

## DIE GMBH – GESTALTUNGSFRAGEN AUS DER ANWALTlichen PRAXIS\*)

Der Beitrag behandelt aus der Sicht des Vertragsrichters ausgewählte Gestaltungsfragen des GmbH-Gesellschaftsvertrages, die in der anwaltlichen Praxis auftauchen: Den Umgang mit gesetzlichen Stimmverboten, die Regelung der persönlichen Mitarbeit der Gesellschafter, die Finanzierung der Gesellschaft, der Bedarf nach näherer Regelung der Generalversammlung, die übliche, aber tückische „Generalklausel“ im Rahmen der Festlegung des Unternehmensgegenstandes u.a.

LUKAS FANTUR

### 1. Regelungsorte: Gesellschaftsvertrag und Syndikatsvertrag

Der gesetzliche Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 4 GmbHG: Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Stammkapitals, von jedem Gesellschafter zu leistende Stammeinlage. Im übrigen kommen als Regelungsorte für die vertragliche Gestaltung einer GmbH nicht nur der Gesellschaftsvertrag, sondern auch Nebenvereinbarungen (Syndikatsverträge) in Frage.<sup>1)</sup>

Während der Gesellschaftsvertrag in der Urkundensammlung des Firmenbuchs aufliegt, neuerdings auch elektronisch abrufbar ist und somit jedermann zugänglich ist, ist dies beim Syndikatsvertrag nicht der Fall. Somit liegt es nahe, vertrauliche Regelungen, soweit möglich, im Syndikatsvertrag zu regeln. Andererseits ist ein Gesellschafterbeschluss, der einer Syndikatsvereinbarung widerspricht, nur unter bestimmten Umständen anfechtbar.<sup>2)</sup> Auch kommt Regelungen im Syndikatsvertrag nur schuldrechtliche Wirkung zu. Während daher etwa eine Vinkulierungsklausel für Geschäftsanteilsübertragungen, die im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, absolute („dingliche“) Wirkung entfaltet, ist im Fall einer lediglich syndikatsvertraglichen Vinkulierungsklausel ein gutgläubiger Erwerb durch einen dritten Erwerber möglich.<sup>3)</sup> Vinkulierungsklauseln sollten daher, jedenfalls in der Regel, sicherheitshalber im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

Hinsichtlich der Rechtsnachfolge durch einen Erwerber in die Rechte und Pflichten seines Vorgängers als Gesellschafter ist, was den Gesellschaftsvertrag betrifft, keine besondere Vorsorge notwendig. Der Erwerber tritt mit dem Anteils-erwerb automatisch in die Rechte und Pflichten des Gesell-

schaftsvertrages ein. Beim Syndikatsvertrag ist eine derartige Rechtsnachfolge nicht selbstverständlich.<sup>4)</sup> Dies macht daher grundsätzlich die ausdrückliche vertragliche Verpflichtung zur Überbindung der Rechte und Pflichten aus dem Syndikatsvertrag an einen allfälligen Nachfolger als Gesellschafter erforderlich.

### 2. Das Problem der gesetzlichen Stimmverbote

Gemäß § 39 Abs 4 GmbHG unterliegt ein Gesellschafter bei der Beschlussfassung einem Stimmverbot,

- wenn er von einer Verpflichtung befreit werden soll,
- wenn ihm ein Vorteil zugewendet werden soll,
- wenn es um die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm geht, sowie
- wenn ein Rechtsstreit gegen ihn eingeleitet oder erledigt werden soll.

Die geltende Rechtslage wird den Erfordernissen der Praxis nicht gerecht, vor allem bei Gesellschaften mit ausgeprägtem – und von den Parteien ganz bewusst eingegangenem – Mehrheits-Minderheitsverhältnis, beispielsweise bei Konzern-GmbH mit konzernfremder Minderheitsbeteiligung.

\*) Schriftliche und ergänzte Fassung eines Vortrags, gehalten am 19. Juni 2006 beim Symposium „100 Jahre GmbH in Österreich“ der Wirtschaftsuniversität Wien, Universität Wien und Wirtschaftskammer Wien.

1) Die für solche Nebenvereinbarungen verwendete Terminologie ist vielfältig, aber letztlich unerheblich: „Stimmbindungs- und Kooperationsvertrag“, „Gesellschaftervereinbarung“, „Konsortialvertrag“, „Poolvertrag“, „Side-Letter“, „Voting-Trust“ etc.

2) Vgl OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x; dazu Tichy, Syndikatsvertrag als Beschlussanfechtungsgrund, *ecolex* 2000, 204.

3) Siehe Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (I), *ecolex* 2000, 428 (432 f).

4) Siehe zB Tichy in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, Exkurs zu § 114 Rz 106.

Gerade in Konzernverhältnissen hat die Frage der Stimmverbote größte Bedeutung. Die gesetzlichen Stimmverbote führen – was von den Parteien bei der Gesellschaftsgründung offenbar oftmals nicht bedacht wird – zu einer vollkommenen Relativierung der bestehenden Kapitalmehrheiten. So kann im Fall einer Konzern-GmbH mit Fremdbeteiligung (Minderheitsbeteiligung) jedes auch noch so alltägliche, konzerninterne Geschäft und jede konzerninterne Maßnahme für die Konzernmutter zum Problemfall werden. Mit Leichtigkeit kann jede (Mit-)Entscheidungsmöglichkeit der Konzernmutter über derartige Angelegenheiten durch den Minderheitsgesellschafter verhindert werden: Der Minderheitsgesellschafter braucht die vorzunehmende Maßnahme lediglich auf die Tagesordnung der Generalversammlung zwecks Beschlussfassung hierüber zu bringen. Dies ist ihm möglich, wenn seine Beteiligungsquote 10% des Stammkapitals oder eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene niedrigere Quote erreicht (§ 37 Abs 1 GmbHG). Aus Sicht eines Mehrheitsgesellschafters ist es daher ratsam, dem oder den Minderheitsgesellschafter(n) jedenfalls nur weniger als 10 % Beteiligungsquote zuzugestehen. Andernfalls hat der Minderheitsgesellschafter freie Hand, interne Rechtsgeschäfte zu verhindern oder zumindest massiv zu beeinflussen.<sup>5)</sup> Inhaltliche Grenzen gibt es dabei nicht, d.h. der Minderheitsgesellschafter kann, wie erwähnt, jeden Gegenstand der Geschäftsführung in der Generalversammlung zu Abstimmung bringen und damit der Dispositionsbefugnis der (das Vertrauen des Mehrheitsgesellschafters genießenden) Geschäftsführung entziehen. Nicht nur einzelne Geschäftsleitungsmaßnahmen, sondern die Geschäftspolitik im Ganzen kann zum Gegenstand der Tagesordnung einer Generalversammlung gemacht werden.<sup>6)</sup> Bei sämtlichen konzerninternen Angelegenheiten unterliegt dann der Mehrheitsgesellschafter (die Konzernmutter) dem gesetzlichen Stimmverbot des § 39 Abs 4 GmbHG. Der Minderheitsgesellschafter kann daher, wenn er es darauf anlegt, die Beziehungen der betreffenden GmbH zum Konzern nach Belieben alleine steuern bzw. einer konzernbezogenen Geschäftsführung der GmbH entgegenwirken und damit die Umsetzung einer einheitlichen Leitung empfindlich zu stören. Das damit verbundene Erpressungspotential ist offenkundig.

Aus Sicht des Mehrheitsgesellschafters ist daher, sofern die Gesellschafterminderheit die 10 % – Beteiligungsschwelle erreicht, eine umfassende vertragliche Vorsorge angezeigt, um – den Mehrheits- bzw. wirtschaftlichen Beteiligungsverhältnissen entsprechend – Herr im Haus zu bleiben und sich nicht vom Minderheitsgesellschafter die Konzernpolitik diktieren lassen zu müssen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit eine Abbedingung oder zumindest Modifizierung der

gesetzlichen Stimmverbote im Gesellschaftsvertrag – oder im Syndikatsvertrag – zulässig ist, ohne dass eine unzulässige Umgehung des § 39 Abs 4 GmbHG vorliegt. MaW: Sind die gesetzlichen Stimmverbote zwingend oder disponibel?

Judikatur dazu ist – soweit ersichtlich – nicht vorhanden, was nach 100 Jahren GmbH doch recht erstaunlich ist. Die Gesetzesmaterialien meinen, die Stimmverbote des § 39 Abs 4 GmbHG würden „ihrer Beschaffenheit nach“ die Ausstattung mit zwingender Kraft erfordern.<sup>7)</sup> Während nach hA<sup>8)</sup> gegen eine Ergänzung oder Erweiterung der gesetzlichen Stimmverbote keine Bedenken bestehen, ist hingegen fraglich, ob eine Einschränkung oder sogar gänzliche Beseitigung der Stimmverbote im Gesellschaftsvertrag (oder im Syndikatsvertrag) erfolgen kann. Genau danach besteht in der hier interessierenden Fallkonstellation praktischer Bedarf. Die hA verneint jedoch eine Möglichkeit der Einschränkung der gesetzlichen Stimmverbote und folgt somit im Ergebnis den Gesetzesmaterialien; allerdings ohne das Problem näher zu behandeln oder diese ablehnende Auffassung näher zu begründen.<sup>9)</sup> Gemessen an der praktischen Bedeutung wurde dem Problem bislang erstaunlich wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

Die hL bietet, abgesehen von *U. Torggler*, wie erwähnt keine Begründung an und überzeugt daher schon aus diesem Grund nicht. *U. Torggler* argumentiert für die Anwendung der Stimmverbote auch in Konzernsituationen damit, dass konzerninterne Geschäfte im besonderen Maße gefährdet seien, da sich derartige Geschäfte besonders zu verdeckten Gewinnausschüttungen eignen, und das damit verbundene Risiko der Minderheitsgesellschafter – nämlich deren gesetzliche Ausfallhaftung nach § 83 Abs 2 und 3 GmbHG – diesen nicht zugemutet werden könne.<sup>10)</sup>

Hingegen halten *Gellis/Feil*<sup>11)</sup> fest, dass ein zwingender Grund, der gegen die gesellschaftsvertragliche Einschränkung des Stimmverbots betreffend die Vornahme von Rechtsgeschäften spricht, nicht ersichtlich ist. Ausführlicher

5) *Schneider*, Stimmverbote im GmbH-Konzern, ZHR 150 (1986), 622.  
 6) *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>17</sup>, GmbH KonzernR Rz 59.  
 7) EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 70 (nachgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005), 563. Dagegen *Gellis/Feil GmbHG*<sup>5</sup>, § 39 Rz 14. In Deutschland tut man sich in der Diskussion wegen der Bestimmung des § 45 Abs 2 dGmbHG etwas leichter.  
 8) *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup>, § 39 Rz 48 mwN.  
 9) *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup>, § 39 Rz 48 (ohne Begründung); ohne nähere Auseinandersetzung *Kostner/Umfahrer*, GmbHG<sup>3</sup>, Rz 472. „Eher ablehnend“ *S. Schmidt*, Stimmverbote in der GmbH (2003), 75.  
 10) *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern, Diss. Wien (1996), 260 (abrufbar unter [www.juridicum.at](http://www.juridicum.at)).  
 11) § 39 Rz 14.

wird die konkrete Frage von *Gaggl/Sigari-Majd*<sup>12)</sup> behandelt. Diese Autoren argumentieren, dass die Stimmverbote des § 39 Abs 4 GmbHG im Grunde weitgehend auf dem Gedanken des In-Sich-Geschäfts beruhen. Sie müssen daher ebenso abdingbar sein wie das Verbot des Selbstkontrahierens bzw. der Doppelvertretung. Dem ist zuzustimmen.

Dem zutreffenden Gedanken des In-Sich-Geschäfts sind weitere Argumente nachzuschieben: Es ist heute unstrittig, dass im GmbH-Recht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen ist. Demnach bedarf nicht die Zulässigkeit, sondern die Unzulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Abweichungen vom Gesetz einer gesonderten Begründung.<sup>13)</sup> Als dabei heranzuziehende Wertungsprinzipien werden Gläubigerschutz, Minderheitenschutz, das Anliegen, Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt fernzuhalten und die Sicherheit des Rechtsverkehrs genannt.<sup>14)</sup> Im gegebenen Zusammenhang kann sinnvoller Weise nur das Kriterium „Minderheitenschutz“ zur näheren Prüfung herangezogen werden. Bei genauer Betrachtung geht es aber nicht – oder zumindest nicht nur – um Minderheitenschutz. Vielmehr geht es, wie das eingangs erwähnte Konzernbeispiel zeigt, um das praktische Bedürfnis nach **Mehrheitsschutz!** Kann vom Gesetzgeber ernsthaft gewollt sein, dass der Mehrheitsgesellschafter (die Konzernmutter) in Hinblick auf Rechtsgeschäfte im Konzern in der Generalversammlung kein Mitspracherecht haben soll, sondern die Entscheidung über solche Rechtsgeschäfte im Fall einer Beschlussfassung hierüber **zwingend** dem Minderheitsgesellschafter überlassen sein soll?

Im Übrigen stellt sich die Frage, warum, wenn ein Verzicht auf die Geltendmachung eines Stimmverbots dadurch bewirkt werden kann, dass keiner der Gesellschafter einen Widerspruch wegen Stimmverbotsverletzung erhebt, nicht auch schon vorweg durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung auf Stimmverbote „verzichtet“ werden können soll.<sup>15)</sup>

Vor allem aber spricht § 1056 ABGB für die hier vertretene Auffassung: Nach dieser Bestimmung können Käufer und Verkäufer die Festsetzung des Preises auch einer dritten Person überlassen. Obwohl § 1056 ABGB nur die Festlegung durch eine dritte Person ausdrücklich erwähnt, sind sich Lehre und Rechtsprechung darüber einig, dass auch die Bestimmung des Preises durch einen der beiden Vertragspartner selbst durchaus zulässig ist und wirksam vereinbart werden kann.<sup>16)</sup> Mehr noch – in § 1056 ABGB wird eine **allgemeine Regelung** der Zulässigkeit der Leistungsbestimmung durch Dritte bzw. durch einen Kontrahenten gesehen. Dabei steht die Preisbestimmung durch den Kontrahenten

(bzw. durch den Dritten) unter der Anforderung der „Austauschgerechtigkeit“.<sup>17)</sup> Der Dritte bzw. der Kontrahent hat die ihm überlassene Leistungsbestimmung nach sachgemäßem Ermessen bzw. nach Billigkeit vorzunehmen, wobei die vorgenommene Leistungsbestimmung der richterlichen Nachprüfung und allfälligen Korrektur unterliegt.<sup>18)</sup>

Dieser in § 1056 ABGB zum Ausdruck kommende, allgemeine zivilrechtliche Gedanke ist zumindest auf die 3. Variante der Stimmverbote gemäß § 39 Abs 4 (Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter) jedenfalls übertragbar. Ist das Stimmverbot bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter gesellschaftsvertraglich oder syndikatsvertraglich (sofern alle Gesellschafter Parteien des Syndikatsvertrages sind) abbedungen, so ist der mit den Stimmen des betroffenen Gesellschafters zustande gekommene Gesellschafterbeschluss – wie dies auch bei der Leistungsbestimmung durch einen Kontrahenten gemäß § 1056 ABGB der Fall ist – inhaltlich nachprüfbar und einer richterlichen Korrektur zulässig. Dies ergibt sich bereits aus der **Treuepflicht**, der alle Gesellschafter unterliegen und die (insbesondere) dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Gesellschafter, wenn es um Entscheidungen in Geschäftsführungsangelegenheiten geht, strikt an die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gebunden sind.<sup>19)</sup> Werden mit der Stimmgabe gesellschaftsfremde Partikularinteressen verfolgt, liegt hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts ein Ermessensmissbrauch und damit eine Treuwidrigkeit vor.<sup>20)</sup> Ein solcherart zustande gekommener Gesellschafterbeschluss ist anfechtbar.<sup>21)</sup> Das mit einem Gesellschafter beschlossene Rechtsgeschäft ist daher – wie es auch bei § 1056 ABGB der Fall ist – bereits nach allgemeinem GmbH-Recht (§ 41 GmbHG) gerichtlich nachprüfbar. Eines **zwingenden** Stimmverbotes nach § 39 Abs 4 GmbHG bedarf es daher nicht; jedenfalls die 3. Variante dieser Bestimmung (Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter) ist vielmehr dispositiv. Durch die Möglichkeit, diese Be-

12) *Gaggl/Sigari-Majd*, Abänderung vom Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag, *ecolex* 2003, 338.

13) *Kalss*, Anmerkungen zu Privatautonomie in der GmbH, in: *Kalss/Rüffler*, *Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen*, (2005) 13 mit Hinweis auf *Koppensteiner*, *GmbHG*<sup>2</sup> § 4 Rz 19.

14) *Koppensteiner*, *GmbHG*<sup>2</sup> § 4 Rz 19.

15) So *S. Schmidt*, aaO, die die Abdingbarkeit von Stimmverboten dann allerdings doch „eher“ ablehnt.

16) OGH EvBl 1980/38; *Apathy in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*, § 1056 Rz 2; *Aicher in Rummel*<sup>3</sup>, § 1056 Rz 11; *Binder in Schwimann*, *ABGB*<sup>3</sup>, § 1056 Rz 17 f.

17) *Aicher*, aaO.

18) OGH EvBl 1980/38; *Aicher*, aaO, Rz 8; *Apathy*, aaO, Rz 3; *Binder*, aaO, Rz 18.

19) Siehe *Koppensteiner*, *GmbHG*<sup>2</sup>, § 41 Rz 34.

20) Vgl *Koppensteiner*, aaO, § 41 Rz 34.

stimmung vertraglich abbedingen zu können, wird also das andernfalls nicht zu leugnende Erpressungspotential des Minderheitsgesellschafters entschärft, ohne dass deshalb die Richtigkeitskontrolle bzw. Möglichkeit zur richterlichen Korrektur verloren geht. Würde man der Bestimmung des § 39 Abs 4 GmbHG – jedenfalls was deren 3. Variante anbelangt – hingegen zwingenden Charakter beimessen, geriete man in Widerspruch zum allgemeinen Rechtsgedanken des § 1056 ABGB, der die Leistungsbestimmung auch durch Kontrahenten zulässt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Soweit das Stimmverbot auf dem Gedanken des In-sich-Geschäfts beruht, ist es richtiger Weise ebenso abdingbar wie das Verbot des In-sich-Kontrahierens.<sup>23)</sup> Das gilt daher jedenfalls für die 3. Variante des § 39 Abs 4 GmbHG, der Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter. Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss ist lediglich bei Fragen, die nicht mit dem In-sich-Geschäft verwandt sind, zwingend, wie bei der Entlastung und bei der Befreiung von einer Verbindlichkeit.<sup>23)</sup>

Besonders revolutionär ist dieses hier vertretene Ergebnis übrigens nicht, lässt doch der Gesetzgeber bei der Beschlussfassung über Geschäfte, die die Organisationsstruktur der Gesellschaft betreffen (Unternehmensverträge, Umgründungen), einem Gesellschafter, der selbst Partei des strukturbezogenen Geschäftes und damit unmittelbar selbst betroffen ist, nach hA sein Stimmrecht.<sup>24)</sup> Es ist daher nicht einzusehen, warum ein Stimmrecht in eigenen Angelegenheiten bei „Verkehrsgeschäften“ absolut unzulässig sein soll, zumal sich § 39 Abs 4 GmbHG keineswegs auf jede mögliche Interessenkollision, sondern nur auf die dort taxativ aufgezählten bezieht und im übrigen anerkannt ist, dass das GmbH-Gesetz ein generelles Stimmverbot bei Interessenkollisionen nicht kennt.<sup>25)</sup>

Auf offenbar strittige Mindermeinungen wie die an dieser Stelle vertretene sollte sich der Vertragsrichter in der Praxis nicht verlassen, solange die Frage der Abdingbarkeit der gesetzlichen Stimmverbote nicht durch die Rechtsprechung geklärt ist. Welche Möglichkeiten bleiben daher dem Vertragsrichter, der dem Parteieninteresse gerecht zu werden hat?

Zu überlegen ist zunächst ein syndikatsvertraglicher Stimmbindungsvertrag in der klassischsten Form: Der Minderheitsgesellschafter verpflichtet sich demnach gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter, sein Stimmrecht nicht nach eigenem Gutdünken, sondern stets nach Weisung des Mehr-

heitsgesellschafters auszuüben.<sup>26)</sup> Rein formal trägt der hier interessierende Mehrheitsgesellschafter (die Konzernmutter) dem gesetzlichen Stimmverbot Rechnung: Der Mehrheitsgesellschafter beteiligt sich nicht an der Abstimmung. Allerdings stimmen der oder die übrige(n) Gesellschafter, die selbst keinem Stimmverbot unterliegen, in der vom Mehrheitsgesellschafter gewünschten Weise ab. Das Beschlussergebnis ist nicht Folge einer Stimmabgabe des Mehrheitsgesellschafters, sondern einer syndikatsvertraglichen Bindung der übrigen Gesellschafter.

Zugegebenermaßen bleiben Zweifel über, ob in einer solchen syndikatsvertraglichen Regelung, soweit sie auch für Beschlussfassungen gelten soll, bei denen der Mehrheitsgesellschafter einem gesetzlichen Stimmverbot unterliegt – darum geht es allerdings – eine bloße Umgehung des gesetzlichen Stimmverbotes zu erblicken ist (vorausgesetzt, man geht mit der herrschenden, jedoch unzutreffenden Ansicht von der Unabdingbarkeit der gesetzlichen Stimmverbote aus). So meint *Tichy*,<sup>27)</sup> dass Stimmverbote durch Stimmbindungsverträge nicht wirksam umgangen werden können. Dies folge aus den die Stimmverbote anordnenden Gesetzesstellen in Verbindung mit § 879 ABGB.<sup>28)</sup>

Was bleibt also dem Praktiker? Zu denken ist wieder an einen – diesmal modifizierten – Syndikatsvertrag, der zwar den Mehrheitsgesellschafter nicht berechtigt, den oder die Minderheitsgesellschafter anzuweisen, wie diese ihr Stimmrecht auszuüben haben; der aber die in Frage kommenden künftigen Rechtsgeschäfte, die dem Mehrheitsgesellschafter am Herzen liegen, ferner die Geschäfts- und Konzernpolitiken, die Rolle der Gesellschaft im Konzern usw. eingehend umschreibt. Die Gesellschafter werden sodann verpflichtet, ihre Stimmen und sonstigen Gesellschafterrechte stets im Sinne dieser im Syndikatsvertrag festgehaltenen Parameter auszuüben. Der Nachteil dieser Lösung liegt allerdings auf der Hand: Praktisch wird es nie gelingen, alle in Frage kom-

21) *Koppensteiner*, aaO, § 41 Rz 31 mwN.

22) *Karsten Schmidt in Scholz*, GmbHG<sup>9</sup>, § 47 Rz 173.

23) *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>17</sup>, § 47 Rz 73 mwN; siehe auch *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG<sup>9</sup>, § 47 Rz 173; *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>17</sup>, § 47 Rz 73

24) Siehe z.B. *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002), 143 ff; 228 ff, 407 f; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 221 AktG Rz 6, § 98 GmbHG Rz 1; *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup>, § 98 Rz 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 1096 f.

25) OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95.

26) Siehe *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000), 31.

27) *Tichy*, aaO, 98.

28) Dem ist nur so weit zu folgen, als es sich um Stimmverbote handelt, die nicht auf dem Gedanken des In-sich-Geschäftes beruhen, zB beim Stimmverbot über die Abstimmung über die Entlastung (siehe oben). Siehe auch zB BGH 12.6.1989 – II ZR 246/88, GmbHR 1989, 329.



menden Situationen so eingehend zu regeln, dass nicht doch immer wieder Sachverhalte auftreten, die nicht bedacht wurden und in denen daher das Stimmverbot des § 39 Abs 4 GmbHG erst recht wieder entscheidend zum Tragen kommt.

Die Auffassung, wonach mittels Syndikatsvertrag überhaupt keine Vereinbarungen getroffen werden können, um die Problematik der Stimmverbote des § 39 Abs 4 GmbHG zu entschärfen, ist nicht nur als unzutreffend abzulehnen. In ihrer Auswirkung ist sie auch absolut wirtschaftsfeindlich. Denn bei Richtigkeit dieser Auffassung könnte man etwa einem ausländischen Investor, der mit einem lokalen österreichischen Minderheitspartner ein schlichtes joint venture eingehen möchte, darüber hinaus aber überhaupt jedem Unterehmer, der in eine ihm verbundene GmbH einen Minderheitspartner aufnehmen will, keine rechtlich zufrieden stellende Lösung anbieten. Dann bliebe – und wohl auch nur in der Theorie – als Versuch eines Auswegs nur, vertraglich für den Fall, dass der Mehrheitsgesellschafter einem Stimmverbot unterliegt, einen „neutralen“ Dritten zu nominieren, der an die Parteien des Stimmbindungsvertrags nach eigenem Ermessen die Weisung zu geben hat, wie die Gesellschafter in der Generalversammlung abzustimmen haben. Dieser Lösungsversuch liefe allerdings auf eine fragwürdige (zumindest partielle) Selbstentmündigung der Gesellschafter hinaus.<sup>29)</sup>

### 3. Persönliche Mitarbeit der Gesellschafter

Es macht – bei der Mehrpersonen-GmbH – einen gewaltigen Unterschied, ob ein Gesellschafter bloß als Kapitalgeber aufgenommen wird oder ob auch seine tagtägliche, höchstpersönliche Mitarbeit erwartet wird. Zur persönlichen Mitarbeit ist aber ohne besondere Vereinbarung kein Gesellschafter verpflichtet. Mein Eindruck ist allerdings, dass in der Praxis nur in den seltensten Fällen diesbezügliche gesellschaftsvertragliche Regelungen getroffen werden, obwohl es den Gründern sehr häufig bei der Auswahl ihrer Mitgesellschafter in erster Linie – jedenfalls aber entscheidend – auf deren persönliche Mitarbeit in der Gesellschaft ankommt. Um dieser regelmäßig vorkommenden Interessenlage gerecht zu werden, ist es mit der Einräumung gesellschaftsvertraglicher Sonderrechte auf Geschäftsführung oder der Beschränkung der Abrufbarkeit auf wichtige Gründe<sup>30)</sup> nicht getan. Vielmehr muss der Umfang der gewünschten Mitarbeit, egal ob der Betreffende Geschäftsführer oder nur operativ mitarbeitender Gesellschafter sein soll, klar geregelt werden. Soll er seine volle Arbeitskraft einbringen? Soll er nur im Sinne einer Nebenbeschäftigung zur Verfügung stehen?<sup>2)</sup>

Ist der betreffende Gesellschafter nicht auch gleichzeitig Geschäftsführer, liegt es nahe, ihm ausdrücklich ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen, da das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 24 GmbHG nur für Geschäftsführer gilt.<sup>31)</sup> Für einen sonstigen operativ tätigen Gesellschafter kann sich ein Wettbewerbsverbot allenfalls aus dem Dienstverhältnis ergeben. Doch liegt ein Dienstverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts nicht bei jedem mitarbeitenden Gesellschafter notwendigerweise vor.

Das Ausmaß der Entlohnung ist aus Gründen der Diskretion im (nicht öffentlichen) Syndikatsvertrag zu regeln. Einer vertraglichen Regelung der Anstellungsverhältnisse schon aus Anlass der Gesellschaftsgründung ist der Vorzug zu geben. Behält man sich die Regelung dieser Fragen für einen späteren Zeitpunkt vor, darf nicht übersehen werden, dass für einen späteren Abschluss eines Anstellungsvertrages ein entsprechender Gesellschafterbeschluss erforderlich ist.<sup>32)</sup> Die Frage, ob der betroffene Gesellschafter bei der Beschlussfassung hierüber in allen Fällen mitstimmen kann, ist nicht restlos geklärt.<sup>33)</sup>

Da das Ausmaß der in Frage kommenden Entlohnung letztlich vom Unternehmenserfolg abhängt, der vorweg in der Regel nicht absehbar ist, bietet es sich an, zumindest die Proportionen der Gesellschafter-Gehälter zueinander vertraglich zu regeln, um spätere Eifersüchteleien auszuschließen. So etwa kann im Syndikatsvertrag vorgesehen werden, dass zwischen den Gesellschaftern die Anstellungs-/Dienst- oder Werkverträge jeweils so festzulegen und mit der Gesellschaft zu vereinbaren sind, dass zwischen den Gesellschaftern untereinander bestimmte festgelegte Verhältnisse herzustellen sind und eine Neufestlegung dieser Verdienstquoten das Einvernehmen aller voraussetzt. Angesichts unterschiedlicher Qualifikationen und beruflicher Erfahrungen wird dabei naturgemäß nicht immer das Verhältnis 1:1 zum Tragen kommen.

29) Zur Selbstentmündigung der Gesellschafter vgl. Hofbauer, Die Kompetenzen des (GmbH-)Beirats (1996), 13 f., 244 ff., 286.

30) Zur Unterscheidung zwischen Sonderrecht und Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe vgl. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/620.

31) Zur Bedeutung von § 24 GmbHG für Gesellschafter siehe Koppensteiner, GmbHG<sup>2</sup>, § 61 Rz 10.

32) Fantur/Zehetner, Zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses des GmbH-Geschäftsführers, insbesondere des Gesellschafter-Geschäftsführers, *ecolex* 1997, 846 (846).

33) Ausnahmslos dafür Fantur/Zehetner, aaO, 846. Anders Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/93, der die Stimmberechtigung nur solange bejaht, als die zu vereinbarenden Konditionen („Gesamtausstattung“) in angemessener Höhe liegen, da ansonsten ein „Vorteil“ iSd § 39 Abs 4 GmbHG vorläge, der ein Stimmverbot nach sich ziehe.

Eine längere oder dauerhafte Verhinderung eines zur Mitarbeit verpflichteten Gesellschafters kann für die übrigen durchaus Züge annehmen, die einem „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ ähnlich sind. Der Fall, dass ein zur persönlichen Mitarbeit verpflichteter Gesellschafter auf längere Zeit an seiner Tätigkeit in der Gesellschaft verhindert ist, sollte daher vorsorglich und klar geregelt werden. Das gilt insbesondere auch für die Auswirkungen eines längeren Absens auf die Teilnahme an der Verteilung des Bilanzgewinns.

So kann geregelt werden, dass der Gewinnanspruch eines Gesellschafters, der durch Krankheit oder Unfall länger als einen bestimmten Zeitraum an der Mitarbeit verhindert ist, für das laufende Geschäftsjahr unter das, was ihm im Normalfall zustehen würde, herabsinkt, zum Beispiel auf zwei Drittel oder auf die Hälfte, und der verbleibende Rest diesfalls den übrigen Gesellschaftern, zusätzlich zu ihren allgemeinen Gewinnansprüchen, zukommt; dies solange, bis der betroffene Gesellschafter seine Geschäftsführungstätigkeit gänzlich wieder aufgenommen hat. Gerade bei Freiberufler-Gesellschaften oder sonstigen Gesellschaften, bei denen es auf den persönlichen Einsatz der einzelnen Gesellschafter ganz besonders ankommt, bieten sich derartige Regelungen an, zumal abgesehen davon der Ausfall eines operativen Gesellschafters in der Regel einen noch höheren Einsatz der übrigen Gesellschafter erfordert. Ziel derartiger Regelungen sollte es aber immer sein, eine angemessene Balance zwischen Teilnahme am Unternehmenserfolg einerseits und fairer wirtschaftlicher Absicherung der Gesellschafter andererseits zu finden.

Als Konsequenz einer dauerhaften bzw. endgültigen Verhinderung der operativen Mitarbeit eines Gesellschafters einer personalistischen GmbH kommt wohl in erster Linie dessen Verpflichtung zum Ausscheiden durch Ausübung von Aufgriffsrechten der übrigen Gesellschafter gegen Abfindung in Frage. Dies gilt umso mehr für den Fall einer schuldhaften Einstellung der Mitarbeit, wobei im letzteren Fall die Abfindung durch die übrigen Gesellschafter im Rahmen des Zulässigen durchaus gemindert werden kann.

#### 4. Finanzierung der Gesellschaft

Vielfach belassen es die beteiligten Gesellschafter bei der Gesellschaftsgründung mit der Regelung des Stammkapitals (regelmäßig des Mindeststammkapitals). Darüber hinaus sollte aber der konkrete, idR über das (Mindest-)Stammkapital hinausgehende, vorhersehbare künftige Finanzierungsbedarf (Businessplan!) erhoben und einer vertraglichen Regelung unterworfen werden. Insbesondere das allfällige „Nicht-Mitziehen-Können“ oder „Nicht-Mitziehen-Wol-

len“ eines Gesellschafters bei späteren, weiteren Finanzierungsmaßnahmen sollte bereits bei der Gründung geregelt werden. So kann das zu einem späteren Zeitpunkt geplante weitere (Mit-)Finanzieren der Gesellschaft als Vertragspflicht ausgestaltet werden – mit entsprechenden Konsequenzen für den Fall der Verletzung der übernommenen zusätzlichen Finanzierungspflichten. Diese Konsequenzen werden wohl idR der Ausschluss aus der Gesellschaft (aus ausdrücklich definiertem wichtigem Grund) bzw. entsprechende Aufgriffsrechte der übrigen Gesellschafter für diesen Fall sein (unbeschadet allfälliger weitergehender Schadenersatzansprüche).

Die Konsequenzen können aber auch moderater geregelt werden. So kann für den Fall, dass ein Gesellschafter nicht weiter mitfinanziert kann oder möchte, den übrigen Gesellschaftern das Recht eingeräumt werden, die Hereinnahme neuer Gesellschafter (Investoren) in die Gesellschaft zu veranlassen, etwa durch Kapitalerhöhung (die uU ohne vorherige Vereinbarung mangels Erreichen der erforderlichen 3/4 Mehrheit<sup>34)</sup> sonst nicht durchführbar wäre) unter Vorauverzicht der nicht mitfinanzierenden Gesellschafter auf ihr Bezugsrecht. Damit wäre zumindest gesichert, dass die nicht weiter finanzierungswilligen oder –fähigen Gesellschafter das Wachstum der Gesellschaft durch Hereinnahme weiterer Investoren nicht blockieren bzw. behindern können.

Wird wie üblich mit Fremdkapital finanziert, sollten allfällige Verpflichtungen zur Übernahme von Bürgschaften durch die Gesellschafter, zu Pfandbestellungen, zur Gewährung von (Gesellschafter-)Darlehen etc vorab vertraglich geregelt werden. Für all diese Regelungspunkte bietet sich der – nicht öffentlich zugängliche – Syndikatsvertrag ganz besonders an; kann doch idR kein Interesse daran bestehen, die Finanzierungspläne der Gesellschaft in der Öffentlichkeit breitzutreten.

Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft sollte erwogen werden, eine Enthftung des Ausscheidenden vorzusehen. Zu denken ist hier an jene Gesellschafter, die Haftungen übernommen oder Pfandrechte für Gesellschaftsverbindlichkeiten gegeben haben. Im Fall des Ausscheidens (etwa bei der Ausübung von Aufgriffsrechten durch die anderen Gesellschafter) ist es grundsätzlich sachlich gerechtfertigt, Enthftungen vorzusehen. So kann die Ausübung eines gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechts von einer Schad- und Klagoshaltung durch den Aufgreifenden oder, noch weitergehender, von der tatsäch-

34) § 52 Abs 1 iVm § 50 Abs 1 GmbHG.

lichen Erwirkung der Enthftung des ausscheidenden Gesellschafters bei den Gläubigern der GmbH, oder auch durch Beibringung einer Bankgarantie durch die aufgreifenden Gesellschafter, abhängig gemacht werden.<sup>35)</sup>

#### 4.1. Nachschüsse

Regelmäßig verpflichten sich die Gesellschafter untereinander, gegebenenfalls Nachschüsse (auch als „Zuschüsse“, „Zuzahlungen“ und dergleichen bezeichnet) in die Gesellschaft zu leisten. Nach dem Wortlaut des einschlägigen § 72 GmbHG können Nachschüsse ausschließlich im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Die konkrete Nachschussverbindlichkeit entsteht nach dem Gesetz selbst bei gesellschaftsvertraglicher Verankerung erst als weitere Folge eines an den Gesellschaftsvertrag anknüpfenden konkreten Gesellschafterbeschlusses, für den eine einfache Mehrheit ausreicht<sup>36)</sup> und der Gleichheitsgrundsatz zu beachten ist.<sup>37)</sup> Hingegen ist es nach hA<sup>38)</sup> nicht möglich, bereits in der Satzung Zahlungstermine für die in Frage kommenden Nachschüsse vorzusehen. Auch lässt es § 72 GmbHG nicht zu, dass die Nachschüsse der Höhe nach in absoluten Beträgen festgelegt werden. Vielmehr verlangt das Gesetz, bei der Formulierung der Höhe der übernommenen Nachschussverpflichtungen ein Verhältnis zu den Stammeinlagen herzustellen. Die Nachschussverpflichtung der Höhe nach anders zu definieren, erklärt § 72 Abs 2 GmbHG ausdrücklich für wirkungslos! Eine ersatzweise Qualifikation als Nebenleistungen im Sinne des § 8 GmbHG kommt diesfalls nicht in Frage, weil sich diese Bestimmung ausdrücklich nur auf Leistungen bezieht, die zwar einen Vermögenswert darstellen, aber „nicht in Geld bestehen“.

Für den Fall der Säumigkeit eines Gesellschafters mit einem eingeforderten Nachschuss sieht § 73 GmbHG die Anwendung der Kaduzierungsvorschriften samt Vormännerhaftung auf den betroffenen Gesellschafter vor, wobei diese Zwangsfolge im Gesellschaftsvertrag allerdings abbedungen werden kann.

Die Rückzahlung von Nachschüssen ist nach dem Gesetz (§ 74 GmbHG) nur unter folgenden, besonderen Voraussetzungen möglich:

- Es darf keine Unterbilanz vorliegen, d.h. die verbleibenden Aktiva abzüglich der Verbindlichkeiten müssen den Nennbetrag des Stammkapitals erreichen.<sup>39)</sup>
- Es ist ein Gesellschafterbeschluss erforderlich (einfache Mehrheit reicht aus).
- Der Rückzahlungsbeschluss ist zu veröffentlichen (§ 55 GmbHG, § 10 HGB). Bekannte Gläubiger sind darüber hinaus unmittelbar zu informieren.

- Es ist eine dreimonatige Wartefrist einzuhalten.
- Das Stammkapital muss voll einbezahlt sein.

Angesichts dieser fragwürdigen gesetzlichen Schwerfälligkeiten besteht in der Praxis Bedarf bzw. der nahe liegende Wunsch, Nachschuss-Regelungen (oder Regelungen, die Nachschüssen im Ergebnis gleichkommen: „Zuschüsse“, „Zuzahlungen“ etc.) privatautonom im Syndikatsvertrag festzulegen. Dem steht allerdings entgegen, dass § 72 GmbHG offenbar überwiegend als zwingend angesehen wird.<sup>40)</sup> Es ist daher zu überprüfen, ob derartige Finanzierungen im Syndikatsvertrag tatsächlich nicht wirksam vereinbart werden können.

Nach den Materialien<sup>41)</sup> geht es dem Gesetzgeber bei der Regelung der §§ 72 ff GmbHG nicht um den Gläubigerschutz, sondern um die Vermehrung des Betriebskapitals im Interesse der Gesellschaft. Weiters soll nach den Materialien die Festlegung allfälliger Nachschusspflichten im Gesellschaftsvertrag einzelne Gesellschafter vor unbilligen Härten zu schützen, denen sie ausgesetzt wären, wäre die Festlegung einer Nachschussverpflichtung etwa durch einen – wenn auch noch so hoch qualifizierten – Mehrheitsbeschluss zulässig.<sup>42)</sup>

Geht es aber um den Schutz der Gesellschafter und nicht um den der Gläubiger, müsste die Festlegung von Nachschusspflichten im Syndikatsvertrag ebenfalls zulässig und wirksam möglich sein, solange nur derjenige, der die Nachschussverpflichtung übernimmt, Partei des Syndikatsvertrages wird. Allenfalls könnte man argumentieren, dass der Syndikatsvertrag diesfalls – so wie der Gesellschaftsvertrag – in Notariatsaktsform zu errichten ist, was aber mE zu verneinen ist.

35) Reich-Rohrwig, Einzelne Fragen der Satzungs-gestaltung, in *Kalss/Rüffler Satzungs-gestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen* (2005), 17 (29).

36) Koppenteiner, GmbHG<sup>2</sup>, § 72 Rz 10.

37) § 72 Abs 3 GmbHG.

38) Koppenteiner, GmbHG<sup>2</sup>, § 72 Rz 10; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>1</sup>, 605, Gellis/Feil, GmbHG<sup>5</sup>, Rz 5.

39) Koppenteiner, GmbHG<sup>2</sup>, § 74 Rz 1.

40) Koppenteiner, GmbHG<sup>2</sup>, § 72 Rz 6; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>1</sup>, 604 f; Kostner/Umfahrer, GmbH<sup>5</sup>, Rz 657; Fritzbeg/Fritzbeg, Die GmbH (1999), Rz 343. Für die Zulässigkeit der schuldrechtlichen Vereinbarung hingegen Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, 431 FN 71 und Gellis/Feil, GmbHG<sup>6</sup>, § 72 Rz 2. Alle Zitierten ohne nähere Begründung. Siehe auch Tichy, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000), 57 f; ders in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, Exkurs zu § 114 Rz 105.

41) EBRV 236 BlgHH XVII. Session, S. 81, nachgedruckt bei Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005), 615.

42) EBRV 236 BlgHH XVII. Session, S. 81, nachgedruckt bei Kalss/Eckert, aaO, 616.

Die Zulässigkeit der Regelung von schuldrechtlichen Nachschüssen („Zuschüssen“, „Zuzahlungen“ und dergleichen) im Syndikatsvertrag sollte also richtiger Weise bejaht werden.<sup>43)</sup> Es ist keinen Grund ersichtlich, warum eine syndikatsvertragliche Verpflichtung, unter bestimmten Umständen oder zu bestimmten Terminen Nachschüsse zu leisten (egal ob diese „Nachschüsse“ anders bezeichnet werden), nicht durchsetzbar sein sollte; selbst dann nicht, wenn sich die Verpflichtung zur Nachschussleistung bereits endgültig aus dem Vertrag ergibt, ohne dass noch zusätzlich ein Gesellschafterbeschluss zur Fälligkeitstellung gefasst werden muss. Soll es ernstlich verboten sein, dass sich ein Gesellschafter persönlich außerstatutarisch gegenüber seinen Mitgesellschaftern zu einer Leistung an die Gesellschaft verpflichtet?<sup>44)</sup>

Hält man die Regelung von Nachschüssen / Zuschüssen außerhalb des Gesellschaftsvertrages für zulässig, stellen sich jedoch folgende, weitere Fragen:

- Sind die sonstigen gesetzlichen Vorschriften für Nachschüsse (§§ 72 ff GmbHG, aber auch die Kaduzierungsvorschriften gemäß § 66 ff GmbHG) analog anwendbar?
- Kann daher auch im Syndikatsvertrag ein Nachschuss / Zuschuss nicht mit absoluten Zahlen, sondern nur über ein Verhältnis zum Stammkapital definiert werden? Was gilt, wenn die Nachschusspflichten nicht nach einem Verhältnis der Stammeinlagen definiert sind?
- § 74 Abs 6 GmbHG ordnet ausdrücklich die Bildung einer eigenen Bilanzposition für Nachschüsse iSd §§ 72 ff GmbHG an; nach dem Gesetz können statutarische Nachschüsse daher nicht in eine freie Rücklage eingestellt werden. Müssen somit syndikatsvertraglich vereinbarte Nachschüsse – so wie die gesellschaftsvertraglichen – ebenfalls gem § 74 Abs 6 GmbHG in einen eigenen Passivposten eingestellt werden, dürfen sie daher also nicht etwa in eine freie Rücklage eingestellt werden?
- Unterliegen syndikatsvertraglich vereinbarte Nachschüsse daher – analog § 74 GmbHG – denselben Rückzahlungerschwernissen wie gesellschaftsvertraglich geregelte Nachschüsse?

In der Praxis sind syndikatsvertragliche Finanzierungsvereinbarungen, nach denen unter bestimmten Umständen oder Terminen Zuschüsse zu leisten sind, die dann im übrigen durchaus ohne weitere Problematisierung in freie Rücklagen eingestellt werden, durchaus zu beobachten. Auf Fragen wie die oben aufgeworfenen scheint dabei nicht besonders Bedacht genommen zu werden.<sup>45)</sup> Inwieweit diese

Praxis für die Beteiligten riskant ist, bleibt offen, solange keine (höchstrichterliche) Rechtsprechung vorliegt.

#### 4.2 Bedachtnahme auf § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG (so genannte „Großinvestitionen“)

Gemäß § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG bedürfen Verträge über den Erwerb von Anlagevermögen (bzw. dauernd zum Geschäftsbetrieb bestimmten Gegenständen) sowie unbeweglichen Gegenständen eines Gesellschafterbeschlusses mit 3/4-Mehrheit, sofern das Vertragsvolumen 20 % des Stammkapitals übersteigt. Die Bestimmung ist für die ersten beiden Jahre nach Gründung der Gesellschaft zwingend und kann erst für die Zeit danach abbedungen werden. Für die Praxis bedeutet das im Regelfall – also bei einer GmbH mit dem Mindeststammkapital von € 35.000,- – dass bereits Geschäfte mit einem Volumen von lediglich € 7.000,- mit 3/4-Mehrheit generalversammlungspflichtig sind! Offenkundig ist daher, dass diese Gesetzesbestimmung über so genannte „Großinvestitionen“ (Nachgründungen) überzogen und lebensfremd ist. Zwecks Vermeidung späterer Streitigkeiten und um Erpressungspotential einzelner Gesellschafter erst gar nicht aufkommen zu lassen, liegt es auf der Hand, anlässlich der Gesellschaftsgründung im begleitenden Syndikatsvertrag die Vornahme unter diese Bestimmung fallender Geschäfte vorab zu vereinbaren, soweit diese Geschäfte zur Erreichung der gesetzten Ziele, also zB aufgrund eines Businessplans, bereits absehbar sind.

#### 5. Gewinnausschüttung

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine besondere Regelung der Gewinnausschüttungen vor, so ist ein vorhandener Bilanzgewinn zwingend zur Gänze auszuschütten.<sup>46)</sup> Für den Vertragsrichter heißt das, dass eine allfällige Regelung oder Nichtregelung dieses Themas mit entsprechendem Bewusstsein zu erfolgen hat.<sup>47)</sup>

Nachdem eine von den allgemeinen Beteiligungsquoten abweichende Ausschüttung des Bilanzgewinns bei einstimmigem Gesellschafterbeschluss möglich ist (sog Satzungs-durchbrechung<sup>48)</sup>), können im Syndikatsvertrag Gewinnausschüttungsquoten unter den Gesellschaftern anstatt nach

43) Ebenso *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, 431 FN 71 und *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>6</sup>, § 72 Rz 2.

44) Vgl *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000), 55f.

45) *Emmerich in Scholz*, GmbHG<sup>9</sup>, § 26 Rz 18; VwGH 3.11.1994 93/15/0082 = *GesRZ* 1995, 207.

46) *Statt aller Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup>, § 35 Rz 13.

47) Vgl *K. Schmidt*, Gewinnverwendungsklauseln bei Kapitalgesellschaften, in *FS P. Doralt* (2004), 597 (599).

48) Siehe zB *Koppensteiner*, aaO § 40 Rz 8; *Priester in Scholz*, GmbHG<sup>9</sup>, § 53 Rz 27.



den allgemeinen Beteiligungsquoten an der Gesellschaft auch nach flexiblen Kriterien vereinbart werden (zB am Anteil an der Neukundenaquisition etc). Dies bietet sich beispielsweise bei Freiberufler-GmbH oder sonstigen GmbH, bei denen die persönliche Betreuung durch die operativ mitarbeitenden Gesellschafter ganz besonders im Vordergrund steht, an.

Um wertvolle Vorarbeiten oder Akquisitionen, die einzelne Gesellschafter bereits im Vorgründungsstadium geleistet haben, zumindest im Verhältnis der Gesellschafter untereinander entsprechend zu honorieren, gleichzeitig aber aus der Gesellschaft heraus zu finanzieren, ohne mit § 7 GmbHG (Verbot des Gründerlohns<sup>49</sup>) in Konflikt zu geraten, bietet sich die syndikatsvertragliche Vereinbarung einer „Vorzugsdividende“ zugunsten der entsprechenden Gesellschafter für die ersten Geschäftsjahre an, bis der von den Gesellschaftern als abzugelten würdig erkannter „Gründerlohn“ (samt Verzinsung) abgegolten ist. Die Vorzugsdividende kann demnach zB mit einem bestimmten Prozentsatz vom Gesamtjahresgewinn festgelegt werden (zB 10 %), den zunächst jedenfalls der begünstigte Gesellschafter alleine erhält. Damit wird im übrigen sichergestellt, dass die Leistungen einzelner Gesellschafter im Vorgründungsstadium nur dann belohnt werden, wenn sich ein entsprechender Unternehmenserfolg tatsächlich eingestellt hat und die belohnten Bemühungen somit nicht offenbar nutzlos waren.

## 6. Generalversammlung

Die gesetzliche Regelung der Durchführung von Generalversammlungen ist unbefriedigend. So ist etwa die direkte Einberufung der Generalversammlung durch einzelne Gesellschafter ohne besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht möglich. Weiters lässt das Gesetz jegliche Vorschrift über den Vorsitz in der Generalversammlung und über die Beschlussfeststellung vermissen. Unklar ist die Rechtslage auch über die Teilnahme weiterer Personen als der Gesellschafter und deren Vertreter (zB Berater). Selbst die Frage, ob die Geschäftsführer ein Teilnahmerecht an der Generalversammlung haben, ist gesetzlich nicht geregelt (mE haben die Geschäftsführer gegen den Willen der Gesellschafter kein Teilnahmerecht<sup>50</sup>).

### 6.1 Vorsitz

Mangels gesetzlicher Regelung haben Rechtsprechung und Lehre folgende Kompetenzen des Vorsitzenden herausgearbeitet:<sup>51</sup>

- die Eröffnung und Schließung, allenfalls auch die Unterbrechung der Generalversammlung;

- die Festlegung des Ablaufes der Wortmeldungen und Abstimmungen;
- die Feststellung der Beschlussfähigkeit;
- allenfalls die Änderung der Reihenfolge der Tagesordnungspunkte;
- die Worterteilung und- Entziehung;
- die **Leitung der Abstimmung samt Stimmenauszählung**;
- im Fall von Meinungsverschiedenheiten die vorläufige **ad hoc-Entscheidung** über das Vorliegen oder Nichtvorliegen **allfälliger Stimmverbote**;
- die **Feststellung des Beschlussergebnisses**;
- die Führung des Generalversammlungsprotokolls.

Die Kompetenz des Vorsitzenden zur Stimmenauszählung und Feststellung des Beschlussergebnisses hat im Ergebnis zu Folge, dass der Vorsitzende für einen allfällig nachfolgenden Beschlussanfechtungsprozess die **Klägerrolle** zuteilt, indem er ein Beschlussergebnis zunächst einmal verbindlich herstellen kann. Angesichts der abschreckenden Wirkung des hohen Prozesskostenrisikos und der üblicher Weise viel zu langen Prozessdauer kann der Vorsitzende damit beinahe schon vollendete Tatsachen schaffen. Da die Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft zu richten ist, trifft den willkürlich agierenden Versammlungsleiter praktisch auch kein eigenes finanzielles Prozessrisiko.<sup>52</sup>) Für einen Gesellschafter oder eine Gesellschaftergruppe, deren Stimmen bei der Beschlussfassung vom Vorsitzenden zu Unrecht nicht ausgezählt wurden, bedeutet dies hingegen einen schwerwiegenden rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteil. Es wundert daher nicht, dass es bei fehlender oder unklarer gesellschaftsvertraglicher Regelung des Vorsitzes in so genannten „streitigen“ Generalversammlungen zu entsprechend deftigen Auseinandersetzungen kommen kann. Um sich dies zu ersparen, empfiehlt sich eine klare gesellschaftsvertragliche Regelung, wer zur Vorsitzführung berechtigt ist. So kann eine ad hoc-Wahl unter den anwesenden Gesellschafter vorgesehen werden. Nicht schaden kann es, auch die Details zu dieser Wahl klar zu stellen, etwa dass ein sich selbst nominierender Gesellschafter bei der Abstimmung über seine Wahl zum Vorsitzenden stimmberechtigt ist; ebenso, dass auch stimmrechtsbevollmächtigte Dritte als

49) Vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/434 ff.

50) *Fantur*, Schriftlicher Gesellschafterbeschluss gemäß § 34 GmbHG, RdW 1998, 529 (530).

51) Siehe dazu *Fantur*, Zur Leitung der Generalversammlung, insbesondere durch Geschäftsführer, in: FS *Krejci* (2001), 581 [583] mwN.

52) *Fantur*, FS *Krejci*, 586. Vgl aber *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>1</sup> (1983), 403.

Vorsitzende vorgeschlagen werden können usw. Eine andere Möglichkeit der vertraglichen Vorsitzregelung besteht darin, bestimmten Gesellschaftern ein Sonderrecht oder ein Nominierungsrecht auf die Führung des Vorsitzes einzuräumen. Sieht die Satzung ein solches Sonderrecht vor, sollte auch geregelt werden, was zu geschehen hat, wenn der zur Vorsitzführung Sonderberechtigte nicht persönlich anwesend ist.

Die in der Praxis häufig vorkommende satzungsmäßige Einräumung des Vorsitzes an einen Geschäftsführer ist hingegen in Wahrheit unzweckmäßig, ist doch die Generalversammlung das Kontrollorgan der Geschäftsführung und nicht umgekehrt. Die gesellschaftsvertragliche Einräumung des Vorsitzes in der Generalversammlung an einen Fremdgeschäftsführer ist daher prinzipiell abzulehnen.<sup>53)</sup>

## 6.2 Teilnahme außenstehender Dritter

Mit dem Ziel, eine besondere Vertraulichkeit<sup>54)</sup> zu erreichen, findet sich in der Praxis immer wieder die gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach nur solche Personen als Berater bzw. Begleiter von den Gesellschaftern zur Generalversammlung beigezogen werden dürfen, die einer beruflichen Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen. Dabei wird übersehen, dass sich die berufliche Verschwiegenheit eines Beraters, etwa eines Rechtsanwaltes, nur auf das interne Verhältnis zum Mandanten und auf den Schutz dessen Interessen bezieht, von der er von diesem überdies entbunden werden kann, und nicht gegenüber der – aus Sicht des zwischen Berater und Gesellschafter bestehenden Mandatsverhältnisses – dritten Gesellschaft. Eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag ist daher nicht zielführend.

## 7. Unternehmensgegenstand mit „Generalklausel“

Änderungen des gesellschaftsvertraglich definierten Unternehmensgegenstandes bedürfen eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes festgesetzt ist (§ 50 Abs 3 GmbHG). Offenbar um diese strenge Beständigkeit eines einmal festgelegten Unternehmensgegenstandes etwas zu lockern, findet sich in sehr vielen Gesellschaftsverträgen nach der der Anführung der einzelnen, konkreten Punkte des Unternehmensgegenstandes eine zusätzliche „Generalklausel“. Diese weist regelmäßig folgenden (oder zumindest einen sehr ähnlichen) Wortlaut auf:

*„Außerdem ist die Gesellschaft zu allen Handlungen, Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig bzw. förderlich erscheinen.“*

Diese übliche und scheinbar nützliche Generalklausel ist jedoch äußerst kritisch zu betrachten. Für Minderheitsgesellschafter kann sie sich als böse Falle erweisen, wie die Entscheidung 1 Ob 190/01z des Obersten Gerichtshofes zeigt.<sup>55)</sup> In diesem vom OGH entschiedenen Fall war exakt diese – übliche – „Generalklausel“ im Gesellschaftsvertrag enthalten. Die Mehrheitsgesellschafter setzten einen Tagesordnungspunkt auf die Generalversammlung, wonach die Gesellschaft als Stifterin eine Privatstiftung errichten sollte, in die unter anderem die Anteile an ihrer operativen Tochtergesellschaft eingebracht werden sollten. Als Zweck der Privatstiftung wurde die Förderung und Erhaltung der Unternehmen der Stifterin angeführt, die auch als Begünstigte vorgesehen war. Gegen die Stimmen der Minderheit wurde der entsprechende Generalversammlungsbeschluss tatsächlich gefasst. Darüber hinaus wurde – der naturgemäß vom Vertrauen der Mehrheitsgesellschafter getragene – Geschäftsführer der Gesellschaft zum Vorstand des Stiftungsvorstandes bestellt. Im Ergebnis wurde durch diese Vorgangsweise die Beteiligung an der Tochtergesellschaft dem Einfluss- und Kontrollbereich der Minderheitsgesellschafter zur Gänze entzogen.

Sehr zu hinterfragen erscheint in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OGH. Dieser verneinte einen Beschlussanfechtungsanspruch der Minderheitsgesellschafter mit der Begründung, der angefochtene Gesellschafterbeschluss halte sich im Rahmen des Gesellschaftsvertrages, da er von der oben zitierten „Generalklausel“, die der Aufzählung der einzelnen Regelungspunkte des Unternehmensgegenstandes angeschlossen war, gedeckt sei. Da der Zweck der Privatstiftung in der „Förderung der Unternehmen“ der Stifterin, in deren Erhaltung etc. gelegen sei und im Übrigen die GmbH die Begünstigte der Privatstiftung sei, stelle, so der OGH, die Gründung der Privatstiftung durch die GmbH keine Änderung des Unternehmensgegenstandes dar, die Einstimmigkeit erfordert hätte und daher ohne Zustimmung der Minderheitsgesellschafter nicht hätte beschlossen werden können. Aufgrund der gegenständlichen Klausel könne von einer Änderung des Unternehmensgegenstandes „kein Rede sein“.

Woraus sich diese Eindeutigkeit ergeben soll, ist jedoch meikam nachzuvollziehen. Ich bin mir vielmehr sicher, dass es

53) Fantur, FS Krejci, 589 ff.

54) Zur Verschwiegenheitspflicht der Gesellschafter vgl. K. Schmidt in Scholz, GmbHG<sup>9</sup>, § 51a Rz 6.

55) OGH 25.9.2001, 1 Ob 190/01z, RdW 2002, 90.

fast alle GmbH-Gründer, die die Entscheidung 1 Ob 190/01z des OGH nicht kennen, nicht für möglich halten würden, dass die gänzliche Ausgliederung der operativen Tochtergesellschaft in eine Privatstiftung und der damit verbundene komplette Entzug aller Einsichts- und Kontrollmöglichkeiten der Gesellschafter vom Wortlaut oder Sinngehalt der zitierten „Generalklausel“ gedeckt sein

könnte und bin der Ansicht, dass dies im Wege der Vertragsauslegung auch tatsächlich nicht unterstellt werden kann. Die Praxis ist in Hinblick auf diese nun einmal vorliegende OGH-Entscheidung jedenfalls gut beraten, mit der zitierten, in der Praxis bislang äußerst weit verbreiteten „Generalklausel“ sehr sorgfältig und äußerst sparsam umzugehen.

Bydlinski/Potyka

## Übernahmegesetz

- Gesellschafter-Ausschlussgesetz
- Umwandlungsgesetz
- Spaltungsgesetz

2006, 202 Seiten, br., 3-7046-4882-5, € 34,80

Durch das Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 (ÜbRÄG 2006) wird einerseits das österreichische Übernahmerecht in wesentlichen Bereichen novelliert, andererseits kommt es zu einer grundlegenden Neuregelung des Rechts des zumindest 90%igen Mehrheitsgesellschafters einer Kapitalgesellschaft, die Minderheitsgesellschafter auszuschließen („Squeeze-out“). Die vorliegende Textausgabe umfasst das **Übernahmegesetz**, das **Umwandlungsgesetz** und das **Spaltungsgesetz** in ihrer aktuellen Fassung sowie das neue **Gesellschafter-Ausschlussgesetz**, wobei Änderungen durch das ÜbRÄG 2006 optisch hervorgehoben sind.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
bestellen@voe.at  
www.verlagoesterreich.at

VERLAG  
ÖSTERREICH