

Dezentralisierung/ Handlungsmöglichkeit Privater

Neues EG-Kartellverfahrensrecht

Asylwerber

Streitpunkt Bundesbetreuung

Bundesgesetz über das

Internationale Insolvenzrecht

Unternehmerrisiko

Betriebshaftpflichtversicherung

Rücktritt von der Reise

SARS

Gesellschaftsvertrag

Abänderung von Stimmverboten

Judikatives Unrecht und

Staatshaftung

Abänderung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag

Nach § 39 (4) GmbHG ist ein Gesellschafter bei bestimmten Beschlussgegenständen vom Stimmrecht ausgeschlossen. In der Praxis wirft diese Bestimmung eine Fülle von Zweifelsfragen auf, deren Lösung zum Teil außerordentlich umstritten ist. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob und inwieweit die in dieser Bestimmung ausgesprochenen Stimmverbote im Gesellschaftsvertrag abbedungen oder eingeschränkt werden können.

MARTIN GAGGL / FARID SIGARI-MAJD

A. EINLEITUNG

1. NORMZWECK UND AUSLEGUNGS-GRUNDSÄTZE

§ 39 (4) GmbHG¹⁾ lautet:

„Wer durch die Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit, oder wem ein Vorteil zugewendet werden soll, hat hiebei weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht. Das Gleiche gilt von der Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.“

Die Bestimmung des § 39 (4) GmbHG deckt sich im Wortlaut nicht mit jener des § 114 (5) AktG²⁾ ist aber, wie diese, Ausdruck eines allgemeinen verbandsrechtlichen Prinzips.³⁾ „Es gibt Konfliktslagen, in denen das Stimmrecht des Gesellschafters nicht bloß einer Inhaltskontrolle unterworfen, sondern ganz ausgeschlossen ist.“⁴⁾ Darin liegt der we-

sentliche Unterschied zum Verbot des Stimmrechtsmissbrauchs, das dem Stimmrecht inhaltliche Grenzen setzt und es überhaupt erst erträglich werden

MMag. Dr. Martin Gaggl ist Rechtsanwaltsanwarter in der Kanzlei Fiebinger, Polak, Leon & Partner; m.gaggl@fplp.at; Mag. Farid Sigari-Majd ist Rechtsanwaltsanwarter in der Kanzlei Fiebinger, Polak, Leon & Partner; f.sigari-majd@fplp.at

Der vorliegende Aufsatz beruht auf einem von den Autoren verfassten Rechtsgutachten.

1) RGBl 1906/58 idF BGBl I 2001/98.

2) § 114 (5) AktG idF BGBl I 2002/118 lautet: „Ein Aktionär der durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, kann weder für sich noch für einen anderen das Stimmrecht ausüben. Gleiches gilt, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob die Gesellschaft gegen den Aktionär einen Anspruch geltend machen soll.“ Zum aktienrechtlichen Stimmrechtsausschluss in Befangenheitsfällen vgl. Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 114 Rz 20 ff; zu der im Wesentlichen gleich lautenden Bestimmung des § 136 dAktG siehe etwa Hüffer, AktG⁵ § 136 Rz 1 ff.

3) K. Schmidt, GesR⁴ 608 f.

4) Scholz/K. Schmidt, GmbHG⁹ § 47 Rz 99.

lässt, dass das Gesetz keinen generellen Stimmrechtsausschluss bei jeder Kollision von Eigeninteresse und Gesellschaftsinteresse ausspricht.⁵⁾

§ 39 (4) GmbHG umschreibt Fälle der Interessenkollision zwischen Gesellschafter und Gesellschaft und versucht diese durch den Ausschluss des Stimmrechts des befangenen Gesellschafters zu neutralisieren. Normzweck des § 39 (4) GmbHG ist die Richtigkeitsgewähr der Verbandswillensbildung, wobei der Gesetzgeber bei der Ausformulierung dieser Bestimmung bewusst von einer Generalklausel Abstand genommen hat. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zieht dem starren Stimmverbot des § 39 (4) GmbHG somit Grenzen, die nicht von Fall zu Fall verschoben werden können. Die Auslegung dieser Bestimmung darf sich daher nicht ohne weiteres vom Zweck der Vorschrift leiten lassen und Analogien sind nur zulässig, „wo es entsprechend den starren Schranken von Abs. 4 gelingt, eine formalisierte Regel mit zureichendem Eindeutigkeitsgrad aufzustellen.“⁶⁾

Die in § 39 (4) GmbHG ausgesprochenen Stimmverbote erfassen zwei Grundtatbestände: *Das Verbot, über Geschäfte mit sich selbst abzustimmen, und das Verbot, „Richter in eigener Sache“ zu sein.*⁷⁾ Bei der erstgenannten Fallgruppe beruht das Stimmverbot darauf, dass der Gesellschafter an dem den Beschlussgegenstand bildenden Geschäft *beteiligt* ist, bei der zweitgenannten Fallgruppe darauf, dass er von der den Beschlussgegenstand bildenden Maßnahme *betroffen* ist. Beide Fälle begründen typische Befangenheitstatbestände, sind im positiven Recht jedoch nur mangelhaft niedergelegt. Ihre Herausarbeitung und richtige Unterscheidung durch Lehre und Rsp bestimmt die Auslegung und Handhabung des § 39 (4) GmbHG.

2. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

§ 39 (4) GmbHG erfasst ausschließlich die Abgabe der Stimme, nicht auch die Teilnahme an Versammlung und Beratung. Die Bestimmung gilt aber sinngemäß auch für andere Kollektivorgane, wie bspw einen Aufsichtsrat, denen nach dem Gesellschaftsvertrag Zuständigkeiten der Generalversammlung übertragen wurden.⁸⁾

In Fällen gleichartiger Befangenheit aller Gesellschafter bzw bei Ausübung des Stimmrechts durch den einzigen Gesellschafter ist § 39 (4) GmbHG, mangels Vorliegens eines dieser Bestimmung zugrunde liegenden Interessenswiderstreites, nicht anwendbar.⁹⁾

3. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Das Stimmverbot greift immer dann ein, wenn derjenige, um dessen Stimmbefugnis es geht, *selbst* befangen ist und ferner dann, wenn zwar nicht der Abstimmende selbst, aber sein *Hintermann* befangen ist.¹⁰⁾ Darüber hinaus kann auch ein bloß *mittelbares Betroffensein* eines Gesellschafters, dem gegenüber an sich keiner der Befangenheitsgründe des § 39 (4) GmbHG verwirklicht ist, ebenfalls ein Stimmverbot begründen.¹¹⁾ So ist bspw ein Gesellschafter beim Beschluss über den Vertrag mit einem Kommissionär vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn er der Kom-

mittent ist.¹²⁾ Gleiches gilt beim Vertrag zu Gunsten Dritter oder der Übernahme einer Bürgschaft durch die Gesellschaft für den hierdurch begünstigten Gesellschafter.¹³⁾ Schließlich wird eine mittelbare Betroffenheit und damit ein Stimmrechtsausschluss auch in jenen Fällen anerkannt, in denen ein Gesellschafter sowohl an der beschlussfassenden als auch an der Drittgesellschaft (mit welcher der Vertrag abgeschlossen werden soll) (maßgebend) beteiligt ist.¹⁴⁾

B. STIMMVERBOTE: EINZELFÄLLE

1. BEFREIUNG VON EINER VERPFLICHTUNG

Verpflichtung (besser Verbindlichkeit) ist jede Schuld eines Gesellschafters, vertraglicher oder außervertraglicher Art, auch eine solche, die mit dem Gesellschafterverhältnis in keinem Zusammenhang steht.¹⁵⁾ Immerhin ist eine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft erforderlich, sodass die bloße Reduktion von Gesellschafterpflichten gegenüber Dritten noch nicht zu einem Stimmrechtsausschluss führt.¹⁶⁾

Befreiung ist im weitesten Sinn zu verstehen. Hierunter fallen etwa der Abschluss eines Erlassvertrages, ein negatives Schuldanerkenntnis, ein einseitiger Verzicht, eine Stundung, die vertragliche Aufrechnung uam.¹⁷⁾ Das Stimmverbot erfasst auch Gesellschafter, die als Bürgen oder Garanten für die Schuld eines anderen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft haften.¹⁸⁾ Schließlich greift § 39 (4) GmbHG auch dann ein, wenn darüber zu beschließen ist, ob eine Forderung gegen einen Gesellschafter geltend gemacht werden soll.¹⁹⁾ Auch der Entlastungsbeschluss fällt unter § 39 (4) GmbHG.²⁰⁾

- 5) Zur Schrankenfunktion der Treuepflicht bei der Ausübung von Gesellschafterrechten statt aller *Koppensteiner*, GmbHG² § 61 Rz 8 ff mwN.
- 6) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 31.
- 7) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 31; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 344; *K. Schmidt*, GesR⁴ 608.
- 8) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 32; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 47 Rz 17.
- 9) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 32 mwN.
- 10) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 33 f mwN.
- 11) OGH 12. 5. 1992, 4 Ob 7/92 = wbl 1992, 406 = RdW 1992, 371.
- 12) RGZ 102, 128, 130; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG⁹ § 47 Rz 151; *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 35.
- 13) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 35; ähnlich für Deutschland *Altmeyen/Roth*, GmbHG³ § 47 Rz 69 sowie *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG⁹ § 47 Rz 124, 154 ff, 156 ff.
- 14) OGH 12. 5. 1992, 4 Ob 7/92 = wbl 1992, 406 = RdW 1992, 371. Zur der vom OGH in dieser E ausdrücklich offen gelassenen Frage nach der Relevanz einer *maßgeblichen Beteiligung* siehe *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG³ § 47 Rz 51 ff.
- 15) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 39; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 47 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 346.
- 16) OGH ÖBA 1960, 58; OGH 30. 1. 1948, 2 Ob 28/48 = SZ 21/62.
- 17) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 39; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 47 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 346.
- 18) *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 47 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 346.
- 19) OGH 6. 2. 1952, 1 Ob 102/52 = SZ 25/33.
- 20) OGH SZ 55/1; SZ 25/200; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 346 f; *A. Heidinger*, GesRZ 1997, 239 ff; *Kostner*, GesRZ 1972, 36 f; *Nowotny*, RdW 1990, 2.

2. ZUWENDUNG EINES VORTEILS

Der Gesellschafter unterliegt einem Stimmverbot nicht nur dann, wenn ihm durch den Inhalt des Beschlusses selbst ein (Sonder-)Vorteil zufallen soll, sondern auch dann, wenn ihm dieser Vorteil erst in Folge der durch den Beschluss geschaffenen Sachlage zukommt.²¹⁾ Nach der Rechtsprechung kommt es weiter darauf an, dass der GmbH oder den übrigen Gesellschaftern durch den Beschluss, mit dem einem Gesellschafter ein Sondervorteil gewährt wird, ein entsprechender *wirtschaftlicher Nachteil* erwächst oder erwachsen kann.²²⁾

3. EINLEITUNG ODER ERLEDIGUNG EINES RECHTSSTREITES

Der Begriff des Rechtsstreits ist weit zu fassen.²³⁾ Er umfasst streitige Verfahren jeder Art, einschließlich des Mahnverfahrens, des einstweiligen Rechtsschutzes, der Zwangsvollstreckung und der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Einleitung des Rechtsstreits fängt nicht erst mit der Klage oder Antragstellung an, sodass früher liegende Vorbereitungsmaßnahmen, wie etwa eine Weisung an die Geschäftsführer einen Anspruch geltend zu machen, einzubeziehen sind.²⁴⁾ Mit Erledigung des Rechtsstreits sind nicht nur die Maßnahmen gemeint, die eine Beendigung des Rechtsstreits herbeiführen sollen, sondern alle Handlungen, die den Fortgang des Verfahrens betreffen, so etwa auch die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden soll.²⁵⁾

4. VORNAHME EINES RECHTS- GESCHÄFTES

Erfasst werden grundsätzlich alle Arten von Rechtsgeschäften, über die Beschluss gefasst wird,²⁶⁾ daher nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Erklärungen.²⁷⁾ Nicht erfasst werden dagegen Geschäfte, die bloß der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen.²⁸⁾ Um die negativen Konsequenzen²⁹⁾ dieses sehr weit gefassten Stimmverbots abzumildern, verlangt die hM, dass der Abschluss des Rechtsgeschäftes gleichzeitig einen *unangemessenen Vorteil für den Betroffenen* darstellen muss.³⁰⁾ Die Rechtsprechung lässt daher dieses Stimmverbot für Rechtsgeschäfte mit einzelnen Gesellschaftern (und ihren Vertretern) nur dann eingreifen, wenn ihnen die GmbH eine *unangemessene (unentgeltliche oder überhöhte) Gegenleistung* erbringen soll oder Bedingungen vereinbart werden sollen, wie sie mit einem außen stehenden Dritten nicht vereinbart werden.³¹⁾

C. RECHTSFOLGEN

Wie bereits ausgeführt, lässt der Stimmrechtsauschluss das *Recht zur Teilnahme* an der Generalversammlung grundsätzlich unberührt.³²⁾ Für die Beschlussfassung besteht die materiell entscheidende Folge vielmehr darin, dass eine Stimme *mitgezählt* oder *nicht mitgezählt* (und gegebenenfalls auch gar nicht abgegeben) wird. Nach überwiegender Auffassung dürfen nur gültige, nicht jedoch ungültige und schwebend unwirksame Stimmen mitgezählt wer-

den.³³⁾ Doch ist das, insbesondere was die Frage der Behandlung stimmverbotswidrig abgegebener Stimmen anbelangt, nicht unstrittig.³⁴⁾ Eine trotz Stimmverbot abgegebene *Stimme ist nichtig*.³⁵⁾ Die Mitzählung einer solchen Stimme, ohne welche der Beschluss anders ausgefallen wäre, macht den Beschluss *anfechtbar*.³⁶⁾ Schädigt der Gesellschafter die Gesellschaft oder Mitgesellschafter dadurch, dass er die Voraussetzungen eines Stimmverbotes verschweigt oder durch mutwillige Verletzung des Verbots Schaden anrichtet, so kann dieses Verhalten zum *Schadenersatz* verpflichten. Rechtsgrundlage für einen solchen Anspruch ist die Treuepflicht.³⁷⁾ Schadenersatzpflichtig kann bei Fehlverhalten eventuell auch der Versammlungsleiter sein, wenn er seine Pflichten mutwillig verletzt.³⁸⁾

D. ABÄNDERUNG VON STIMMVERBOTEN DURCH DEN GESELLSCHAFTSVERTRAG

1. ÖSTERREICH

a) *Gesetzesmaterialien und Meinungsstand*

Die Frage, ob bzw inwieweit Stimmverbote durch Aufnahme entsprechender Klauseln in den Gesellschaftsvertrag³⁹⁾ abgeändert werden können, ist strittig. Den Materialien zum österreichischen GmbHG

- 21) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 347; *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁵ Rz 470; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ § 39 Rz 20; *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 41.
- 22) OGH SZ 59/43, SZ 49/43, SZ 54/15, SZ 47/143; zustimmend *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 347; *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁵ Rz 470; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ § 39 Rz 20; ablehnend *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 41.
- 23) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 43; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG³ § 47 Rz 127.
- 24) OGH SZ 69/37, SZ 25/33; *Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 156.
- 25) *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG³ § 47 Rz 63; *Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 157.
- 26) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 348.
- 27) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 42.
- 28) *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG³ § 47 Rz 58; tendenziell auch *Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 152.
- 29) Vgl hierzu etwa *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 348.
- 30) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 348 mwN; aA *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 41 f und 45.
- 31) OGH SZ 47/143.
- 32) *Koppensteiner*, GmbHG² § 34 Rz 10 mwN.
- 33) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 6, 17; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ § 39 Rz 7.
- 34) Einen Überblick über die in der österreichischen Lehre und Judikatur hierzu vertretenen Auffassungen bietet *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse (1998), 144ff. Für Deutschland vgl *Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 181 ff.
- 35) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 17.
- 36) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 6, 7 je mwN.
- 37) Siehe hierzu schon FN 5 oben.
- 38) *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG³ § 47 Rz 176 mwN.
- 39) Als so genannter materieller (echter), wenn auch fakultativer Satzungsbestandteil müssen Regelungen betreffend das Stimmrecht, um Rechte und Pflichten zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zu begründen und auch zukünftige Gesellschafter zu binden, zum Bestandteil des Gesellschaftsvertrages gemacht werden (vgl *Koppensteiner*, GmbHG² § 4 Rz 8). Die Aufnahme einer solchen Klausel ausschließlich in einen Syndikatsvertrag würde dagegen bloß schuldrechtliche Wirkung unter den Syndikatsvertragspartnern entfalten.

zufolge erfordern die beiden letzten Absätze des § 39 GmbHG „ihrer Beschaffenheit“ nach die „Ausstattung mit zwingender Kraft“.⁴⁰⁾ Gegen eine Ergänzung oder Erweiterung der Stimmverbote bestehen daher nach ganz herrschender Auffassung prinzipiell keine Bedenken.⁴¹⁾ Ob hingegen auch eine Einschränkung bzw. gänzliche Beseitigung der Stimmverbote im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann, wird im österreichischen Schrifttum kontrovers beantwortet:

■ Gegen eine solche Möglichkeit spricht sich *Koppensteiner*⁴²⁾ unter Berufung auf *Hachenburg/Hüffer* aus. Dieser Verweis ist jedoch insofern zu pauschal und daher irreführend, als *Hüffer* – im Unterschied zur nicht näher begründeten Ansicht *Koppensteiners* – für die Frage nach der Zulässigkeit einer Beseitigung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag zwischen den einzelnen Stimmverboten differenziert.⁴³⁾ Ablehnend auch *Kostner/Umfahrer* unter Verweis auf eine Entscheidung des OLG Stuttgart vom 4. 5. 1993.⁴⁴⁾ *S. Schmidt*⁴⁵⁾ differenziert zwischen einer ihrer Ansicht nach zulässigem Verzicht in einer konkreten Beschlussfassungssituation und dem Vorwegverzicht in der Satzung. Letzterem steht die genannte Autorin mit dem Hinweis darauf, dass eine derartige gesellschaftsvertragliche Vereinbarung dem nach hM wegen des zwingenden Charakters von § 41 GmbHG unzulässigen Ausschluss bestimmter Anfechtungsgründe gleichkomme, ablehnend gegenüber.

■ Ausdrücklich für die Möglichkeit einer gesellschaftsvertraglichen Einschränkung des Stimmverbotes sprechen sich – soweit ersichtlich – nur *Gellis/Feil*⁴⁶⁾ aus.

■ *Reich-Rohrwig*⁴⁷⁾ schließlich schränkt unter Hinweis auf die Rsp⁴⁸⁾ das Stimmverbot dahingehend ein, dass es für die Fallgruppe der Rechtsgeschäfte mit einzelnen Gesellschaftern nur dann eingreifen lässt, wenn ihnen die GmbH eine unangemessene (unentgeltliche oder überhöhte) Gegenleistung erbringen soll oder Bedingungen vereinbart werden sollen, wie sie mit einem ausstehenden Dritten nicht vereinbart werden. Das Stimmverbot greift nach Auffassung dieses Autors daher ein, wenn der Abschluss des Rechtsgeschäfts gleichzeitig einen unangemessenen Vorteil für den Betroffenen darstellt. Zu gesellschaftsvertraglichen Einschränkungen im Stimmverbot äußert sich dieser Autor nicht ausdrücklich.

b) Judikatur

Judikatur des OGH bzw. unterinstanzlicher Gerichte zur Frage der Zulässigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Einschränkung von Stimmverboten existiert, soweit ersichtlich, nicht.⁴⁹⁾ Anders hingegen für die Frage der Zulässigkeit von *Inschlagsgeschäften* eines GmbH-Geschäftsführers kraft im Voraus erteilter Zustimmung im Gesellschaftsvertrag.⁵⁰⁾ Wenngleich nicht ausdrücklich prononciert, so lässt die vom OGH verwendete Formulierung in RdW 1986, 39, „*dass (. . .) schon durch den Gesellschaftsvertrag ermächtigt gewesen wäre, namens der Gesellschaft mit sich selbst Verträge aller Art abzuschließen, wurde nicht geltend*

gemacht“, die Interpretation nahe liegen, dass es möglich ist, im Gesellschaftsvertrag Selbstkontrahieren zu gestatten. Die in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommende Wertung des Höchstgerichtes lässt sich uE auch auf § 39 (4) GmbHG übertragen, soweit diese Bestimmung nur eine gesellschaftsrechtliche Variation der Regeln über das Inschlaggeschäft darstellt.⁵¹⁾

2. DEUTSCHLAND

a) § 47 (4) dGmbHG

Die § 39 (4) öGmbHG als Vorbild⁵²⁾ dienende Regelung des § 47 (4) dGmbHG⁵³⁾ lautet:

40) 236 BlgHH 17. Sess 1904, 70.

41) *Gellis/Feil*, GmbHG³ § 39 Rz 14; *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 48; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 350.

42) *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 48.

43) Raum für Gestaltungen durch den Gesellschaftsvertrag bleibt nach Ansicht dieses Autors nur – aber eben doch – bei der Vornahme von Rechtsgeschäften (*Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 188 ff mwN). Ausführlich zur deutschen Lehre und Rechtsprechung siehe noch Punkt 4 b.) unten.

44) *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁵ Rz 472. Die Entscheidung OLG Stuttgart, 4. 5. 1993, 10 U 137/92 = DStR 1994, 869 (*Götte*) = GmbHR 1995, 32 (LS), ist durch eine zeitlich nachfolgende Entscheidung des BGH (BGH NJW, 1989, 2694, 2696 = BGHZ 108, 21, 27: „§ 47 Abs. 4 enthält zwingendes Recht, soweit die Vorschrift Entlastungsbeschlüsse betrifft“) überholt.

45) *S. Schmidt*, Stimmverbote in der GmbH (2003) 74f.

46) So zumindest noch in der dritten Auflage (*Gellis/Feil*, Kommentar GmbHG³ § 39 Rz 14). Die aktuelle vierte Auflage (*Gellis/Feil*, Kommentar GmbHG⁴ § 39 Rz 14) lässt eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage vermissen.

47) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 348.

48) OGH SZ 47/143 = EvBl 1975/198 = NZ 1976, 62 = HS 9653; Rsp 1928, 141; siehe auch OGH GesRZ 1981, 115.

49) Die Entscheidung des OGH 29. 11. 1960, 3 Ob 383/60=HS I/101 ist uE für die hier zu beantwortende Frage nicht einschlägig. In dieser Entscheidung bejaht das Höchstgericht bloß den zwingenden Charakter des Ausnahmetatbestandes des § 39 (5) GmbHG und erklärt folgerichtig, unter Verweis auf die Entscheidung des OGH 17. 3. 1954, 3 Ob 159/54, SZ 27/71=BankArch 1955, 59 = EvBl 1954/193 = ÖJZ 1954, 285, und der dort angeführten Gesetzesmaterialien, eine Satzungsbestimmung, wonach bei der Abstimmung über die Abberufung eines Geschäftsführers, der zugleich Gesellschafter ist, dessen Stimmrecht entgegen § 39 (5) GmbHG ausgeschlossen sein soll, für nichtig. Die in der Entscheidung OGH 17. 3. 1954, 3 Ob 159/54, SZ 27/71 wiedergegebenen Materialien zu § 39 (5) GmbHG lassen uE die Frage, ob bei der Fallgruppe des Selbstkontrahierens nicht dennoch eine gesellschaftsvertragliche Einschränkung des Stimmverbotes zulässig ist, unbeantwortet. § 39 (5) GmbHG dient nämlich zufolge des Berichtes der HH-Kommission (272 BlgHH 17. Sess 1905, 11) nur der Rechtssicherheit, indem er bestimmte Fälle sozialrechtlicher Rechtsgeschäfte (vgl. RG 22. 2. 1905 RGZ 60, 172) ausdrücklich von der allgemeinen Regel des § 39 (4) GmbHG ausnimmt. Zu den historischen Gründen für die Einführung der Ausnahmetatbestände des § 39 (5) GmbHG vgl. *S. Schmidt*, Stimmverbote in der GmbH, 79 mwN.

50) OGH 03. 07. 1985, 3 Ob 51/85 = RdW 1986, 39; OGH 29. 10. 1998, 6 Ob 175/98y = RdW 1999, 141; OGH 11. 06. 1992, 6 Ob 10/92 = eclex 1992, 706; *Koppensteiner*, GmbHG² § 20 Rz 23.

51) Siehe hierzu noch Punkt 5 unten.

52) Zur Bedeutsamkeit der von der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu § 47 (4) dGmbHG erzielten Ergebnisse für die Auslegung von § 39 (4) öGmbHG vgl. etwa die Entscheidung des OGH JBl 1953, 185.

53) dRGBI 1892, 477, zuletzt geändert durch Art 3 Abs 3 G v. 19. 07. 2002 I 2681.

„Ein Gesellschafter, welcher durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites gegenüber einem Gesellschafter betrifft.“⁵⁴⁾

b) Meinungsstand und Rsp

Eine Freistellung von den Stimmverboten (durch den Gesellschaftsvertrag) galt in Deutschland ursprünglich als zulässig, die Regel des § 47 (4) dGmbHG wurde als dispositiv angesehen.⁵⁵⁾ Neuerdings hat sich in Rechtsprechung und Schrifttum hinsichtlich der Zulässigkeit einschränkender Satzungsgestaltung eine differenziertere Auffassung durchgesetzt.⁵⁶⁾

- Das Verbot, „Richter in eigener Sache“ zu sein, wird nunmehr als zwingend angesehen und ist eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, wonach ein Gesellschafter etwa bei seiner eigenen Entlastung mitstimmen darf, sittenwidrig und daher nichtig.⁵⁷⁾ Nichtig sollen nach überwiegender Auffassung weiters auch Klauseln sein, nach denen ein Gesellschafter mitstimmen darf, wenn es um die Befreiung von einer Verbindlichkeit oder die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen geht.⁵⁸⁾
- Soweit das Verbot hingegen auf dem Gedanken des *Insichgeschäfts* beruht, soll es ebenso abdingbar sein, wie das Verbot des *Insichkontrahierens* nach § 181 BGB,⁵⁹⁾ nur dass an die Stelle einer einzelvertraglichen Befreiung die Befreiung durch Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Gesellschaftsvertrag bzw durch Konsortialabrede aller Gesellschafter tritt.⁶⁰⁾
- Für zulässig erachtet wird auch, dass die Gesellschafter den vom Stimmrecht ausgeschlossenen einvernehmlich *ad hoc* zur Abstimmung zulassen. Dies – in Abweichung zum zuvor Gesagten – auch in jenen Fällen, in denen eine befreiende Satzungsbestimmung nichtig wäre. Begründet wird diese Ansicht mit dem Hinweis auf die dem Stimmverbot implizite Voraussetzung des Bestehens einer Interessenkollision, welche durch Einverständnis aller Interessensträger hinfällig würde.⁶¹⁾

E. EIGENE MEINUNG

Dass eine Einschränkung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag zumindest, soweit es sich um die Vornahme von Rechtsgeschäften handelt, nach der deutschen Lehre und Judikatur möglich ist, wurde oben aufgezeigt. Die in Österreich hL vertritt – bei vergleichbarer Rechtslage – die gegenteilige Auffassung, wobei sie jedoch eine (überzeugende) Argumentation gegen die Zulässigkeit vermissen lässt. Eine Rechtsprechung des OGH zu diesem Thema fehlt.

Im Anschluss an die deutsche Lehre und Rechtsprechung muss uE das Stimmverbot des § 39 (4) GmbHG, soweit es auf dem Gedanken des *Insichgeschäfts* beruht, ebenso abdingbar sein wie das Verbot des *Selbstkontrahierens* bzw der *Doppelvertretung*.⁶²⁾

Im Unterschied zur Rechtslage in Deutschland fehlt es dem österreichischen Privatrecht zwar an einer allgemeinen Regelung, ob und in welchem Umfang *Insichgeschäfte* zulässig sind, Judikatur und Lehre haben jedoch Fallgruppen herausgearbeitet, bei deren Vorliegen *Insichgeschäfte* ausnahmsweise wirksam abgeschlossen werden können. Dies ist der Fall, wenn

- dem Vertretenen ausschließlich rechtliche Vorteile zuwachsen;
- keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht, insbesondere, wenn die Ware oder Leistung einen Markt- oder Börsenpreis hat, oder
- der Vertreter vorher oder nachträglich ausdrücklich zustimmt.

Ein zwingender Grund, der gegen eine Anwendung der in diesen allgemeinen Grundsätzen zum Ausdruck kommende Wertung auch auf § 39 (4) GmbHG spricht, ist nicht ersichtlich.⁶³⁾ Soweit diese Bestimmung nur eine gesellschaftsrechtliche Variation der Regeln über das *Insichgeschäft* darstellt, ist

-
- 54) Im Folgenden wird ausschließlich auf die Frage der Abänderbarkeit von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag eingegangen. Eine Darstellung der von der deutschen Lehre und Rechtsprechung zur Frage des Anwendungsbereichs dieser Regelung vertretene Auffassungen würde den Umfang dieses Beitrages sprengen. Für einen aktuellen Überblick hiezu siehe *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG⁹ § 47 Rz 99 ff mwN.
- 55) RGZ 89, 383; RGZ 112, 162; OLG Hamburg, GmbH-Rsp IV, Nr 31 zu § 47 GmbH-Gesetz; *Bacher*, GmbHR, 2001, 137; im Grundsatz aber auch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 47 Rz 1; *Priester* in FS Rowedder, 1994, 380 f, 383 uam.
- 56) Zum Meinungsstand sowie zur Kritik an der herrschenden Meinung vgl etwa *Almeppen/Roth*, GmbHG³ § 47 Rz 49 ff.
- 57) BGH NJW, 1989, 2694, 2696 = BGHZ 108, 21, 27: „§ 47 Abs. 4 enthält zwingendes Recht, soweit die Vorschrift Entlastungsbeschlüsse betrifft.“; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 47 Rz 13; noch nicht vollständig entschieden *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG³ § 47 Rz 70.
- 58) *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG⁹ § 47 Rz 173 ff; *Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 188.
- 59) § 181 BGB lautet: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“
- 60) *Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 188 mwN.
- 61) *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG⁹ § 47 Rz 174.
- 62) Vgl hiezu statt aller *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹², I 194 f mwN.
- 63) Das bei einer teleologischen Extension von § 39 (4) GmbHG zu beachtende Gebot der Rechtssicherheit (vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rz 31) ist hier nicht einschlägig. Die gesetzlich normierten Stimmverbote werden ja gerade nicht ausgedehnt, sondern vielmehr eingeschränkt. Im Übrigen ist die Orientierung an den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen betreffend die Wirksamkeit von *Insichgeschäften* nichts Besonderes, gelten doch die immanenten Grenzen der Privatautonomie auch für gesellschaftsvertragliche Gestaltungen (*Hachenburg/Hüffer*, GmbHG⁸ § 47 Rz 189).

diese somit dispositiv und unter den oben genannten Voraussetzungen, insbesondere dem Vorliegen einer Zustimmung, abdingbar. Dies kann, wie bereits oben dargestellt,⁶⁴⁾ *ad hoc* in der Generalversammlung oder aber *im Voraus* im Gesellschaftsvertrag geschehen.⁶⁵⁾

Bedenkt man weiters, dass der OGH gerade auch im Bereich des Gesellschaftsrechts dazu tendiert, sich an der Rechtsprechung des BGH zu orientieren, so erscheint eine Übernahme der von der deutschen Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Lösung auch für Österreich als mit vertretbarem Risiko behaftet. Es erscheint uA nach daher empfehlenswert, bereits im Gesellschaftsvertrag – zumindest für bestimmte Fälle, wie etwa Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften – die Zulässigkeit von Insichgeschäften zu verankern. Als Textbaustein könnte, in Anlehnung an deutsche Mustersammlungen,⁶⁶⁾ folgende Formulierung dienen:

„Soweit rechtlich zulässig, ist ein Gesellschafter abweichend von § 39 Abs 4 GmbHG auch dann stimmberechtigt, wenn er durch die Beschlussfassung (entlastet oder) von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, (ihm durch die Beschlussfassung ein Vorteil zugewendet werden soll), oder die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder die (Einleitung

oder) Erledigung eines Rechtsstreites gegenüber dem Gesellschafter betrifft.“

64) Siehe hiezu Punkt 4 oben.

65) Vgl auch *Koppensteiner*, GmbHG² § 20 Rz 23.

66) Vgl etwa Münchener Vertragshandbuch³, Band 1, Gesellschaftsrecht, 483; für Österreich *Christian Fritz* (Hg), Handbuch der GmbH-Beratung, WEKA-Verlag Wien (1999) B/Kapitel 1.16, 5.

SCHLUSSTRICH

Generell gehört die Entscheidung, ob und inwieweit der Stimmrechtsausschluss des § 39 (4) GmbHG abbedungen oder eingeschränkt werden soll, zu den schwierigsten, bei Abfassung des Gesellschaftsvertrages. Dass die besseren Argumente für die Möglichkeit einer Einschränkung – zumindest soweit es um die Vornahme von Rechtsgeschäften geht – sprechen, wird im vorliegenden Beitrag unter Verweis auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung aufgezeigt. Es erscheint daher empfehlenswert, bereits im Gesellschaftsvertrag – zumindest für bestimmte Fälle, wie etwa Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften – die Zulässigkeit von Insichgeschäften zu verankern.