

# ZUM NOTGESCHÄFTSFÜHRER / ZUR BEHANDLUNG DER VON EINEM VOM STIMMRECHT AUSGESCHLOSSENEN GESELLSCHAFTER ABGEBEBENEN STIMME

1. Im Verfahren zur Bestellung eines Notgeschäftsführers haben die Gesellschafter und der bestellte Notgeschäftsführer, nicht aber ein verbliebener Geschäftsführer Parteistellung.
2. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers kommt auch dann in Betracht, wenn zwar ein Geschäftsführer vorhanden ist, aber eine Interessenkollision vorliegt.
3. Der Notgeschäftsführer ist an mit Gesellschafterbeschluss gefasste Geschäftsführungsentscheidungen der Gesellschafter gebunden.
4. Auch die von einem vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter abgegebene Stimme ist grundsätzlich als gültig zu behandeln; die Nichtigkeit eines solchen Gesellschafterbeschlusses kann nur im Anfechtungsverfahren gemäß §§ 41 ff GmbHG ausgesprochen werden.

§§ 15a, 41 GmbHG, § 15 FBG

OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x

## Aus der Begründung:

[...] Im Verfahren zur Bestellung eines Notgeschäftsführers genießen die Gesellschafter (*Burgstaller in Jabornegg*, HGB § 15 FBG Rz 20 aE; *Pöltner*, Notgeschäftsführer 81 ff; *Kostner/Umfahrer*, GmbH Rz 202; *G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer* § 15 FBG Rz 87) und der bestellte Notgeschäftsführer, nicht aber ein verbliebener Geschäftsführer im eigenen Namen Parteistellung (*Pöltner aaO* 81; *G. Kodek aaO*). Der gegenteiligen Auffassung von *Kostner/Umfahrer* (GmbHG Rz 202) und *Reich-Rohrwig* (GmbHG I<sup>2</sup> Rz 2/62) ist nicht zu folgen, weil durch die Bestellung eines Notgeschäftsführers eigene Rechte (vgl § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG) des Geschäftsführers nicht betroffen sind. Hier muss Gleiches gelten wie bei der Abberufung eines Geschäftsführers oder bei der Eintragung eines Geschäftsführerwechsels, wo nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dem Geschäftsführer auch keine Parteistellung und (damit) Rekurslegitimation im eigenen Namen zukommt (vgl *G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 177; *Oberhofer/Santner*, Anträge zum Firmenbuch I 13.2.5; EvBl 1967/133; HS 6600; GesRZ 1984, 219; OLG Wien NZ 1998, 380). [...]

2.1 Nach § 15a Abs 1 GmbHG hat das Gericht, soweit die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäfts-

führer fehlen, in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteiligten für die Zeit bis zur Behebung des Mangels einen Notgeschäftsführer zu bestellen. Als „beteiligt“ im Sinne dieser Gesetzesstelle ist jeder anzusehen, der ein Interesse an der ordnungsgemäßen Organzusammensetzung geltend machen kann. Dazu gehören die Gesellschafter, die Organe der Gesellschaft sowie diejenigen Personen, die einen gegen die Gesellschaft durchzusetzenden Anspruch behaupten (RIS-Justiz RS0113161; zuletzt 6 Ob 10/06y; 6 Ob 1/85 = EvBl 1986/39; 6 Ob 36/85 = SZ 59/172; 6 Ob 2378/96s = SZ 70/81; RIS-Justiz RS00609013).

2.2 Nach herrschender Rechtsprechung sind die Voraussetzungen für die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Firmenbuchgericht streng auszulegen (6 Ob 8/93; 6 Ob 10/06y). Auch nach der Lehre handelt es sich bei § 15a GmbHG um eine Ausnahmebestimmung; die Bestellung eines Notgeschäftsführers ist demnach gegenüber der gesellschaftsautonomen Vorsorge für die Vertretung subsidiär (*Pöltner*, Notgeschäftsführer 57 ff).

2.3 Nach herrschender Lehre (*Pöltner*, Notgeschäftsführer 40 ff; vgl auch *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 15a Rz 3) und Rechtsprechung (6 Ob 36/85 = SZ 59/172) kommt die Bestellung eines Notgeschäftsführers auch dann in Betracht, wenn ein Geschäftsführer zwar vorhanden ist, aber – wie im



vorliegenden Fall – eine Interessenkollision vorliegt.

2.4 Bei der Beurteilung des Vorliegens der in § 15a GmbHG als (weitere) Voraussetzung für die Bestellung eines Notgeschäftsführers normierten Dringlichkeit ist danach zu differenzieren, wer die Bestellung begehrt (*Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 15a Rz 6). Bei der hierbei vorzunehmenden Abwägung sind grundsätzlich auch dem Antragsteller offen stehende andere Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung zu berücksichtigen (vgl. *Koppensteiner* aaO). [...]

Die Rechtsstellung des Notgeschäftsführers entspricht derjenigen des gesellschaftsautonom bestellten Geschäftsführers (*Pöltner* aaO 108). Der Notgeschäftsführer ist daher an Geschäftsführungsentscheidungen der Gesellschafter, die bestimmte Fragen allgemein durch Satzung oder im Einzelfall durch Beschluss an sich gezogen haben (vgl. § 20 Abs 1 GmbHG), gebunden (*Pöltner* aaO; vgl. auch *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 15a Rz 11, nach dem die Befugnis des Notgeschäftsführers lediglich eingeschränkt, nicht aber erweitert werden kann). Selbst treuwidrige Geschäftsführungsentscheidungen der Gesellschafter sind nach herrschender Auffassung jedenfalls dann zu beachten, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – nicht mehr angefochten werden können (ausführlich *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH [1990] 80 ff, insb 87 ff; *Koppensteiner* GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 9; *Pöltner* aaO 108; ebenso wohl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/259). Eine Aufhebung der Bindung des Notgeschäftsführers an derartige Beschlüsse der Gesellschafter kommt – wie *Pöltner* (aaO 109 ff) überzeugend nachgewiesen hat – nicht in Betracht. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers soll die Vertretung der Gesellschaft ermöglichen; sie soll aber nicht dazu dienen, Rechtshandlungen der Gesellschaft zu erzwingen. Die Entscheidung über den richtigen „Kurs“ des Unternehmens muss bei der Generalversammlung bleiben. Das Gericht ist nicht befugt, in Geschäftsführungsentscheidungen einzugreifen (*Pöltner* (aaO 110; SZ 58/27). Darin liegt auch keine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Minderheitsgesellschafters, steht diesem doch neben der

Nichtigkeitsklage nach § 41 GmbHG im Fall einer allfälligen missbräuchlichen Unterlassung der Geltendmachung von Ansprüchen durch die (Mehrheit der) Gesellschafter bzw den Geschäftsführer die Klagemöglichkeit nach § 48 GmbHG offen.

2.7. Damit bleibt im vorliegenden Fall aber – wie schon das Erstgericht zutreffend erkannt hat – für eine sinnvolle Tätigkeit eines Notgeschäftsführers kein Raum. Dieser wäre vielmehr an den die gerichtliche Geltendmachung der behaupteten Ansprüche ablehnenden Beschluss der Generalversammlung vom 24.8.2004 gebunden. Dabei kann auch keine Rede davon sein, dass die betreffenden Beschlüsse – wie der Gesellschafter Elmar K\*\*\*\*\* vermeint – „absolut nichtig“ seien. Vielmehr ist aus Gründen der Rechtssicherheit auch die von einem vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter abgegebene Stimme grundsätzlich als gültig zu behandeln; die Nichtigkeit eines solchen Beschlusses kann nur im Anfechtungsverfahren gemäß §§ 41 ff GmbHG ausgesprochen werden (1 Ob 573/85 = SZ 58/88; *Kostner/Umfahrer*, GmbHG<sup>5</sup> Rz 473). Die gegenteilige Ansicht von *Koppensteiner* (GmbHG<sup>2</sup> § 39 Rz 6) steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Außerdem vertritt auch *Koppensteiner* für den Fall, dass ungültige Stimmen berücksichtigt wurden und der Inhalt des gefassten Beschlusses – unabhängig von einer förmlichen Feststellung (vgl. *Koppensteiner* aaO § 34 Rz 16 und § 39 Rz 7) – feststeht, dass diesfalls nur eine Beseitigung im Wege der Anfechtung nach §§ 41 ff GmbHG in Betracht kommt (*Koppensteiner* aaO § 39 Rz 7). Eine Prüfung der Nichtigkeit bzw Anfechtbarkeit des Beschlusses der Generalversammlung bloß inzidenter, etwa im Zuge eines Firmenbuchverfahrens oder im Verfahren zur Bestellung eines Notgeschäftsführers, kommt schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in Betracht (vgl. *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 41 Rz 23); die Erwähnung der Nichtigkeitsklärung mittels Beschlusses in § 44 GmbHG bezieht sich lediglich auf den mittlerweile aufgehobenen § 43 GmbHG (6 Ob 12/79 = GesRZ 1981, 110). [...]

## ANMERKUNG

Die Aussage des OGH, wonach die von einem vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter abgegebene Stimme grundsätzlich als gültig zu behandeln sei und die Nichtigkeit eines solchen Beschlusses nur im Wege einer Beschlussanfechtungsklage ausgesprochen werden könne, ist so nicht richtig. Die in der Entschei-



dungsbegründung für diese Rechtsauffassung zitierte OGH-Entscheidung SZ 58/88, auf die auch die ebenfalls zitierten *Kostner/Umfahrer* (GmbHG<sup>5</sup>, Rz 473) verweisen, ist überholt und entspricht nicht mehr dem heutigen Stand sowohl von Rechtsprechung als auch von Lehre. In einer jüngeren Entscheidung vom

12.5.1992, 4 Ob 7/92 (= wbl 1992, 406) hat der 4. Senat des OGH ausgesprochen, dass es der Stimmrechtsausschluss eines Gesellschafters mit sich bringt, dass der Beschluss mit der Mehrheit der übrigen an der Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter gefasst werden kann und derartig gefasste Beschlüsse nicht zu beanstanden sind.

In einer weiteren Entscheidung vom 24.2.1999 (EvBl 1999/128) hat der OGH (9. Senat) seinen offensichtlichen Meinungswandel bestätigt und festgehalten, dass bei der Berechnung der abgegebenen Stimmen die ungültigen Stimmen unberücksichtigt zu bleiben haben.

Die vom OGH in der vorstehend abgedruckten Entscheidung zu dieser Frage zitierte 5. Auflage des Werkes von *Kostner/Umfahrer* und die von diesen Autoren und in der Entscheidung zitierte Judikatur (Entscheidungsjahr von SZ 58/88 war 1985) hingegen ist mittlerweile überholt. Die in der obigen Entscheidung zitierte Ansicht von *Koppensteiner* (GmbHG<sup>2</sup>, § 39 Rz 6) steht daher heute durchaus nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, sieht man von der hier besprochenen Entscheidung ab.

Nicht übersehen werden darf allerdings, dass das Nicht-Mit-zählen ungültiger Stimmen nur dann in Frage kommt, wenn es einen legitimierten Versammlungsleiter gibt, der die Stimmauszählung vornimmt und ein Beschlussergebnis feststellt, oder wenn sich alle Anwesenden auch sonst über das Nicht-Mit-zählen einig sind (kommt in der Praxis allerdings nie vor).

Nach Ansicht von *Thöni* (Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschaftsbeschlüsse [1998], 148) ist ein Verhandlungsleiter nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, ungültige Stimmen nicht mit-zuzählen.

Nur wenn es keinen Verhandlungsleiter gibt und somit ein Beschlussergebnis nicht festgestellt wird und auch sonst keine Einigkeit über das Beschlussergebnis herrscht, kommt daher der hier abgedruckten Entscheidung vorangestellte, wiedergegebene Leitsatz des OGH zur Anwendung. Möglicherweise wollte der OGH diese eingeschränkte Anwendbarkeit seines Rechtssatzes andeuten (argum: „grundsätzlich“).

LUKAS FANTUR

## Diwok/Göth Bankwesengesetz

2005, 804 Seiten, geb., 3-7046-0388-0, € 220,-

Der erste Band des auf drei Bände ausgelegten Werkes zum BWG befasst sich mit den Regelungen über die Berechtigung zum Betreiben von Bankgeschäften in Österreich, mit den Eigentümerbestimmungen sowie ausführlich und vollständig mit den Ordnungsnormen. Dabei werden insbesondere auch die komplexen Regelungen über die Unterlegung von Kreditrisiken, Fremdwährungs- und Zinsänderungsrisiken im Bank- und Handelsbuch sowie Großveranlagungen und Beteiligungsrisiken kommentiert. Das Buch wendet sich an den Bankrechtspraktiker und zeigt auch die Nahtstellen zu handels- und steuer- sowie bilanzrechtlichen Fragen auf.

**Dr. Georg Diwok** ist Partner und Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie • Kerres & Diwok Rechtsanwälte GmbH in Wien.

**Univ.-Doz. MMag. Dr. Philip Göth** ist Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Partner bei Deloitte Österreich und Deloitte Schweiz.



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

VERLAG  
ÖSTERREICH