Fremdgeschäftsführers ermöglicht, wesentlich später in Kraft getreten ist, als jene, die die gerichtliche Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers betrifft. Die zur gerichtlichen Abberufung des Fremdgeschäftsführers ergangene Rsp tendiert zu einer am Wortlaut ausgerichteten Interpretation. Der Entscheidung OGH 6 Ob 213/07b liegt nachstehender Sachverhalt zugrunde: Aufgrund eines behaupteten Verstoßes gegen ein gesellschaftsvertragliches Konkurrenzverbot, hätte der Fremdgeschäftsführer in der Gesellschafterversammlung abberufen werden sollen. In dieser kam es jedoch zu einer Pattstellung. Die Hälfte der Gesellschafter stimmte gegen, die andere für die Abberufung. Daraufhin wurde Mitwirkungsklage nach § 16 Abs 2 S 3 eingebracht und jener Gesellschafter, der gegen die Abberufung gestimmt hatte auf Zustimmung geklagt.

Die Klage wurde mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes abgewiesen. Aus der Begründung geht allerdings hervor, dass der OGH bei der Mitwirkungsklage iSd § 16 Abs 2 S 3 ein wortlautkonformes Vorgehen verlangt. Demnach könne ein Fremdgeschäftsführer, für dessen Abberufung sich keine Mehrheit finde, mit Hilfe des Gerichts auf die in § 16 Abs 2 S 3 *vorgezeichnete* Weise abberufen werden.

Auch Koppensteiner/Rüffler<sup>31)</sup> leiten aus dem Wortlaut des § 16 Abs 2 S 3 ab, dass vorher zumindest der Versuch einer gesellschaftsinternen Regelung zu unternehmen ist.

Trotz des Wortlauts hält die überwiegende Auffassung auch bei der Abberufung des Fremdgeschäftsführers eine Befassung der Generalversammlung für nicht erforderlich.<sup>32)</sup>

Nach Eckert<sup>33)</sup> wurde eine Beschlussfassung deshalb vorgeschrieben, um dem Zustimmungsurteil eine abberufende Wirkung beimessen zu können. Anstelle einer Generalversammlung hält dieser die Teilnahme sämtlicher Gesellschafter am Abberu-

<sup>29)</sup> Vgl Harrer, Casebook Gesellschaftsrecht 21 f.

<sup>30)</sup> Anm zu OGH 9.11.2006, 6 Ob 190/06v, GesRZ 2007, 129 f.

<sup>31)</sup> GmbHG § 16 Rz 30b; zust Ratka in WK, GmbHG (2013) § 16 Rz 56.

<sup>32)</sup> Vgl Zib in U. Torggler, GmbHG § 16 Rz 53; Eckert, Abberufung 131 ff.

<sup>33)</sup> Abberufung 131 ff.



fungsprozess für ausreichend. Er hebt hervor, dass der Wortlaut des § 16 Abs 2 S 3 eine Gesellschafterversammlung indiziere.<sup>34)</sup> Diese Annahme sei allerdings nicht zwingend. Es könne nämlich auch nicht für etwas gestimmt werden, indem eine Beschlussfassung zur Gänze unterbliebe. Letztlich räumt Eckert<sup>35)</sup> ein, dass die Ansicht Koppensteiners der gesetzgeberischen Intention näher käme.

## 2. Stellungnahme

### a) Wortlaut des § 16 Abs 2 S 3 GmbHG

Wie bereits gesagt, hat nach dem Wortlaut des § 16 Abs 2 S 3 eine verpflichtende Beschlussfassung vor Einbringung der Mitwirkungsklage (arg „...die nicht für die Abberufung gestimmt haben“) stattzufinden. In der oben referierten Entscheidung OGH 6 Ob 213/07b stellte das Höchstgericht zunächst klar, dass die Abberufung des Fremdgeschäftsführers nach der Intention der Gesetzesverfasser zu erfolgen hat. Wenn sich für die Abberufung keine Mehrheit findet – so der OGH – ist nach dem in § 16 Abs 2 S 3 vorgezeichneten Weg vorzugehen. Ob sich für eine Abberufung eine Mehrheit findet oder nicht, lässt sich erst nach der Beschlussfassung verbindlich festlegen. Eine Gesellschaft äußert ihren Willen rechtsverbindlich in Form von Gesellschafterbeschlüssen. Es wird ein kollektiver Wille gebildet.<sup>36)</sup> Informelle Gespräche unter den Gesellschaftern können eine Beschlussfassung hingegen nicht ersetzen.

Das Argument Eckerts, der Wortlaut der Bestimmung lasse nicht zwingend auf eine verpflichtende gesellschaftsinterne Regelung schließen, überzeugt aus historischen Gründen nicht. Der Gesetzgeber wollte ein Problem, das sich in der Gesellschafterversammlung ergeben hat, in der die Abberufung eines Fremdgeschäftsführers auf der Tagesordnung steht, lösen. In einer Gesellschafterversammlung, die sich mit der Abberufung des Geschäftsführers befasst, wird auch darüber abgestimmt, ob der Geschäftsführer im Amt bleiben soll oder nicht. Diese Sichtweise deckt sich auch mit der Organisationsverfassung des GmbHG. Nach § 34 Abs 1 werden die durch das Gesetz oder Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern vorbehaltenen Beschlüsse in der Generalversammlung gefasst.

Eine Korrektur dahingehend, dass eine Beschlussfassung durch die Teilnahme sämtlicher Gesellschafter am Verfahren ersetzt wird, vernachlässigt den Zusammenhang innerhalb der Norm. Nach §§ 15 Abs 1, 16 Abs 1 werden die Geschäftsführer von der Generalversammlung bestellt und auch wieder abberufen.<sup>37)</sup> Ergeben sich bei der Abberu-

fung eines Fremdgeschäftsführers Probleme, kann darauf mit der Zustimmungsklage geantwortet werden.

Die Gegenauffassung würde die Abberufungskompetenz der Generalversammlung weitestgehend beseitigen, wenn ein wichtiger Grund behauptet wird. § 16 Abs 2 S 3 schließt die Anwendung des § 16 Abs 1 nicht aus, sondern ergänzt diesen in besonders gelagerten Problemfällen. Nach der Intention der Gesetzesverfasser kommt § 16 Abs 2 S 3 eine klarstellende Funktion zu. Es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, einen von der Mehrheit getragenen Fremdgeschäftsführer seines Amtes zu entheben.<sup>38)</sup> Dies war vor der Richtigstellung durch das IRAG 1997 umstritten.<sup>39)</sup> § 16 Abs 2 S 3 stellt aber auch klar, dass die Abberufung des Fremdgeschäftsführers regelmäßig nicht zu einer Verschiebung der Zuständigkeit führt. Die Abberufung soll nach wie vor grundsätzlich durch die Gesellschafterversammlung erfolgen.

### b) Wertungen des GmbH-Rechts

Die Generalversammlung fungiert als zentrales Willensbildungsorgan der GmbH.<sup>40)</sup> Das GmbHG enthält in § 35 Abs 1 eine Zuständigkeitszuweisung an die Gesellschafterversammlung.<sup>41)</sup> Nach dieser Bestimmung unterliegen der Beschlussfassung der Generalversammlung *neben den im GmbHG an anderen Stellen bezeichneten Gegenständen* zB: „Maßregeln zur Überprüfung und Überwachung der Geschäftsleitung“ (Z 5) und die „Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die [...] Geschäftsführer“ (Z 6). Die Zuständigkeit der Generalversammlung ist in dieser Bestimmung nur lückenhaft geregelt.<sup>42)</sup> Der Verweis auf die an anderen Stellen des GmbHG bezeichneten Beschlussgegenstände der Generalversammlung ist deshalb von besonderem Interesse. Die hA erblickt nämlich auch in der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer nach §§ 15 Abs 1, 16 Abs 1 eine zwingende, der Beschlussfassung durch die Gesellschafter unterliegende Kompetenz.<sup>43)</sup> Die Nichtnennung der Bestellung und Abberufung in § 35 Abs 1 steht einer Einordnung als zwingende Kompetenz der Generalversammlung nicht entgegen.<sup>44)</sup> Mithin ist zu erörtern, ob auch die in § 16 Abs 2 S 3 angedeutete Zuständigkeit der Generalversammlung ein „an anderer Stelle bezeichneter Gegenstand“ ist, der zwingend einer Beschlussfassung bedarf.

<sup>38)</sup> EBRV 734 BlgNR. XX. GP, S. 66.

<sup>39)</sup> Vgl Fn 9.

<sup>40)</sup> Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 2; C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/280; Enzinger in WK, GmbHG § 35 Rz 2; Vogel, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung<sup>2</sup> (1985) 11.

<sup>41)</sup> Vgl Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG § 35 Rz 1.

<sup>42)</sup> Vgl Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG § 35 Rz 1.

<sup>43)</sup> Vgl Kraus, ecolx 1998, 631; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG § 35 Rz 80; Eckert, Abberufung 20 ff; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 45.

<sup>44)</sup> Vgl Eckert, Abberufung 23 ff, mit ausführlicher Begründung.

<sup>34)</sup> Vgl Eckert, Abberufung 106.

<sup>35)</sup> Abberufung 132.

<sup>36)</sup> Vgl Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) 11.

<sup>37)</sup> Dabei handelt es sich um eine zwingende, nicht entziehbare Kompetenz der Generalversammlung. Vgl Kraus, Kompetenzverteilung bei der GmbH, ecolx 1998, 631 f; vgl zu § 38 dGmbHG, Werner, Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund, GmbHR 2015, 1189.

Bereits ein Blick auf das unmittelbare normative Umfeld erweist sich als hilfreich. Die gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers war auch Bestandteil der GmbH-Reform 1980. § 15a Abs 1 bildet gleichsam den Gegenpol zu § 16 Abs 2. Beide Normen dienen der Behebung von Unzulänglichkeiten im Zusammenhang mit der Geschäftsführung und der daraus resultierenden Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft.<sup>45)</sup> Bei § 16 Abs 2 soll ein nicht mehr tragfähiger Geschäftsführer von der Geschäftsleitung ausgeschlossen werden. Für den Fall, dass die zur Vertretung der Gesellschaft erforderliche Zahl von Geschäftsführern fehlt<sup>46)</sup>, greift § 15a ein. Beide Bestimmungen berühren zwingende Kompetenzen der Gesellschafterversammlung.<sup>47)</sup> § 15a betrifft die Bestellung und § 16 Abs 2 die Abberufung des Geschäftsführers. Nach jener Bestimmung kann auf Antrag eines Beteiligten in dringenden Fällen durch das Gericht ein Notgeschäftsführer bestellt werden.<sup>48)</sup> Eine gerichtliche Bestellung ist nach dem Wortlaut nur für den Zeitraum bis zur Behebung des Mangels möglich und beschränkt sich auf dringende Fälle. Nach der hA liegt Dringlichkeit nur dann vor, wenn nicht auf anderem Wege Abhilfe geschafft werden kann und der Gesellschaft ein Schaden droht.<sup>49)</sup> Dringlichkeit ist insb dann nicht gegeben, wenn die Gesellschafter aufgrund ausreichender Beteiligung iSd § 37 Abs 1 selbst eine Gesellschafterversammlung in die Wege leiten könnten.<sup>50)</sup> Dementsprechend hat das Firmenbuchgericht bei der Prüfung, ob ein Notgeschäftsführer erforderlich ist, einen strengen Maßstab anzulegen.<sup>51)</sup> Der Bestellung eines Notgeschäftsführers kommt eine Ultima-Ratio-Funktion zu.<sup>52)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*<sup>53)</sup> weisen zutreffend darauf hin, dass die Bestellung des Geschäftsführers prinzipiell eine gesellschaftsinterne Angelegenheit sei. Lediglich Gesellschafter, die über keine Beteiligung iSd § 37 Abs 1 verfügen, könnten direkt den Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers stellen.<sup>54)</sup>

<sup>45)</sup> § 15a bezieht sich expressis verbis zwar nur auf die Vertretung. Vertretung wird hier aber nicht als terminus technicus verwendet. Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 3; OGH 26.1.2006, 6 Ob 10/06y, HS 37.107.

<sup>46)</sup> Für die folgenden Ausführungen wird von einem tatsächlichen Fehlen der Geschäftsführer ausgegangen.

<sup>47)</sup> Vgl *Kraus*, *ecolex* 1998, 631; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/281.

<sup>48)</sup> Vgl § 15a Abs 1.

<sup>49)</sup> Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 5.

<sup>50)</sup> Vgl *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 15a Rz 24. Nach diesen Autoren liegt ein dringender Fall hingegen dann vor, wenn eine Pattstellung vorläge oder mit der Dauer der Einberufungsprozedur erhebliche Nachteile verbunden seien. Vgl dazu bereits *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 6 mwN.

<sup>51)</sup> Vgl OGH 16.6.2011, 6 Ob 79/11b, RdW 2011, 533.

<sup>52)</sup> Vgl *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 15a Rz 9; idS *Pöltner*, Der Notgeschäftsführer in der GmbH (2002) 57 ff.

<sup>53)</sup> GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 6; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 15a Rz 9; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/154.

<sup>54)</sup> Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15a Rz 6.

Aber nicht nur im Umfeld des § 16 sieht das Gesetz eine subsidiäre Kompetenz des Gerichts vor. Im GmbHG finden sich auch einige Minderheitenrechte.<sup>55)</sup> § 45 regelt die Sonderprüfung. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht auf Antrag einer Minderheit, deren Stammeinlagen den zehnten Teil des Stammkapitals oder den Nennbetrag von € 700.000,-- erreichen, sachverständige Revisoren bestellen. Durch die Beiziehung externer Spezialisten sollen Unzulänglichkeiten, die den letzten Jahresabschluss betreffen, zu Tage gefördert werden.<sup>56)</sup> Die Aufstellung des Jahresabschlusses fällt in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer.<sup>57)</sup> Kommen die Sonderprüfer zu dem Ergebnis, dass es bei der Aufstellung des letzten Jahresabschlusses zu Unredlichkeiten gekommen ist, kann dies eine Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund rechtfertigen.<sup>58)</sup>

Zudem setzt die gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern voraus, dass der Antrag auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung des letzten Jahresabschlusses abgelehnt wird.<sup>59)</sup>

Das GmbHG sieht also ein zweigliedriges Modell vor. Die dahinterstehende legislatorische Idee hat die Zuständigkeitsabgrenzung des GmbH-Rechts vor Augen. § 35 Abs 1 Z 5 weist die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung vorrangig dem Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter zu. Die Bestellung von Sonderprüfern ist eine Möglichkeit, um die Tätigkeit der Geschäftsführung zu überprüfen. In die Kompetenzordnung des GmbHG kann durch Antrag einer qualifizierten Minderheit nur ausnahmsweise eingegriffen werden. Die gerichtliche Geltendmachung ist erst zulässig, wenn – nach Ansicht der Minderheit – die Generalversammlung ihre Kompetenzen nicht im Sinne des Gesellschaftswohls wahrnimmt. Erklären sich die Gesellschafter ohnedies bereit, eine Sonderprüfung in die Wege zu leiten, ist eine Auseinandersetzung auf gerichtlicher Ebene nicht erforderlich. Erst wenn sich die dissentierende Haltung der Gesellschafter manifestiert hat, ist eine qualifizierte Minderheit befugt, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Die Gesellschafter werden ihre negative Haltung vor allem durch einen ablehnenden Gesellschafterbeschluss zum Ausdruck bringen.<sup>60)</sup> Dabei ist nach hA die Anfechtung des Beschlusses nicht erforderlich.<sup>61)</sup> Das Schrifttum tritt für ein weites Verständnis des Ablehnungsbegriffs ein.<sup>62)</sup> Dem-

<sup>55)</sup> Vgl §§ 45 ff.

<sup>56)</sup> Vgl *Wünsch*, Rechtliche Probleme im Umfeld der Sonderprüfung, FS Egger (1997) 558; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 45 Rz 9.

<sup>57)</sup> Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 22 Rz 16.

<sup>58)</sup> Vgl *Geist*, Zum Gegenstand der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag im GmbH-Recht, ÖJZ 1995, 662; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 45 Rz 3; *Haberer* in *U. Torggler*, GmbHG § 45 Rz 13 in fine.

<sup>59)</sup> Vgl § 45 Abs 1 S 1.

<sup>60)</sup> Vgl *Wehner*, Die Sonderprüfung bei Kapitalgesellschaften (2011) 258.

<sup>61)</sup> Vgl *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 45 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 45 Rz 6; *Enzinger* in *WK*, GmbHG § 45 Rz 6.

<sup>62)</sup> Vgl *Wehner*, Sonderprüfung 258.

nach sind der Versagung durch Beschluss jene Fälle gleichgestellt, in denen die Gesellschafter auf andere Weise eine Revision verhindern.<sup>63)</sup> Dies ist immer dann der Fall, wenn etwa ein befangener Revisor bestellt wird oder wenn sich die Gesellschafter nicht mit dem Antrag beschlussmäßig befassen.<sup>64)</sup> Eine abweisende Bemerkung eines Mehrheitsgesellschafters außerhalb eines Beschlussverfahrens reicht hingegen nicht aus, um die negative Haltung zu manifestieren.<sup>65)</sup>

Die Sonderprüfung kann auch bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer oder den Aufsichtsrat unterstützend herangezogen werden. In diesem Zusammenhang dient die Sonderprüfung als Entscheidungsgrundlage, ob eine gerichtliche Vorgehensweise sinnvoll erscheint. § 48 Abs 1 normiert die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, Geschäftsführer und Mitglieder des Aufsichtsrats. Eine qualifizierte Minderheit, die entweder mit 10 % am Stammkapital beteiligt ist oder den Nennbetrag von € 700.000,-- erreicht, kann Ansprüche der Gesellschaft geltend machen. Dies setzt wiederum voraus, dass der Antrag über die Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft zuvor durch Beschluss der Gesellschafter abgelehnt oder der Antrag nicht zur Beschlussfassung gebracht worden ist.<sup>66)</sup> Das Erfordernis einer vorangehenden, ablehnenden Beschlussfassung der Gesellschafter ergibt sich erneut aus der Kompetenzzuordnung des GmbHG.<sup>67)</sup>

§ 35 Abs 1 Z 6 weist die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung zu. Diese Bestimmung ist gem § 35 Abs 2 zwingend. Das Gesetz setzt auch bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch eine qualifizierte Minderheit voraus, dass das ursprünglich kompetente Organ, die Generalversammlung, eine beabsichtigte Klagsführung gegen den Geschäftsführer abgelehnt hat. Judikatur und Teile des Schrifttums tendieren hingegen nicht selten dazu, die Generalversammlung als unnötigen Formalismus abzutun.<sup>68)</sup> In einer jüngeren, das Verbot der Einlagenrückgewähr betreffenden Entscheidung, hat der OGH das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses für die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs verneint.<sup>69)</sup> Ein Gesellschafterbeschluss, der sich gegen die Geltendmachung der gesetzwidrig geleisteten Zahlungen richte, sei gem § 83 Abs 4 nichtig. Deshalb sei ein Beschluss nicht notwendig. Diese Sichtweise leuchtet nicht ohne weiteres ein. Richtig ist, dass

die Gesellschafter verpflichtet sind, gesetzwidrig geleistete Zahlungen zurückzufordern.<sup>70)</sup> Insoweit ist die Dispositionsfähigkeit beschränkt. Die Art der Geltendmachung ist aber nach wie vor eine Angelegenheit der Generalversammlung.<sup>71)</sup> Sie entscheidet darüber, wie diese erfolgen soll. Aufgrund der zu befürchtenden negativen Publizität werden die Gesellschafter zunächst eine gesellschaftsinterne Auseinandersetzung bevorzugen.<sup>72)</sup> Imageverluste können aber auch bei der gerichtlichen Abberufung aus wichtigem Grund auftreten.<sup>73)</sup> Das Interesse der Gesellschaft steht im Vordergrund. Gegenüber Gläubigern, Banken und anderen Geschäftspartnern ist der gute Ruf die Währung der Gesellschaft. Dritte überlegen, ob die Zusammenarbeit fortgesetzt werden soll. Deshalb ist auch in der Abberufung nach § 16 Abs 2 S 3 ein an anderer Stelle des GmbHG bezeichneter, der Generalversammlung zugewiesener Beschlussgegenstand zu erblicken.

#### c) Analoge Anwendung auf Gesellschafter-Geschäftsführer

Fraglich ist, ob sich diese Wertungen auch auf die gerichtliche Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers erstrecken lassen. Dies setzt voraus, dass das Gesetz planwidrig unvollständig ist.<sup>74)</sup> Das GmbHG enthält zwar eine Regelung in § 16 Abs 2 S 1 über die gerichtliche Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers. Ob allerdings im Vorfeld das gesetzliche Ausgangsmodell – Abberufung durch Gesellschaftersbeschluss – zur Anwendung gelangen muss, ist dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen. Dem Gesetzgeber war klar, dass trotz Einführung der Abberufungsklage noch einige Fragen ungeklärt bleiben würden. Deshalb versuchte er durch den Verweis in § 16 Abs 2 S 2 Abhilfe zu schaffen. Diese Regelungstechnik hatte einiges für sich. Zu den personengesellschaftlichen Parallelbestimmungen hatte sich nämlich, insbesondere was die Frage des wichtigen Grundes betrifft, bereits ein Meinungsstand etabliert. Zur Frage der Einbeziehung der Gesellschafterversammlung vor den Entziehungsklagen nach den §§ 117, 127 UGB, kann aber nicht von einem gefestigten Meinungsstand gesprochen werden.

Für Österreich haben lediglich *Jabornegg/Artmann* dazu Stellung bezogen.<sup>75)</sup> Im Anschluss an die hA halten diese einen vorangehenden Gesellschaftersbeschluss für nicht erforderlich. Als Begründung dient der Verweis auf die Entscheidung

<sup>63)</sup> Vgl *Wehner*, Sonderprüfung 258; *Umfahrer*, GmbHG (2008) Fn 1239.

<sup>64)</sup> Vgl *Harrer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 45 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 45 Rz 4; *Wehner*, Sonderprüfung 258 f; *Keinert*, Sonderprüfungen im Recht der Kapitalgesellschaften, GesRZ 1976, 23 mwN.

<sup>65)</sup> Vgl OGH 14.9.1967, 1 Ob 55/67, HS 6606/11.

<sup>66)</sup> Vgl § 48 Abs 1 in fine.

<sup>67)</sup> Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup> (1990) 389 Fn 158.

<sup>68)</sup> Vgl *Reich-Rohrwig*, *ecolox* 1990, 87 f; OGH 11.7.1991, 7 Ob 559/91, wbl 1992, 63.

<sup>69)</sup> Vgl OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f, wbl 2016, 523.

<sup>70)</sup> Vgl *Harrer*, Die Kompetenz der Generalversammlung bei unzulässigen Entnahmen, FS Aicher (2012) 235.

<sup>71)</sup> Vgl *Harrer* in FS Aicher 242.

<sup>72)</sup> Vgl *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 215 mwN.

<sup>73)</sup> Vgl dazu *Rechberger*, Prozesskostenrisiko und unternehmerische Sorgfalt, GesRZ 2016, 122 ff, der auf die vielfältigen Risiken einer Prozessführung hinweist.

<sup>74)</sup> Vgl *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1982) 16 f.

<sup>75)</sup> Vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB<sup>2</sup> (2010) § 117 Rz 24.



OGH 7 Ob 559/91.<sup>76)</sup> In dieser Entscheidung hatte sich das Höchstgericht indes mit der Abberufung eines *GmbH-Geschäftsführers* zu befassen. Der Verweis auf dieses Judikat lässt nicht die auch für das GmbH-Recht richtungsweisende Annahme zu, eine Gesellschafterversammlung sei vor der gerichtlichen Abberufung/Entziehung nicht erforderlich.

§ 16 Abs 2 S 2 verlangt lediglich die *sinngemäße* Anwendung der §§ 117, 127 UGB. Die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft sind kraft Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet.<sup>77)</sup> Bei der GmbH bedeutet die Gesellschafterstellung nicht automatisch auch die Übernahme von Leitungsaufgaben. Bei den Entziehungsklagen nach den §§ 117, 127 UGB wird zudem stets der Gesellschaftsvertrag tangiert.<sup>78)</sup> Entscheidend ist, dass die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis – mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung – nur durch die §§ 117, 127 UGB entzogen werden können.<sup>79)</sup> Bereits aus den Materialien zum ADHGB geht hervor, dass sich der Gesetzgeber gegen eine Entziehung aus wichtigem Grund durch Gesellschafterbeschluss entschieden hat.<sup>80)</sup> Eine Entziehung der Vertretungsmacht durch Beschluss sei insb deshalb abzulehnen, weil für Dritte im Rechtsverkehr, die zwar vom Entziehungsbeschluss Kenntnis erlangen, sich aber über das tatsächliche Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht im Klaren sind eine unsichere Lage ergäbe.<sup>81)</sup> Der Entzug der Geschäftsführungs- bzw Vertretungsbefugnis ist auch ein weitaus stärkerer Eingriff in die Gesellschafterstellung als das GmbH-rechtliche Pendant der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers. Während der Komplementär unbeschränkt und persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen muss, haftet der Gesellschafter-Geschäftsführer gegenüber Gläubigern nicht.<sup>82)</sup> Die Entziehung schneidet den Komplementär fast vollständig von der Geschäftsleitung ab, die unbeschränkte Haftung bestünde aber weiterhin.<sup>83)</sup>

Ein Blick ins GmbH-Recht zeigt, dass die historischen Bedenken dort nicht zutreffen. § 16 Abs 3 S 2 geht nämlich von der Wirksamkeit des Beschlusses

aus, bis über die Unwirksamkeit, insbesondere über das Vorliegen eines wichtigen Grundes rechtskräftig entschieden ist. Zwar besteht auch hier immer noch die Gefahr eines nichtigen Abberufungsbeschlusses, hier schützen allerdings § 15 UGB und die allgemeinen Bestimmungen im ABGB Dritte im Rechtsverkehr.

Es ist daher festzuhalten, dass die Wertungen aus dem Personengesellschaftsrecht nicht übertragbar sind. Das Gesetz ist lückenhaft. Eine Schließung der Lücke innerhalb der Norm liegt nahe. § 16 Abs 3 S 2 hat auch eine weitere Stoßrichtung. Aus ihr lässt sich entnehmen, dass auch dann, wenn die Abberufung im Gesellschaftsvertrag auf wichtige Gründe beschränkt ist, die Generalversammlung die Abberufung vorzunehmen hat. Die Wirksamkeitsfiktion setzt voraus, dass ein Beschluss der eine Abberufung aus wichtigem Grund zum Gegenstand hat, zunächst gefasst wird. Vergleicht man die Situation vor der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers mit jener vor der Abberufung eines Fremdgeschäftsführers, kommt man zu dem Ergebnis, dass die teleologischen Gedanken übertragbar sind. Hält man sich die bereits oben angesprochene Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor Augen, erscheint eine Differenzierung geradezu befremdlich. § 35 Abs 1 Z 6 trennt nicht zwischen der Geltendmachung von Ansprüchen gegen Gesellschafter- und solchen gegen Fremdgeschäftsführer. Eine Unterscheidung dahingehend, dass bei der gerichtlichen Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers eine Beschlussfassung unterbleiben kann, bei jener des Fremdgeschäftsführers hingegen stattzufinden hat, leuchtet nicht ein.

Zudem hat der Gesellschafter-Geschäftsführer die Gelegenheit, seinen Standpunkt darzulegen und auf die Willensbildung der übrigen Gesellschafter einzuwirken. Aber auch die übrigen Gesellschafter haben das Recht, über Gesellschaftsinterne informiert zu werden und ihre Meinung zu artikulieren.<sup>84)</sup> Nicht selten wird eine Auseinandersetzung der Sachlage auf Gesellschaftsebene eine gerichtliche Vorgehensweise entbehrlich machen.

Erst wenn der Antrag abgelehnt oder nicht zur Beschlussfassung gebracht wird, ist die gerichtliche Geltendmachung unausweichlich. Wie oben erörtert, sieht das GmbHG regelmäßig ein zweigliedriges Modell vor. Auch die Schaffung der Abberufungsklagen ist auf verschiedene Unzulänglichkeiten betreffend die Abberufung der Geschäftsführer zurückzuführen. Ob es zu Unzulänglichkeiten kommt, kann erst nach der Beschlussfassung in der Generalversammlung verbindlich festgestellt werden.

Ungeachtet der gerichtlichen Lösungsmöglichkeiten haben diese Probleme ihren Ausgangspunkt in der Generalversammlung. Dort sollten sie auch primär bereinigt werden.

Diese Sichtweise stellt das Gesellschaftswohl in den Vordergrund. Eine gedeihliche Zusammenarbeit nach einem – unter Umständen überstürzten und vielleicht vermeidbaren – Gerichtsverfahren

<sup>76)</sup> Vgl OGH 11.7.1991, 7 Ob 559/91, wbl 1992, 63; auf den Beitrag *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 88 wird ebenfalls verwiesen. Eine Begründung fehlt auch dort.

<sup>77)</sup> Vgl *U. Torggler*, *GesRZ* 2007, 129 f.

<sup>78)</sup> Vgl *U. Torggler*, *GesRZ* 2007, 130.

<sup>79)</sup> Vgl zu den §§ 117, 127 HGB: BGH 20.12.1982, II ZR 110/82, BGHZ 86, 177, 180; *Fischer*, *Der Rechtsstreit über die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers*, BB 2013, 2826.

<sup>80)</sup> Vgl *Hahn/Mugdan*, *Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Materialien zum Handelsgesetzbuch* (1897) 266.

<sup>81)</sup> Vgl *Hahn/Mugdan*, *Materialien* 266.

<sup>82)</sup> Wenn man von Fällen der bis heute in ihren Konturen unscharfen Durchgriffshaftung absieht.

<sup>83)</sup> Zwar hat der unbeschränkt haftende Gesellschafter nach wie vor gem § 116 Abs 2 UGB bei außergewöhnlichen Geschäften ein Zustimmungsrecht. Am Tagesgeschäft, welches keinen geringeren Einfluss auf sein Haftungsrisiko hat, kann er hingegen nicht mehr mitwirken.

<sup>84)</sup> Vgl *Harrer* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG* § 34 Rz 42.

erscheint lebensfern. Aus all dem folgt, dass auch die gerichtliche Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers eine Maßnahme ist, die zunächst in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt.

d) *Fehlende Einberufungsmöglichkeit nach § 37 Abs 1 GmbHG?*

Die Untersuchung hat ergeben, dass vor der gerichtlichen Abberufung von Geschäftsführern eine Generalversammlung erforderlich ist. Es erhebt sich die – vorerst ausgeklammerte – Frage, wie Gesellschafter, die über eine Beteiligung von weniger als 10 % verfügen, vorzugehen haben.<sup>85)</sup> § 37 normiert ein Minderheitenrecht. Gesellschafter die allein oder gemeinsam eine Beteiligung von mindestens 10 % halten, können schriftlich unter Angabe des Zwecks die Einberufung einer Generalversammlung verlangen. Sollte der Aufforderung nicht binnen 14 Tagen entsprochen werden, sind die Berechtigten gem § 37 Abs 2 ermächtigt, selbst eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Ein Gesellschafter, der nach § 37 Abs 1 einberufungsbezugt ist, hat zunächst dem Geschäftsführer die behaupteten wichtigen Gründe auseinanderzusetzen und eine Befassung der Generalversammlung anzuregen.<sup>86)</sup> Ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsführer wird dem Anliegen nachkommen. Sollte der Aufforderung des Gesellschafters nicht entsprochen werden, hat der Gesellschafter nach § 37 Abs 2 vorzugehen und eine Generalversammlung selbstständig einzuberufen.

Nach der hA handelt es sich bei der 10 %-Grenze um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers die stets zu respektieren sei.<sup>87)</sup> Gleichwohl wird auch ein 5 %-Gesellschafter zunächst dem Geschäftsführer die Bedenken darlegen.<sup>88)</sup> Dieser ist nach § 36 Abs 2 verpflichtet eine Gesellschafterversammlung außer den in der Satzung oder Gesetz bestimmten Fällen ua dann einzuberufen, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert.<sup>89)</sup> Wie bereits oben angeführt, handelt es sich auch bei der Abberufung nach § 16 Abs 2 zunächst um einen ausschließlich in die Zuständigkeit der Generalversammlung fallenden Beschlussgegenstand.<sup>90)</sup> Deshalb ist der Geschäftsführer angehalten, die Generalversammlung unverzüglich einzuberufen. Ignoriert der Geschäftsführer die plausibel geäußerten Bedenken und hält sich nicht an die Kompetenzordnung des GmbHG, setzt er einen wichtigen Grund der seine Abberufung rechtfertigen könn-

te.<sup>91)</sup> Lediglich bei einer völlig aus der Luft gegriffenen Behauptung eines wichtigen Grundes kann die Einberufung der Generalversammlung wegen Rechtsmissbrauchs unterbleiben. Zudem bestünde gegen den Geschäftsführer ein Schadenersatzanspruch. Dieser wird aber kaum eine verhaltenssteuernde Funktion entfalten, weil der Nachweis eines Schadens überaus schwierig ist.

Verfügt ein Gesellschafter nicht über die zur Durchsetzung der Einberufung hinreichende qualifizierte Minderheit und wird sein Anliegen von der Geschäftsführung und den Mitgesellschaftern nicht ernst genommen, kann dieser sogleich Klage nach § 16 Abs 2 einbringen.

### III. Rechtsfolgen

Es bleibt zu erörtern, wie das Gericht vorzugehen hat, wenn eine gesellschaftsinterne Regelung unterbleibt. Nach jenen Autoren, die vor der gerichtlichen Abberufung unter bestimmten Umständen eine Beschlussfassung verlangen, fehle es am Rechtsschutzbedürfnis, wenn diese unterbleibt.<sup>92)</sup> Noch weiter geht *Eckert*<sup>93)</sup>, der darin lediglich eine Sollvorschrift sieht, die Kostenfolgen nach sich ziehe. In diesem Zusammenhang erscheint ein Blick auf den zu § 35 Abs 1 Z 6 etablierten Meinungsstand erneut hilfreich. Entgegen früherer Stimmen<sup>94)</sup> im Schrifttum, die dem Beschlusserfordernis lediglich Innenwirkung zuerkennen, erblickt die hA darin eine auch auf das Außenverhältnis durchschlagende materiell-rechtliche Voraussetzung.<sup>95)</sup> Begründet wird dies, mit den möglichen negativen Auswirkungen, die eine überstürzte Klagsführung nach sich ziehen kann.<sup>96)</sup>

§ 35 Abs 1 enthält eine Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Generalversammlung und Geschäftsführung.<sup>97)</sup> *Harrer*<sup>98)</sup> hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen keine Angelegenheit der Geschäftsführung ist. Die Geschäftsführer sind schlichtweg unzuständig.<sup>99)</sup>

Die gerichtliche Abberufung von Geschäftsführern ist eine Aufgabe, die in den Kompetenzbereich

<sup>91)</sup> Vgl *Harrer*, Casebook Gesellschaftsrecht 21 f; idS OLG Köln NZG 2011, 307.

<sup>92)</sup> Vgl *N. Arnold/Pampel* in Gruber/Harrer, GmbHG § 16 Rz 60; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 16 Rz 30b.

<sup>93)</sup> Vgl *Eckert*, Abberufung 132 f.

<sup>94)</sup> Vgl zur deutschen Parallelbestimmung des § 46 Nr 8 dGmbHG: *Fastrich*, Zur Zuständigkeit der Geschäftsführer der GmbH bei der Beantragung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer und Gesellschafter, DB 1981, 926 f.

<sup>95)</sup> Vgl bereits OGH 8.2.1990, 6 Ob 747/89, RdW 1990, 285.

<sup>96)</sup> S auch die hA in Deutschland *K. Schmidt* in Scholz (Hrsg), GmbHG<sup>11</sup> (2014) § 46 Rz 141; *Hüffer/Schürnbrand* in Ulmer (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2014) § 46 Rz 100.

<sup>97)</sup> Vgl *Hüffer/Schürnbrand* in Ulmer, GmbHG<sup>2</sup> § 46 Rz 2.

<sup>98)</sup> in Gruber/Harrer, GmbHG § 35 Rz 57; *ders* in FS Aicher 237.

<sup>99)</sup> Vgl *Hüffer/Schürnbrand* in Ulmer, GmbHG<sup>2</sup> § 46 Rz 2.

<sup>85)</sup> Die hA verzichtet vor allem deshalb auf das Erfordernis einer vorangehenden Gesellschafterversammlung, weil Gesellschaftern die über eine Beteiligung von weniger als 10 % verfügen, die zwangsweise Durchsetzung dieser verwehrt bliebe. Vgl a).

<sup>86)</sup> Vgl *Harrer*, Casebook Gesellschaftsrecht 22.

<sup>87)</sup> Vgl *Wünsch*, Zur Einberufung der Generalversammlung durch die Minderheit, GesRZ 1998, 174.

<sup>88)</sup> Vgl *Harrer*, Casebook Gesellschaftsrecht 21 f.

<sup>89)</sup> Vgl *C. Nowotny*, Verlust des halben Stammkapitals, FS Semler (1993) 236.

<sup>90)</sup> Vgl *Schnurbein/Neufeld*, Die fristlose Abberufung und Kündigung eines Geschäftsführers mit Minderheitsbeteiligung, BB 2011, 586.



der Generalversammlung fällt. Die gerichtliche Verfolgung setzt voraus, dass zuvor die interne „Schlichtungseinrichtung“ Generalversammlung konsultiert wird.<sup>100)</sup>

Zunächst hat das Gericht ex offo zu überprüfen, ob eine gesellschaftsinterne Regelung stattgefunden hat. Ist diese unterblieben, hat es dem Kläger die Verbesserung aufzutragen. Seit der Zivilverfahrens-Novelle 1983 sind auch Inhaltsmängel verbesserungsfähig.<sup>101)</sup> Dabei sind nach hA nicht nur gänzliche Unvollständigkeiten erfasst, sondern auch jene die eine Sachentscheidung hindern.<sup>102)</sup> Das Gericht hat dem Kläger aufzutragen die Generalversammlung zu befassen bzw die Erfolglosigkeit seines Versuchs darzutun. Als angemessene Frist iSd §§ 84 Abs 1 iVm Abs 3 ZPO ist dabei auf den Zeitraum abzustellen, der für die ordnungsgemäße Einberufung der Generalversammlung – gegebenenfalls auch qua Selbsthilferecht iSd § 37 Abs 2 – erforderlich ist.

Gegen die zwischenzeitlich möglicherweise auftretende Gefährdung von Gesellschaftsinteressen stellt der einstweilige Rechtsschutz ein probates Mittel dar.<sup>103)</sup> Sollte der Verbesserungsversuch unterbleiben, hat das Gericht eine Sachentscheidung zu treffen und die Klage als unbegründet abzuweisen.<sup>104)</sup>

#### IV. Exkurs: Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 30b Abs 5 GmbHG

Mit dem IRAG 1997 wurde nicht nur eine Bestimmung betreffend die gerichtliche Abberufung des Fremdgeschäftsführers eingefügt, sondern auch das Minderheitenrecht auf Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund.<sup>105)</sup> § 30b Abs 5 besagt, dass eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Stammkapitals erreicht, beantragen kann, ein Aufsichtsratsmitglied abzurufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Parallele zur soeben erörterten Einbeziehung der Generalversammlung vor der gerichtlichen Abberufung des Geschäftsführers liegt zu Tage.

Im Unterschied zu § 16 Abs 2 hat der Gesetzgeber hier nicht ein Individualrecht, sondern ein Minderheitenrecht geschaffen. Dies lässt sich mit der gesetzlichen Grundkonzeption begründen. Ist eine Gesellschaft nämlich aufsichtsratspflichtig iSd

§ 29 Abs 1, handelt es sich regelmäßig um eine größere Gesellschaft. Hätte man die gerichtliche Abberufung des Aufsichtsrats als Individualrecht ausgestaltet, bestünde ein nicht unbeachtliches Störungs- und Risikopotential für die Gesellschaft. Das österreichische Schrifttum hat sich – soweit überblickbar – nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob vor der gerichtlichen Abberufung ein Abberufungsversuch in der Gesellschafterversammlung stattzufinden hat.

Die Bestellung und Abberufung von Aufsichtsräten ist eine zwingende Kompetenz der Gesellschafterversammlung.<sup>106)</sup> Zunächst hat die qualifizierte Minderheit iSd § 30b Abs 5 das Thema an den Aufsichtsrat heranzutragen. Jedes Mitglied ist nach § 30j Abs 4 verpflichtet, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert. Es ist offensichtlich, dass ein mögliches Fehlverhalten eines Aufsichtsratsmitglieds die Interessen der Gesellschaft tangiert. Verhält sich der Aufsichtsrat ablehnend, ist nach § 37 Abs 2 vorzugehen. Auch der Geschäftsführer hat Agenden, die die Zuständigkeit der Generalversammlung betreffen, an diese heranzutragen. Berufen die Einberufungspflichtigen diese innerhalb vierzehn Tagen nach der Aufforderung nicht ein, können die Minderheitsgesellschafter dies selbst tun. Hinsichtlich der teleologischen Erwägungen, die für einen Abberufungsversuch in der Generalversammlung sprechen, kann aufgrund der Identität der Sachlage auf das oben Gesagte verwiesen werden.

#### V. Zusammenfassung

Die Generalversammlung fungiert als oberstes Organ der GmbH. Entgegen der hA ist sie auch vor der gerichtlichen Abberufung der Geschäftsführer einzubeziehen. Dies ergibt sich aus der Zuständigkeitsabgrenzung des GmbHG. Zwischen der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers und jener des Fremdgeschäftsführers besteht insoweit kein Unterschied. Zwar deutet nur der Wortlaut der den Fremdgeschäftsführer betreffenden Bestimmung eine obligatorische Generalversammlung an. Die dahinterstehenden Wertungen gelten aber auch für die gerichtliche Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers. Das GmbHG geht von einem zweigliedrigen Lösungsmechanismus aus. Dabei gilt der Primat der gesellschaftsinternen Streitschlichtung. Deshalb hat auch vor der gerichtlichen Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters eine gesellschaftsinterne Auseinandersetzung stattzufinden. Jene Gesellschafter, die nicht nach § 37 Abs 1 einberufungsberechtigt sind, haben zumindest eine gesellschaftsinterne Abberufung zu fordern. Dies resultiert aus den Treu- und Loyalitätsbindungen. Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob eine Generalversammlung stattgefunden hat, bzw ob der Versuch unternommen wurde, das Problem innerhalb der Gesellschaft zu lösen. Sollte eine Generalversammlung unterbleiben, hat das Gericht einen Verbesserungsauf-

<sup>100)</sup> IdS zu § 35 Abs 1 Z 6: *Enzinger* in WK, GmbHG § 35 Rz 9; zu § 46 dGmbHG: *Liebscher* in MüKo, GmbHG<sup>2</sup> (2016) Rz 227; *Hüffer/Schürnbrand* in Ulmer, GmbHG<sup>2</sup> § 46 Rz 100; vgl auch zum ähnlichen Problem der übergangenen Schlichtungseinrichtung im Vereinsrecht: OGH 18.5.2016, 5 Ob 251/15w, JBl 2016, 662.

<sup>101)</sup> Vgl *Gitschthaler* in Rechberger (Hrsg), ZPO<sup>4</sup> (2014) §§ 84–85 Rz 10.

<sup>102)</sup> Vgl *Gitschthaler* in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> §§ 84–85 Rz 10 mwN.

<sup>103)</sup> Vgl *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>4</sup> (2012) Rz 10/56.

<sup>104)</sup> Vgl *Gitschthaler* in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> §§ 84–85 Rz 24/1; *G. Kodek* in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/2 §§ 84, 85 ZPO Rz 223/2.

<sup>105)</sup> Vgl *A. Heidinger* in Gruber/Harrer, GmbHG § 30b Rz 29.

<sup>106)</sup> Vgl *Kraus*, *ecolex* 1998, 631 f.

trag zu erteilen. Gelingt die Verbesserung nicht, ist die Klage als unbegründet abzuweisen.

Die Gesellschafter beschließen nicht nur über die Abberufung von Geschäftsführern, sondern auch über jene der Aufsichtsratsmitglieder. Die Teleologie von § 30b Abs 5 ist mit jener vor der Abberufung der Geschäftsführer vergleichbar. Negative

Publizität soll unterbleiben, das zuständige Organ über die Abberufung befinden. In diesem Fall legt der Gesetzgeber die Antragsbefugnis in die Hände einer qualifizierten Minderheit. Diese ist verpflichtet, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen und dort die Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds zu beantragen.