

GESELLSCHAFTSRECHT

UND ANGRENZENDES STEUERRECHT

August / September 2017 / Nr. 6, Seiten 289–344

Aufsätze

- 291 Probleme der Willensbildung bei der Abberufung und Kündigung von GmbH-Geschäftsführern im Konzern
Georg Schima / Dominik Prankl
- 302 Weniger ist mehr? – Die neue EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts
Matthias Potyka / Juliana Spenling

Judikatur

- 307 Übertragung aller Anteile an einer Kommanditgesellschaft auf eine GmbH – Voraussetzungen und Rechtsfolgen (OGH)
- 309 (Keine) verdeckte Sacheinlage durch Entnahme vor Einbringung – Grenzen der Prüfungskompetenz des Firmenbuchgerichts (OGH)
- 313 Kündigung der Kommanditgesellschaft durch einen Komplementär (OGH)
- 314 Konkludente Gründung einer GesBR (OGH)
- 315 Jahresabschluss: Aufstellungs- und Offenlegungspflicht auch für Rumpfgeschäftsjahre ohne Geschäftstätigkeit (OGH)

Firmenbuch-Praxis

- 316 Anmeldung auf Eintragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine Auslandsgesellschaft mit inländischer Zweigniederlassung

Angrenzendes Steuerrecht

- 319 Ertragssteuerliche Behandlung unentgeltlicher Vermögensübertragungen im Zusammenhang mit Personengesellschaften
Gerhild Bednar / Sebastian Bergmann
- 330 Errichtende Umwandlung kann als Vermögensübertragung in der Gruppe qualifizieren (VwGH)
- 333 Ertragsteuerliche Behandlung des Erwerbs eigener Aktien ohne Einziehung (VwGH)

Herausgeber: Heinz Krejci†, Friedrich Rüffler, Lukas Fantur, Georg Kofler, Sebastian Bergmann

AUFSÄTZE

Probleme der Willensbildung bei der Abberufung und Kündigung von GmbH-Geschäftsführern im Konzern

Die GmbH ist in Österreich wie in Deutschland ein beliebter „Konzernbaustein“. Im Unterordnungskonzern werden oftmals sowohl Mutter- als auch Tochtergesellschaft¹ in der Rechtsform einer GmbH betrieben. Nicht selten kommt es vor, dass die Geschäftsführer der Muttergesellschaft auch Geschäftsführer der Tochtergesellschaft sind. Bei Personenidentität in den Geschäftsführungsgremien kann es zu Interessenkollisionen kommen. Die Wahrung der Interessen der Gesellschaft scheint vor allem dann gefährdet, wenn einer der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft, der auch Geschäftsführer der Muttergesellschaft ist, abberufen und/oder gekündigt werden soll. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob der Geschäftsführer der Muttergesellschaft bei der Beschlussfassung über seine eigene Abberufung und/oder Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft als Vertreter der Muttergesellschaft mitstimmen darf bzw kann und wie sich ein allfälliges Stimmverbot auf die Vertretungsmacht von Mitgeschäftsführern auswirkt.

Deskriptoren: Geschäftsführer, Abberufung, Kündigung, Konzern, Personenidentität, Interessenkollision, In-Sich-Geschäft, fehlende Vertretungsmacht, Gesamtvertretungsmacht, nachträgliche Genehmigung, Notgeschäftsführer.

Normen: § 15a GmbHG; § 16 Abs 1 GmbHG; § 18 GmbHG; § 39 Abs 4 GmbHG; § 271 ABGB per analogiam; § 1016 ABGB; § 181 BGB.

Von Georg Schima / Dominik Prankl

1. Problemstellung

Konzerne sind aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Sie sind im unternehmerischen Wirken nicht die Ausnahme, sondern die Regel. Die Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit Konzernsachverhalten auftauchen, sind – auch deshalb, weil ein gesatztes Konzernrecht in Österreich fehlt – in der Regel äußerst komplex. Dies zeigt auch ein Fall aus der anwaltlichen Praxis, mit dem die Verfasser erst kürzlich zu tun hatten:

Eine deutsche GmbH (Muttergesellschaft) hielt 100 % der Anteile an einer anderen deutschen GmbH (Tochtergesellschaft), diese wiederum 100 % der Anteile an einer österreichischen GmbH (Enkelgesellschaft). Die beiden gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführer der deutschen Tochtergesellschaft waren zugleich Geschäftsführer der österreichischen Enkelgesellschaft. Die Generalversammlung der Tochtergesellschaft (vertreten durch die Geschäftsführer der Muttergesellschaft) berief einen der beiden Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ab. Der nach der Abberufung verbliebene Geschäftsführer berief seinen ehemaligen Geschäftsführerkollegen sodann als Geschäftsführer der Enkelgesellschaft ab und kündigte dessen Anstellungsvertrag, den dieser mit der Enkelgesellschaft abgeschlossen hatte.² Übersehen wurde vom verbliebenen Geschäftsführer aber, dass seinem Kollegen der Inhalt des Beschlusses über seine Abberufung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nicht zugeht und damit ihm gegenüber noch nicht wirksam wurde. Da der „verbliebene“ Geschäftsführer daher noch nicht Alleingeschäftsführer der Tochtergesellschaft und aufgrund der Vertretungsregeln der

¹ Gemäß § 115 Abs 1 GmbHG liegt ein Konzern vor, wenn mehrere rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden. Diese Formulierung ist missglückt, denn das Unternehmen ist Rechtsobjekt und nicht Rechtssubjekt. Mit den rechtlich selbständigen Unternehmen sind daher die Rechtsträger, die das Unternehmen betreiben, gemeint. Siehe dazu *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci* (Hrsg.),

Konzernrecht (2016) Rz 1.122. Im Rahmen dieses Beitrages werden deshalb die Begriffe „Muttergesellschaft“ und „Tochtergesellschaft“ verwendet.

² Zur sogenannten „Drittanstellung“ siehe für viele *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 98 ff; *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015) 121 f.

Tochtergesellschaft deshalb auch (noch) nicht alleinvertretungsbefugt war, stellte sich die Frage, ob die vom nur vermeintlichen Alleingeschäftsführer vorgenommene Abberufung und Kündigung rechtsunwirksam war. Prima Vista könnte man meinen, dass die (schwebende) Unwirksamkeit von Abberufung und Kündigung aufgrund der Missachtung der Vertretungsregeln der Tochtergesellschaft offenkundig ist. Bedenkt man aber, dass der abberufene und gekündigte Geschäftsführer bei Gesamtvertretung an der Entscheidung über seine eigene Kündigung und Abberufung hätte mitwirken müssen und er damit zum „Richter in eigener Sache“ geworden wäre, erscheint es zumindest prima facie denkbar, dass der von der Abberufung bzw Kündigung betroffene Geschäftsführer von der Mitwirkung an der Entscheidungsfindung ausgeschlossen und der „verbliebene“ Geschäftsführer allein entscheidungsbefugt war.

Es lohnt sich daher – in Abstrahierung vom eben geschilderten Fall, der nur als „Problemaufriss“ dienen sollte – der Frage nachzugehen, ob Geschäftsführer der Muttergesellschaft von der Beschlussfassung über ihre eigene Abberufung bzw Kündigung in der Tochtergesellschaft ausgeschlossen sind. Für einen Stimmrechtsausschluss kommen neben spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, die eine unbefangene Willensbildung in Gesellschaftsorganen sicherstellen sollen, auch allgemein zivilrechtliche Vorschriften über den Ausschluss von der Vertretung in Betracht. Sollte die Prüfung ergeben, dass der Geschäftsführer bei der Beschlussfassung über seine eigene Abberufung bzw Kündigung nicht mitwirken darf bzw kann, ist der Frage nachzugehen, ob dieser Umstand bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer zu einer Modifikation des Vertretungsregimes der Muttergesellschaft in dem Sinne führt, dass ein grundsätzlich nur gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer ausnahmsweise alleinvertretungsbefugt ist. Die nachstehenden Ausführungen stehen unter der Prämisse, dass die Muttergesellschaft 100 % der Anteile an der Tochtergesellschaft hält.

2. Grundlegendes zur Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers

2.1 Doppeltes Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH

Der Geschäftsführer einer GmbH steht zur Gesellschaft in der Regel³ in einem **doppelten Rechtsverhältnis**.⁴ Er hat das Geschäftsführermandat inne, das durch die Bestellung zum Geschäftsführer beginnt und durch Abberufung endet und die gesellschaftsrechtliche Rechtsstellung des Geschäftsführers bestimmt. Davon zu unterscheiden ist der Geschäftsführeranstellungsvertrag, der zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH abgeschlossen wird und die arbeitsrechtliche Rechtsstellung des Geschäftsführers regelt. Diese beiden Rechtsverhältnisse können ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben, was unter anderem dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Abberufung vom Mandat nicht gleichzeitig zur Beendigung des Anstellungsvertrages führt und umgekehrt.⁵ Zwischen GmbH und Geschäftsführer besteht aber nicht immer auch ein Anstellungsvertrag. Wenn ein Geschäftsführer – was in Konzernen häufig vorkommt – mehrere Geschäftsführermandate innehat, übt er diese Mandate in der Regel auf der Grundlage eines mit nur einer Gesellschaft abgeschlossenen Anstellungsvertrages aus. Meist wird in diesem Anstellungsvertrag vereinbart, dass der Geschäftsführer für die zusätzlichen Organfunktionen in Konzernunternehmen keinen Anspruch auf gesonderte Vergütung hat, sondern diese Tätigkeiten vom Gehalt für die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit für jene GmbH abgedeckt sind, mit der der Anstellungsvertrag abgeschlossen wurde.⁶ Freilich stößt der von manchen Stimmen in der Literatur überbetonte „Trennungsgrundsatz“ auch an seine Grenzen,⁷ was sich schon an dem Umstand zeigt, dass nach richtiger, wenngleich nicht ganz unbestrittener⁸ Ansicht auch das bloß durch die Bestellung und deren Annahme begründete Rechtsverhältnis zwischen Ge-

3 „In der Regel“ deshalb, weil ein Anstellungsvertrag keine notwendige Voraussetzung für die Ausübung der Geschäftsführerfunktion ist und es gerade in Unternehmensverbindungen bei Doppel- bzw Mehrfachfunktionen typisch ist, dass der Geschäftsführer nur mit einer (Konzern-)Gesellschaft durch einen eigenen Anstellungsvertrag verbunden ist (siehe auch im Text; vgl für alle *Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte* [1991] 65 f).

4 Zur Differenzierung zwischen Mandat und Anstellungsvertrag siehe *G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer* (2015) 99 f; *Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge*⁴ (2014) 33; *Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte* (1991) 54; *Zib in U. Torgler, GmbHG* § 16 Rz 58; *Slezak, Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen* (2014) 208; *Baums, Der Geschäftsleitervertrag* (1987) 3.

5 *Slezak, Koppelungsklauseln* 40; *Baums, Geschäftsleitervertrag* 3; siehe aber zu sogenannten „Koppelungsklauseln“ *Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge*⁴ (2014) 137 f; *G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses* (2016) Rz 137.

6 Siehe dazu *Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge*⁴ (2014) 42 sowie die Musterklausel auf S 294.

7 Darauf wies schon *Floretta* (Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, in FS W. Schwarz [1991] 481) zutreffend hin.

8 Dagegen vor allem *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG* §§ 75, 76 Rz 5.

sellschaft und Geschäftsführer (für Vorstandsmitglieder gilt Dasselbe) nichts anderes als ein Vertrag ist,⁹ dessen Inhalt sich zumindest stark mit den Inhalten überschneidet, die ausformulierte Anstellungsverträge typischer Weise haben.

2.2 Abberufung vom Mandat und Beendigung des Anstellungsvertrages

Der GmbH-Geschäftsführer sitzt im Gegensatz zum Vorstand einer Aktiengesellschaft, der nur aus wichtigen Gründen abberufen werden kann,¹⁰ nicht fest im Sattel: Gemäß § 16 Abs 1 GmbHG kann der Geschäftsführer jederzeit abberufen werden. Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses richtet sich hingegen nach dem Inhalt des Anstellungsvertrages und dem AngG.¹¹ Bei einer Kündigung sind daher die gesetzlichen bzw. etwaige für den Geschäftsführer günstigere vertragliche Kündigungsfristen und Termine einzuhalten.

Die Abberufung des Geschäftsführers fällt ebenso wie die Beendigung des Anstellungsvertrages in die **Kompetenz der Gesellschafter**. Abberufung und Kündigung müssen von der Generalversammlung beschlossen werden.¹² Die Beschlussfassung kann – was gerade bei Einmann-GmbHs bedeutsam ist – auch außerhalb einer Generalversammlung formlos, dh auch konkludent, erfolgen.¹³

Abberufung und Kündigung sind aber **empfangsbedürftige Willenserklärungen** und werden dementsprechend erst mit Zugang des (Inhaltes des) Abberufungsbeschlusses bzw der Kündigung (bzw mündlicher Mitteilung des Beschlussinhalts) an den Geschäftsführer wirksam.¹⁴ Die Löschung des Geschäftsführers im Firmenbuch hat nur deklarative Bedeutung.¹⁵

2.3 Stimmabgabe als Willenserklärung

Wenn – was im Unterordnungskonzern fast immer der Fall ist – eine juristische Person Gesellschafterin der GmbH (Tochtergesellschaft) ist, wird diese in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft grundsätzlich von ihren eigenen Geschäftsführern vertreten.¹⁶ Die Stimmabgabe¹⁷ in der Generalversammlung ist eine Willenserklärung.¹⁸ Aus der Einordnung der Stimmabgabe als Willenserklärung folgt, dass (organschaftliche) Vertreter das Stimmrecht für die Muttergesellschaft nur dann rechtswirksam ausüben können, wenn ihnen Vertretungsmacht zukommt.¹⁹ Ist durch Gesellschaftsvertrag bzw Gesellschafterbeschluss geregelt, dass mehrere Geschäftsführer die Gesellschaft nur gemeinsam vertreten können (Gesamtvertretungsbefugnis), dann müssen die Geschäftsführer das Stimmrecht in vertretungsbefugter Anzahl ausüben.²⁰

9 G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 137; G. Schima, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016) Rz 17/26.

10 Vgl § 75 Abs 4 AktG.

11 Der GmbH-Geschäftsführer ist nämlich aufgrund seiner Weisungsgebundenheit – sofern nicht als Gesellschafter über eine Sperrminorität in der Generalversammlung verfügend – nach völlig hA Arbeitnehmer. Eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs 3 ArbVG) ist dem GmbH-Geschäftsführer aber verwehrt, weil er gemäß § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG vom zweiten Teil des ArbVG ausgenommen ist.

12 Für viele Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/122.

13 Nach dem OGH wäre das Verlangen nach der Einhaltung der Formvorschriften für die Generalversammlung „übertriebener, nicht zu rechtfertigender Formalismus“. Siehe dazu Fantur/Zehetner, Entscheidungsanmerkung zu OGH 8 ObA 170/97a ecolex 1998, 239.

14 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ § 16 Rz 14; Zib in U. Torggler, GmbHG § 16 Rz 6; Reich-Rohrwig, GmbHR I² (1997) 2/628; Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 192; N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG § 16 Rz 37. Das gilt auch in Deutschland; siehe zB Kleindieck in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz¹⁸ § 38 Rz 6.

15 Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Altmann, UGB I² § 15 UGB Rz 103. Aus diesem Grund vertritt der OGH in ständiger Rechtsprechung (siehe jüngst OGH 6 Ob 212/16v GES 2017, 28 = RdW 2017, 245) die Ansicht, dass dem Geschäftsführer einer GmbH gegen die Eintragung seiner Löschung keine Parteistellung im Firmenbuchverfahren und daher auch kein Rekursrecht zukomme. Erwähnenswert ist, dass in der Firmenbuchpraxis oft kein Nachweis über den Zugang des Abberufungsbeschlusses (der – wie oben erwähnt – Wirksamkeitsvoraussetzung der Abberufung ist) verlangt wird, weshalb es nicht ganz selten zu falschen Firmenbucheintra-

gungen kommt. Das Gesetz verlangt aber eine Bescheinigung des Zugangs des Abberufungsbeschlusses, wobei als Bescheinigungsmittel ein Postaufgabeschein oder bei persönlicher Anwesenheit des Geschäftsführers bei seiner Abberufung das Generalversammlungsprotokoll in Betracht kommt (siehe zu den in Frage kommenden Bescheinigungsmitteln im Detail Weigand, Firmenbuchrechtliche Prüfungspflicht bei Anmeldungen von Bestellung und Abberufung vertretungsbefugter Personen, NZ 2003, 88 f) Das GmbHG sieht die Bescheinigung des Zugangs expressis verbis zwar nur für die Rücktrittserklärung des Geschäftsführers vor (§ 17 Abs 2 GmbHG), es ist uE aber kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch für den Fall der Abberufung gelten sollte. In diesem Sinne wohl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 17 Rz 9a.

16 Die Geschäftsführer können Nichtorganmitgliedern aber gemäß § 39 Abs 3 GmbHG eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts der GmbH in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft erteilen.

17 Das Stimmrecht als Mitgliedschaftsrecht ist höchstpersönlich. Aber die Stimmabgabe als Ausübung des Stimmrechts muss nicht persönlich, sondern kann durch Vertreter erfolgen.

18 K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ § 47 Rz 13; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁴ § 47 Rz 23; Knöchlein, Stellvertretung und Insichgeschäft (1994) Fn 31.

19 Denn die Vertretungsmacht ist gerade die Rechtsmacht zur Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen; siehe Riemenschneider/Freitag in Münch Hdb GesR III⁴ § 6 Rz 3.

20 Wie auch ganz generell bedeutet das natürlich nicht, dass zwei Geschäftsführer in der Generalversammlung physisch gemeinsam auftreten und ihre Stimme abgeben müssen. Vielmehr kommt es in der Praxis sehr häufig vor, dass ein Gesamtvertreter den anderen vorweg ermächtigt, die Erklärung mit Wirkung für alle abzugeben (vgl dazu Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 18 Rz 15).

3. Stimmverbot wegen Interessenkonflikt bei der Beschlussfassung über die Abberufung/Kündigung?

3.1 In Betracht kommende Rechtsgrundlagen

Nach diesen rechtlichen Grundlegungen ist wieder auf den eigentlichen Untersuchungsgegenstand zurückzukommen. Für einen Ausschluss des Geschäftsführers der Muttergesellschaft von der Mitwirkung an der Entscheidung über seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft kommen grundsätzlich zwei Bestimmungen bzw Rechtsinstitute in Betracht. Einerseits sind die einschlägigen Fallkonstellationen an § 39 Abs 4 GmbHG zu messen, der Zentralnorm zur Neutralisierung von Interessenkonflikten in der Generalversammlung. Diese Bestimmung ist schon dem Wortlaut nach – siehe dazu sogleich Punkt 3.2 – auch auf die Stimmabgabe durch Vertreter anwendbar. Beurteilt man den Sachverhalt unter spezifisch vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten, könnte andererseits ein (unzulässiges) Insichgeschäft vorliegen.²¹ In der Folge wird zunächst die Anwendbarkeit des § 39 Abs 4 GmbHG geprüft und anschließend auf das Vorliegen eines Insichgeschäfts eingegangen.

3.2 Stimmverbot nach § 39 Abs 4 GmbHG

3.2.1 § 39 Abs 4 GmbHG als Bestimmung zur Neutralisierung von Interessenkonflikten

Grundsätzlich darf sich jeder Gesellschafter an jeder Abstimmung beteiligen, selbst wenn er an dem Ergebnis der Abstimmung ein besonderes Interesse hat.²² Nur wenn bei einem Gesellschafter konkrete Sonderinteressen vorliegen, die erwarten lassen, dass er bei der Abstimmung nicht die Interessen der Gesellschaft, sondern (zumindest auch) seine eigenen Interessen wahrnimmt, besteht ein Stimmverbot.²³ In diesem Sinne normiert § 39 Abs 4 GmbHG **kein allgemeines Stimmverbot** bei Interessenkollisionen, sondern wählt nur einige spezielle Fallgestaltungen aus, bei denen die Gefahr des Interessenwiderstreits besonders nahe liegt.²⁴ Nach § 39 Abs 4 GmbHG hat, wer durch die

Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit oder wem ein Vorteil zugewendet werden soll, weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht. Das Gleiche gilt von der Beschlussfassung, welche die **Vornahme eines Rechtsgeschäfts** mit einem Gesellschafter oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft. Zur Sicherstellung einer am Gesellschaftsinteresse ausgerichteten Willensbildung unterbindet § 39 Abs 4 GmbHG daher in diesen vier Fällen die Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters an der Willensbildung der Gesellschaft.²⁵ Zweck der Stimmverbote ist somit – so hat es auch der OGH in einer Entscheidung ausgeführt²⁶ –, einen Interessenwiderstreit zu vermeiden, der darin liegt, dass ein *Gesellschafter* über eigene Angelegenheiten mitbeschließt.²⁷

Für die hier behandelten Fallkonstellationen stellt sich neben der Frage, ob § 39 Abs 4 GmbHG auch die Abberufung und Kündigung als einseitige Rechtsgeschäfte erfasst, vor allem die Frage, ob auch Geschäftsführer, die das Stimmrecht in der Generalversammlung als Vertreter der Muttergesellschaft ausüben, Adressaten der Stimmverbote des § 39 Abs 4 GmbHG sind. Es steht nämlich nicht das Stimmverbot für den Gesellschafter, sondern jenes für den Vertreter zur Debatte.

3.2.2 Anwendbarkeit des § 39 Abs 4 auf einseitige Rechtsgeschäfte

In der Literatur ist – soweit ersichtlich – unstrittig, dass vom in § 39 Abs 4 GmbHG verwendeten Begriff des Rechtsgeschäfts auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie zB Kündigungen erfasst sind.²⁸ Diese Sichtweise ist unseres Erachtens unter Berücksichtigung des Zwecks der Stimmverbote zwingend, weil eine Interessenkollision dann besteht, wenn das Rechtsgeschäft Auswirkungen auf den Gesellschafter (bzw dessen Vertreter; siehe dazu sogleich) hat. Das ist bei Abberufung vom Geschäftsführermandat und der Kündigung des Anstellungsvertrages zweifelsfrei der Fall. Eine Beschränkung des § 39 Abs 4 GmbHG auf zweiseitige Rechtsgeschäfte ist daher nicht angezeigt.

21 Das Verbot des Selbstkontrahierens ist in Österreich nicht für sämtliche Vertretungsverhältnisse positiviert. Die §§ 271, 272 ABGB enthalten Regeln für Interessenkollisionen zwischen minderjährigem Kind bzw behinderter Person und gesetzlichem Vertreter. Diese Bestimmungen sind nach herrschender Ansicht auf gesellschaftsrechtliche Kollisionsfälle analog anzuwenden. Siehe *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 271, 272 Rz 14; *Wünsch*, Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, in FS Hämmerle (1972) 454; OGH 4 Ob 174/99p EvBl 2000/2; RIS-Justiz RS0049147.

22 *Hügel/Klepsch*, Entlastung und Stimmverbot bei Personenidentität im Konzern, NZG 2005, 906.

23 *Hügel/Klepsch*, NZG 2005, 906.

24 *S. Schmidt*, Stimmverbote in der GmbH (2002) 28; OGH 1 Ob 510/95 ecollex 1996, 172.

25 *S. Schmidt*, Stimmverbote 27.

26 OGH 3 Ob 402/58.

27 *S. Schmidt*, Stimmverbote 27. Dieser allgemeine Zweck wird von der herrschenden Ansicht in zwei Unterzwecke aufgespalten. Einerseits gehe es um das Verbot des Selbstkontrahierens, andererseits hingegen darum, dass niemand „Richter in eigener Sache“ sein solle. Siehe dazu zB *Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁴ § 47 Rz 51.

28 *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG¹⁰ § 47 Rz 105; *S. Schmidt*, Stimmverbote 27.

3.2.3 Vertreter von Gesellschaftern als Adressaten des § 39 Abs 4 GmbHG

Nun zur zweiten Frage: Durch § 39 Abs 4 GmbHG sollen in erster Linie Interessenkonflikte zwischen der Gesellschaft und *Gesellschaftern* unterbunden werden. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung („*Wer durch die Beschlussfassung [...] hat weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht*“) folgt aber, dass die Bestimmung bei Stimmrechtsausübung durch Vertreter auch auf Vertreter anwendbar ist. Das ist deshalb sinnvoll, weil der die Bestimmung prägende Interessenkonflikt nicht davon abhängt, ob im eigenen oder fremden Namen abgestimmt wird.²⁹ Nichtgesellschafter, die als Gesellschafter befangen wären, können das Stimmrecht aus einem fremden Anteil daher konsequenterweise ebenfalls nicht wahrnehmen.³⁰

Auf Grundlage dieser Ausführungen kann daher als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass der Geschäftsführer der Muttergesellschaft bei der Beschlussfassung über seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft grundsätzlich nicht mitstimmen darf. Fraglich ist aber, ob dieses Ergebnis angesichts des Umstandes, dass es sich bei der Tochtergesellschaft um eine Einmann-GmbH, dh eine 100 %-Konzerntochter der Muttergesellschaft, handelt (auf diese Sachverhaltskonstellation wurde der Untersuchungsgegenstand eingegrenzt), einer Korrektur bedarf.

3.2.4 § 39 Abs 4 GmbHG bei Einmann-GmbHs

§ 39 Abs 4 GmbHG ist auf Einmann-GmbHs nach herrschender Ansicht nicht anwendbar.³¹ Begründet wird dies damit, dass bei einem Stimmverbot des einzigen Gesellschafters keine Beschlussfassung mehr möglich wäre und ein Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft und des Alleingesellschafters überdies deshalb schwer denkbar ist, weil letzterer das Gesellschaftsinteresse allein bestimmen könne.³² Es fehle damit an der vom Gesetz vorausgesetzten Konfliktlage.³³ In so einer Konstellation

könnten zwar Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden. Nach überwiegender Auffassung würden Stimmverbote aber keinen Gläubigerschutz bezwecken;³⁴ § 39 Abs 4 GmbHG solle „nur“ das Funktionieren der verbandsinternen Willensbildung sicherstellen.

Auch wenn sich ein befangener Alleingesellschafter eines Vertreters bediene, fehle der von § 39 Abs 4 GmbHG vorausgesetzte Interessenkonflikt. Anders wird von der herrschenden Ansicht aber der Fall beurteilt, in dem zwar nicht der Alleingesellschafter, aber sein Vertreter im Sinne des § 39 Abs 4 GmbHG befangen ist.³⁵ Der von § 39 Abs 4 GmbHG angenommene Konflikt liege in dieser Situation typischerweise wieder vor, weil die Gefahr bestehe, dass der befangene Vertreter einen den Interessen des einzelnen Gesellschafters widersprechenden Beschluss fasse.³⁶

Unseres Erachtens ist § 39 Abs 4 GmbHG in dieser Konstellation jedoch nicht anwendbar, weil der Interessenkonflikt hier nicht zwischen der Gesellschaft und dem Vertreter, sondern zwischen Vertretenem und Vertreter zu verorten ist. Das Gesellschaftsinteresse lässt sich bei Einmann-Gesellschaften nämlich nicht nur nicht vom Interesse des Alleingesellschafters abstrahieren;³⁷ der Alleingesellschafter repräsentiert und konkretisiert das Gesellschaftsinteresse auch.³⁸ Bedient sich der Alleingesellschafter für die Stimmabgabe eines Vertreters, so überlässt er diesem ein Stück weit die Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses.

Da nach der von uns vertretenen Ansicht § 39 Abs 4 GmbHG bei Einmann-GmbHs auch auf den befangenen Vertreter nicht anwendbar ist, ist der Geschäftsführer der Muttergesellschaft bei der Entscheidung über seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft zumindest nicht nach spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, die eine am Gesellschaftsinteresse ausgerichtete Beschlussfassung garantieren sollen, von der Mitwirkung in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft ausgeschlossen. Aufgrund des Ausscheidens von § 39 Abs 4 GmbHG als Rechtsgrundlage für ein Stimmverbot ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob in dieser Fallkonstellation nicht ein – grundsätzlich unzulässiges – Insichgeschäft vorliegt.

29 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 39 Rz 33.

30 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 39 Rz 33; siehe auch Kunz/Liemberger, Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte, in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz 15/138.

31 K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ § 47 Rz 105; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸ § 47 Rz 29; Enzinger in Straube, WK GmbHG § 39 Rz 81; S. Schmidt, Stimmverbote 92.

32 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸ § 47 Rz 29; S. Schmidt, Stimmverbote 92; Vgl auch Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) 234, wonach der Alleingesellschafter das Verbandsinteresse allein repräsentiert und konkretisiert, weshalb es widersinnig wäre, das Gesellschaftsinteresse vor ihm schützen zu wollen.

33 K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ § 47 Rz 105; S. Schmidt, Stimmverbote 92; siehe auch Knöchlein, Stellvertretung 127.

34 S. Schmidt, Stimmverbote 93.

35 K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ § 47 Rz 105; S. Schmidt, Stimmverbote 93.

36 S. Schmidt, Stimmverbote 93.

37 S. Schmidt, Stimmverbote 93; Harrer, Insichgeschäfte bei der Einmann-GmbH, RdW 1991, 167; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 4; Koppensteiner, Treuwidrige Stimmabgabe und positive Beschlussfeststellung, GES 2012, 490.

38 Zöllner, Schranken 234.

3.3 Vorliegen eines Insichgeschäfts

3.3.1 Analoge Anwendbarkeit der §§ 271, 272 ABGB im Gesellschaftsrecht

Ein Insichgeschäft liegt vor, wenn ein Vertreter rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen durch Willenserklärung an sich selbst erzeugen kann.³⁹ Insichgeschäfte kommen in zwei Formen vor: Beim *Selbstkontrahieren* schließt der Vertreter mit sich selbst und als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft (idR einen Vertrag) ab. Beispiel: Der Geschäftsführer einer GmbH gewährt sich selbst ein Darlehen. Bei der *Doppelvertretung* ist der Vertreter nicht selbst am Rechtsgeschäft beteiligt, sondern schließt es für zwei Vertretene ab, für die er vertretungsberechtigt ist.⁴⁰

Insichgeschäfte sind mit der Gefahr eines Interessenkonflikts verknüpft, weil eine Person regelmäßig nicht in der Lage ist, beim Rechtsgeschäft den gegenläufigen Interessen mehrerer Parteien gleichermaßen gerecht zu werden. Dies gilt besonders dann, wenn der Vertreter selbst Partei des Rechtsgeschäfts sein soll. Anders als das deutsche BGB,⁴¹ enthält das ABGB keine allgemeine Norm über Insichgeschäfte, und auch im Gesellschaftsrecht fehlt eine allgemeine Regelung der Insichgeschäfte.⁴² Das ABGB regelt das Insichgeschäft in den §§ 271, 272 ABGB nur für das Verhältnis zwischen minderjährigem Kind bzw. behinderter Person und gesetzlichem Vertreter. Da ratio legis dieser Bestimmungen die Verhinderung von Interessenkonflikten ist, die Gefahr solcher Interessenkonflikte aber auch außerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses besteht, ist die analoge Anwendbarkeit der §§ 271, 272 ABGB auch auf andere Kollisionsfälle heute allgemein anerkannt.⁴³

Im gesellschaftsrechtlichen Kontext denkt man bei Insichgeschäften typischerweise an Vertragsabschlüsse zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft (der Geschäftsführer gewährt sich selbst einen Kredit aus dem Gesellschaftsvermögen oder erwirbt eine Liegenschaft der Gesellschaft). Im Rahmen dieser Untersuchung interessieren aber nicht zweiseitige, sondern einseitige Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer als Teil eines Gesellschaftsgremiums (Vertreter der Muttergesellschaft in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft) sich selbst gegenüber vornimmt (Kündigung, Abberufung). In Österreich gibt es zu dieser Frage wenig Literatur. In Deutschland ist die Frage, ob in solchen Fällen ein grundsätzlich unzulässiges Insichgeschäft vorliegt, eingehender erörtert worden, wobei dort der Fokus auf das Verhältnis zwischen § 47 Abs 4 dGmbHG (Pen-

dant zu § 39 Abs 4 öGmbHG) und § 181 BGB (Verbot von Insichgeschäften) gelegt wird.

3.3.2 Rechtsgeschäft „mit sich selbst“

Götze⁴⁴ stellt sich die Frage des Vorliegens eines Insichgeschäfts im Zusammenhang mit der Ausübung des Stimmrechts bei der „Selbstbestellung“ zum Geschäftsführer. Insbesondere beschäftigt er sich mit der Frage, ob der Stimmvertreter beim Beschluss über seine Bestellung zum Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft „mit sich selbst“ im Sinne des § 181 BGB vornimmt. Der vom Stimmvertreter (in unserem Fall: Geschäftsführer der Muttergesellschaft) gesetzte rechtsgeschäftliche Akt sei die Stimmabgabe in der Generalversammlung. Die Stimmabgabe sei auf Herbeiführung eines Beschlusses gerichtet; Adressat der Stimmabgabe sei deshalb die Gesellschaft. Der Beschluss selbst sei hingegen kollektive Willensäußerung der Gesellschafter und nicht individuelle Willensäußerung des Stimmvertreters, sodass es bei der Stimmabgabe an der Identität zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger fehle. Allerdings sei zu beachten, dass die Stimmabgabe nur „notwendiges Durchgangsstadium“ der Beschlussfassung sei. Dieser für die Stimmabgabe konstitutive Charakter rechtfertige es, zwar die Stimmabgabe zum Anknüpfungspunkt rechtsgeschäftlichen Handelns des Stimmvertreters zu machen, gleichzeitig aber den resultierenden Beschluss in die Betrachtung des Tatbestandes des Selbstkontrahierens einzubeziehen. Götze meinte maW also, dass der Beschluss dem Stimmvertreter zuzurechnen sei, weshalb dieser aufgrund des § 181 BGB nicht an der Beschlussfassung über seine eigene Bestellung zum Geschäftsführer mitwirken dürfe.

Götze differenziert bei seinen Ausführungen nicht zwischen der Bestellung des Stimmvertreters zum Geschäftsführer einer Mehrpersonen-GmbH und jener zum Geschäftsführer einer Einmann-GmbH. Eine Differenzierung ist unseres Erachtens aber angebracht. Für die Einmann-GmbH ist die Argumentation Götzes überzeugend. Der Dualismus aus Stimmabgabe und Beschlussfassung kann hier tatsächlich vernachlässigt werden, weil sich der Beschlussinhalt ausschließlich nach der Stimme des Stimmvertreters richtet. Dasselbe wird für den Stimmvertreter des Mehrheitsgesellschafters zu gelten haben. Anders muss unseres Erachtens aber der Fall beurteilt werden, dass der Geschäftsführer den Minderheitsgesellschafter vertritt. Der Beschluss verkörpert hier nicht den Willen des Stimmvertreters, sondern jenen der Gesellschafter-

39 Koziol – Welsch/Kletečka Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 679.

40 Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 679.

41 Vgl § 181 BGB.

42 Harrer, RdW 1991, 167.

43 Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB¹ §§ 271, 272 Rz 14; Harrer, RdW 1991, 168; Thöni, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafters-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, wbl 1988, 104.

44 Götze, „Selbstkontrahieren“ bei der Geschäftsführerbestellung in der GmbH, GmbHR 2001, 218 f.

mehrheit. Eine Zurechnung des Beschlusses zum Stimmvertreter überzeugt in diesem Fall nicht. Es ist deshalb überzeugender, in einer solchen Konstellation mangels Vorliegens eines Rechtsgeschäfts „mit sich selbst“ kein Insichgeschäft anzunehmen. Ein Schutzdefizit entsteht hierdurch nicht, weil § 39 Abs 4 GmbHG anwendbar ist: Es liegt ein Rechtsgeschäft zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer der Muttergesellschaft als Stimmvertreter vor, und der Interessenkonflikt besteht – anders als bei der Einmann-GmbH (siehe dazu schon oben Punkt 3.2.4) – zwischen der GmbH und dem Stimmvertreter.

Für die im Rahmen dieser Abhandlung interessierende Einmann-GmbH kann – der Argumentation Götzes folgend – festgehalten werden, dass der Geschäftsführer der Muttergesellschaft, der sich in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft als Vertreter der Muttergesellschaft an der Beschlussfassung über seine *Bestellung* zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft beteiligt, ein grundsätzlich unzulässiges Insichgeschäft tätigt.

Es ist jedoch fraglich, ob diese Gedanken auf den *contrarius actus* (Abberufung) bzw die Kündigung übertragen werden können. *Koppensteiner* dürfte davon ausgehen, dass Bestellung und Abberufung diesbezüglich gleich zu behandeln sind, wenn er ausführt, dass auch Beschlüsse, von denen der Vertreter persönlich betroffen und daher bei der Wahrung der Interessen des Vertretenen beeinträchtigt ist, § 181 BGB zu unterstellen seien und als Beispiele hierfür die Wahl in ein Gesellschaftsorgan und die Abberufung aus einem solchen anführt.⁴⁵

Ein Insichgeschäft liegt uE jedenfalls dann vor, wenn der Geschäftsführer der Muttergesellschaft „eigenmächtig“ seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft beschließt. Die Ausführungen zur „Selbstbestellung“ gelten hier sinngemäß, weil der Geschäftsführer der Muttergesellschaft andernfalls einseitige Rechtsgeschäfte beschließen könnte, die sich an ihn in seiner Funktion als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft richten. In der Praxis dürfte der Fall, dass der Geschäftsführer der Muttergesellschaft seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer beschließt, eher selten vorkommen. Undenkbar ist diese Fallkonstellation freilich nicht, weil der Geschäftsführer mit Doppelmandat auf diese Weise in den „Genuss“ einer in aller Regel vorteilhafteren Arbeitgeberkündigung kommen würde.⁴⁶ Praxisrelevanter dürfte in Bezug auf die Abberufung bzw Kündigung aber der Fall sein, dass der Geschäftsführer der Muttergesellschaft seine Abberufung bzw Kündigung

als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft verhindern möchte. Diese Frage könnte vor allem dann virulent werden, wenn die Muttergesellschaft zwei nur kollektiv zeichnungsberechtigte Geschäftsführer hat, wobei einer der Geschäftsführer seinen Kollegen als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft abberufen bzw kündigen möchte. In diesem Fall könnte der von der Abberufung bzw Kündigung bedrohte Geschäftsführer ein Interesse daran haben, die Beschlussfassung zu blockieren. *Prima vista* könnte er seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft dadurch verhindern, dass er sich nicht an der Stimmabgabe in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft beteiligt. Der Vertretungsakt „Stimmabgabe“ (vgl dazu schon oben Punkt 2.3) erfordert bei Gesamtvertretung nämlich die Mitwirkung beider Geschäftsführer. Gibt der von der Abberufung bzw Kündigung in der Tochtergesellschaft betroffene Geschäftsführer keine auf Abberufung bzw Kündigung seiner selbst gerichtete Willenserklärung ab, kann eine Beschlussfassung nicht erfolgen. Richtigerweise ist ein „Blockieren“ der eigenen Abberufung bzw Kündigung aber deshalb nicht möglich, weil der betroffene Geschäftsführer die Muttergesellschaft bei der Entscheidung über seine eigene Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft gar nicht vertreten kann. Es läge diesfalls ja – wie soeben ausgeführt – ein Insichgeschäft vor. Vor diesem Hintergrund stellt sich vielmehr die Frage, wie sich der Umstand, dass der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft mangels Vertretungsmacht gar nicht an der eigenen Abberufung bzw Kündigung mitwirken kann, auf das Vertretungsregime der Gesellschaft auswirkt. Begründet die Ausgeschlossenheit des von der Abberufung bzw Kündigung betroffenen Geschäftsführers von der Vertretung Alleinvertretungsmacht des nicht befangenen Geschäftsführers der Muttergesellschaft?

3.3.3 Keine „Mutation“ des Vertretungsregimes der Gesellschaft bei Insichgeschäften

Ginge man davon aus, dass die Ausgeschlossenheit des von der Kündigung bzw Abberufung betroffenen Geschäftsführers von der Vertretung aufgrund des Vorliegens eines Insichgeschäfts die Alleinvertretungsmacht des nicht befangenen Geschäftsführers der Muttergesellschaft begründet, liefe das auf eine Übertragung der

45 *Koppensteiner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁴ § 47 Rz 80.

46 Bei Arbeitgeberkündigung steht dem Geschäftsführer, der dem System Abfertigung „alt“ unterliegt, ein Abfertigungsanspruch zu. In Geschäftsführeransetzungsverträgen (insbesondere in solchen, die dem System Abfertigung „neu“ unterliegen) finden sich außerdem

oft Klauseln, wonach der Geschäftsführer bei Arbeitgeberkündigung einen vertraglichen Abfertigungsanspruch hat. Auch change of control-Klauseln (vgl dazu ausführlich *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses [2016] Rz 323 ff) vermögen bei Kündigung durch die Gesellschaft uU hohe Zahlungspflichten derselben auszulösen.

Rechtsfolgen des § 39 Abs 4 GmbHG auf das Insichgeschäft hinaus. Denn im Anwendungsbereich des § 39 Abs 4 GmbHG geht es ja gerade darum, dass ein befangener *Gesellschafter* (bzw Stimmvertreter) von der Mitwirkung an der Beschlussfassung ausgeschlossen ist und die übrigen Gesellschafter den in Frage stehenden Beschluss allein fassen können.

Eine Übertragung der Rechtsfolgen des § 39 Abs 4 GmbHG auf das Insichgeschäft eines *Geschäftsführers* ist unseres Erachtens indes nicht möglich. Voraussetzung hierfür wäre nämlich eine Durchbrechung der Vertretungsregeln der Gesellschaft; das Vertretungsregime müsste insofern „mutieren“, als der grundsätzlich nur kollektiv zeichnungsberechtigte, nicht befangene Geschäftsführer die Gesellschaft bei der Beschlussfassung über die Abberufung bzw Kündigung seines Geschäftsführerkollegen in seiner Funktion als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ausnahmsweise allein vertreten kann. Das Vorliegen eines Insichgeschäfts hat nach herrschender Ansicht aber – abgesehen davon, dass dem vom Insichgeschäft Betroffenen die Vertretungsmacht bezüglich dieses Geschäfts fehlt⁴⁷ – keine Auswirkungen auf das Vertretungsregime der Gesellschaft. So wird von der wohl herrschenden Ansicht vertreten, dass ein Geschäft, das für einen Geschäftsführer (würde er am Geschäftsabschluss mitwirken) ein Insichgeschäft wäre, bei Gesamtvertretung nur durch andere Geschäftsführer oder Prokuristen in Vertretungsbefugter Anzahl (unter Ausschluss des betroffenen Geschäftsführers) abgeschlossen werden kann, wobei damit eben gerade gemeint ist, dass die Ausgeschlossenheit des einen Geschäftsführers von der Vertretung kein Mehr an Vertretungsmacht anderer Personen begründet.⁴⁸ Teilweise wird in der Literatur zwar die Ansicht vertreten, dass bei Gesamtvertretung der befangene Geschäftsführer den nicht befangenen Geschäftsführer ermächtigen und dann mit diesem das Rechtsgeschäft abschließen könne.⁴⁹ Beide Ansichten gehen aber davon aus, dass der Ausschluss des befangenen Vertreters von der Vertretung nicht automatisch Einzelvertretungsbefugnis des anderen, nicht befangenen Geschäftsführers begründet.

Der herrschenden Ansicht, wonach das Vorliegen eines Insichgeschäfts zu keiner „Mutation“ des Vertretungsregimes der Gesellschaft führt, ist zuzustimmen. Wenn sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag (oder etwa auch

im Beschluss über die Bestellung des Geschäftsführers) dafür entscheiden, dass die Gesellschaft nur von zwei Geschäftsführern gemeinsam vertreten werden soll, dann ordnen sie das zu ihrem eigenen Schutz (bzw zum Schutz des Gesellschaftsvermögens) an.⁵⁰ Vier Augen sehen schließlich mehr als zwei. Vor diesem Hintergrund wäre nicht einzusehen, warum die Befangenheit eines Geschäftsführers zu einem Mehr an Vertretungsmacht des nicht befangenen (nach der Absicht der Gesellschafter eben nur gesamtvertretungsbefugten) Geschäftsführers führen sollte.⁵¹ Etwas prägnanter formuliert: Nur weil ein Geschäftsführer befangen ist, heißt das noch nicht, dass der nicht befangene Geschäftsführer allein agieren können soll.

3.4 Bestellung eines Notgeschäftsführers wegen Amtsverweigerung?

Fraglich ist, ob in diesem Fall ein Notgeschäftsführer bestellt werden kann, der den befangenen Geschäftsführer gemeinsam mit dem nicht befangenen Geschäftsführer abberuft bzw kündigt. Gemäß § 15a Abs 1 GmbHG hat das Gericht auf Antrag eines Beteiligten⁵² einen Notgeschäftsführer zu bestellen, wenn die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäftsführer *fehlen*. Es ist klar, dass ein Geschäftsführer, der (nur) an seiner eigenen Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nicht mitwirkt, grundsätzlich nicht im Sinne des § 15a GmbHG *fehlt*.

Nach der Rechtsprechung soll ein Vorgehen gemäß § 15a GmbHG aber unter bestimmten Voraussetzungen auch dann möglich sein, wenn der Geschäftsführer sein Amt nicht ausüben will. Dieser Fall wird in der Literatur unter dem Schlagwort „*Amtsverweigerung*“ diskutiert.⁵³ Die Amtsverweigerung zeichnet sich dadurch aus, dass der betreffende Geschäftsführer die Gesellschaft vertreten könnte, er sich aber weigert, dies zu tun.⁵⁴ Wie bereits oben ausgeführt, läge dann, wenn der Geschäftsführer an der eigenen Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft mitwirken würde, ein unzulässiges Insichgeschäft vor. Da dem Geschäftsführer in Bezug auf Insichgeschäfte die Vertretungsmacht fehlt und er deshalb an der eigenen Abberufung bzw Kündigung gar nicht mitwirken *kann*, liegt auch kein Fall der Amtsverweigerung vor.

47 Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ §§ 271, 272 Rz 12.

48 Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/232.

49 U. H. Schneider in Scholz, GmbHG¹⁰ § 35 Rz 94; kritisch Kleindieck in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸ Rz 51.

50 Knöchlein, Stellvertretung 97.

51 Vgl in diesem Zusammenhang auch Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁴ § 35 Rz 60, wonach die Verhinderung eines Geschäftsführers zu keiner Erweiterung der Vertretungsbefugnis des anderen (grundsätzlich nur gesamtvertretungsbefugten) Geschäftsführers führt.

52 Antragslegitimiert ist jeder, der ein rechtliches Interesse an ordnungsgemäßer Organzusammenarbeit hat, worunter zweifelsfrei auch ein (gesamtvertretungsbefugter) Geschäftsführer fällt (siehe Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 15a Rz 7; ausdrücklich auch Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/61.)

53 Siehe Ratka in Straube, WK GmbHG § 15a Rz 24; Zib in U. Torggler, GmbHG § 15a Rz 12; siehe im Detail Pöltner, Der Notgeschäftsführer in der GmbH (2002) 46 ff.

54 Ratka in Straube, WK GmbHG § 15a Rz 24.

Aus der Rechtsprechung und den Ansichten in der Literatur zur Notgeschäftsführerbestellung bei Amtsverweigerung kann aber unseres Erachtens abgeleitet werden, dass die Bestellung eines Notgeschäftsführers ausschließlich zum Zweck der Abberufung bzw Kündigung des betroffenen Geschäftsführers als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nicht möglich ist. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre hält eine Notgeschäftsführerbestellung nur bei gänzlicher Amtsverweigerung für möglich. Bei Verweigerung der Vornahme bloß einzelner Vertretungshandlungen durch einen Geschäftsführer soll die Bestellung eines Notgeschäftsführers hingegen nicht möglich sein.⁵⁵ In letzterem Fall sei das Vertretungsproblem durch Einschaltung der Generalversammlung „gesellschaftsintern“ zu lösen.⁵⁶ Dieser Differenzierung liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Notgeschäftsführerbestellung ein starker Eingriff in die Verbandsautonomie ist und deshalb nur bei krassen Vertretungsmängeln in Erwägung zu ziehen ist. Der Vertretungsmangel bei der Muttergesellschaft, der dadurch entsteht, dass ein Geschäftsführer seinen Geschäftsführerkollegen mangels Alleinvertretungsmacht (und weil der befangene Geschäftsführer selbst dann, wenn er wollte, nicht am Vertretungsakt mitwirken kann) nicht allein abberufen kann, ist wertungsmäßig mit der gänzlichen Verweigerung der Vertretung der Gesellschaft keinesfalls vergleichbar. Die Gesellschaft kann ja grundsätzlich, dh sofern der befangene Geschäftsführer nicht auch die Mitwirkung an anderen Vertretungsakten verweigert (dann könnte ein Fall der Amtsverweigerung vorliegen, der ein Vorgehen nach § 15a GmbHG ermöglicht) weiterhin am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen und ihr gegenüber können insbesondere auch alle rechtlich relevanten Zustellungen von Schriftstücken bewirkt werden. Dies spricht unseres Erachtens dafür, dass die Abberufung bzw Kündigung des Geschäftsführers der Muttergesellschaft in seiner Funktion als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bei der hier zugrunde gelegten Ausgangslage (100 %-Tochter) der Generalversammlung der Muttergesellschaft vorbehalten ist. Eine Notgeschäftsführerbestellung scheidet demgemäß aus.

3.5 Nachträgliche Genehmigung des vom Gesamtvertreter allein vorgenommenen Rechtsgeschäfts

Geht man davon aus, dass die Befangenheit des Geschäftsführers der Muttergesellschaft in Bezug auf die Entscheidung über seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft zu keiner Durchbrechung des Vertretungsregimes der Muttergesellschaft führt, lohnt sich die Untersuchung der Frage, welche Rechtswirkungen eine vom nicht befangenen, aber nur kollektiv zeichnungsberechtigten Geschäftsführer der Muttergesellschaft im Alleingang vorgenommene Abberufung bzw Kündigung hat.

Von nur einem Gesamtvertreter vorgenommene Rechtsgeschäfte sind kein rechtliches Nullum. Das Rechtsgeschäft ist vielmehr bloß schwebend unwirksam und kann vom anderen Gesamtvertreter **nachträglich genehmigt** werden.⁵⁷ Scheidet der nicht am Vertretungsakt mitwirkende Geschäftsführer aus, wird dem verbleibenden (nunmehr alleinvertretungsberechtigten)⁵⁸ Geschäftsführer sogar das Recht zukommen, das von ihm vorgenommene schwebend unwirksame Rechtsgeschäft selbst zu genehmigen.⁵⁹ In der Praxis ist die Frage der nachträglichen Genehmigung vor allem in Fällen wie dem oben unter Punkt 1. geschilderten bedeutsam. Dort stellte sich die Frage, ob die vom nicht befangenen Geschäftsführer in der irrigen Annahme er wäre alleiniger und damit einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer vorgenommene Kündigung nachträglich durch einen anderen Gesamtvertreter bzw ab dem Zeitpunkt, zu dem der nicht befangene Geschäftsführer tatsächlich alleiniger Geschäftsführer ist, durch ihn selbst, mit Wirkung ex tunc saniert werden kann. Relevant ist das deshalb, weil eine „neue“ Kündigung aufgrund einzuhaltender Kündigungsfristen und Kündigungsstermine unter Umständen zu einer beträchtlichen Verlängerung der Laufzeit des Anstellungsvertrages führen kann.

Eine nachträgliche Genehmigung durch einen Gesamtvertreter wirkt grundsätzlich zurück.⁶⁰ Anderes gilt nach dem OGH allerdings bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen. Eine nachträgliche Sanierung einer aufgrund

55 Ratka in *Straube*, WK GmbHG § 15a Rz 24; Zib in *U. Torggler*, GmbHG § 15a Rz 12; N. Arnold/Pampel in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 15a Rz 18; aA Pöltner, Notgeschäftsführer 53, wonach weder die generelle Amtsverweigerung, noch die Amtsverweigerung im Einzelfall die Notgeschäftsführerbestellung rechtfertigt. Vgl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 15a Rz 3, die eine Notgeschäftsführerbestellung immer dann für möglich halten, wenn der Antragsteller keine Möglichkeit hat, seine rechtlich geschützten Interessen ohne Zuhilfenahme des Gerichts durchzusetzen.

56 Ratka in *Straube*, WK GmbHG § 15a Rz 24; Zib in *U. Torggler*, GmbHG § 15a Rz 12.

57 Zib in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 16; RIS-Justiz RS0059890.

58 Im in der Einleitung genannten Beispiel könnte das zB dann geschehen, wenn dem Abberufenen der Inhalt des Abberufungsbeschlusses in der Folge doch wirksam zugeht und der Gesellschaftsvertrag nicht generell Gesamtvertretung anordnet.

59 Vgl Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/232.

60 OGH 3 Ob 13/05s wbl 2006, 88; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 18 Rz 15.

der Nichteinhaltung der Vertretungsregeln unwirksamen Kündigung sei nicht möglich, weil damit Kündigungsfristen und Termine unterlaufen würden.⁶¹ Es stellt sich aber die Frage, ob die vollmachtslos ausgesprochene Kündigung nicht zumindest dann nachträglich mit ex tunc-Wirkung genehmigt werden kann, wenn die Genehmigung so zeitgerecht erfolgt, dass (gesetzliche bzw vertraglich vereinbarte) Kündigungsfristen bzw Termine gewahrt werden. In der Literatur wird diese Ansicht teilweise vertreten.⁶² Anerkennt man für diesen Fall die Sanierungsmöglichkeit einer Kündigung, stellen sich aber Folgefragen. Nach völlig herrschender Ansicht kann ein vom falsus procurator abgeschlossenes Rechtsgeschäft vom Vertretenen nachträglich gegenüber dem Vertreter (intern) oder gegenüber dem Dritten (extern) genehmigt werden.⁶³ Die bloß interne nachträgliche Genehmigung geriete vor allem dann, wenn der Arbeitnehmer von der (uU offenkundigen) Unwirksamkeit der vollmachtslos

ausgesprochenen Kündigungen ausgeht, mit dem Zweck der Kündigungsfristen und Termine in Konflikt, weil der von der Kündigung betroffene Arbeitnehmer ja mangels eines nach außen in Erscheinung tretenden Rechtsakts gar nicht mitbekommen würde, dass die Kündigung nachträglich doch noch in Kraft gesetzt wurde.⁶⁴ Aus arbeitsrechtlichen Erwägungen müsste man unseres Erachtens daher davon ausgehen, dass eine nachträgliche Sanierung einer Kündigung nur extern, dh gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer, erfolgen könnte. Wenn man aber diese – zum Schutz des Arbeitnehmers notwendige – Einschränkung macht, ist es unseres Erachtens überzeugender (und auch dogmatisch sauberer), eine gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochene nachträgliche Genehmigung stets als neue Kündigung einzuordnen. Im Ergebnis deckt sich diese Ansicht mit der Rechtsansicht des OGH, der eine nachträgliche Genehmigung ganz generell für ausgeschlossen halten dürfte.⁶⁵

Zusammenfassung

Soll der Geschäftsführer der Muttergesellschaft, der zugleich Geschäftsführer der im Alleineigentum der Muttergesellschaft stehenden Tochtergesellschaft ist, als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft abberufen und dessen Anstellungsvertrag gekündigt werden, ist zusammengefasst folgendes zu beachten:

- (i.) Der betroffene Geschäftsführer ist von der Mitwirkung an der Beschlussfassung in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft über seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft (als Stimmvertreter der Muttergesellschaft) nicht gemäß § 39 Abs 4 GmbHG ausgeschlossen. § 39 Abs 4 GmbHG ist zwar grundsätzlich auch auf den befangenen Stimmvertreter anwendbar. Diese Bestimmung setzt aber einen Widerstreit der Interessen der Gesellschaft und jener des Stimmvertreters

voraus. Bei der Einmann-GmbH kann es zu einer derartigen Interessenkollision aber nicht kommen, weil dem Stimmvertreter vom Alleingesellschafter die Kompetenz zur Bestimmung bzw Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses übertragen wurde.

- (ii.) Der Geschäftsführer ist indes aufgrund vertretungsrechtlicher Regeln von der Mitwirkung an der Beschlussfassung ausgeschlossen: es liegt ein – grundsätzlich unzulässiges – Insichgeschäft vor.
- (iii.) Die Ausgeschlossenheit des betroffenen Geschäftsführers von der Vertretung der Muttergesellschaft in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft bezüglich der Beschlussfassung über seine Abberufung bzw Kündigung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft begründet, wenn die Muttergesellschaft zwei nur kollektiv zeich-

61 OGH 8 ObA 209/02x.

62 *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB³ § 1158-1159c Rz 61 und *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1016 Rz 2.

63 *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1016 Rz 4.

64 Vor allem ist vorstellbar, dass der vermeintlich unwirksam Gekündigte Dispositionen trifft (zB ein attraktives Angebot eines anderen Arbeitgebers ausschlägt) oder unterlässt (zB die ihm bei Kündigung zustehenden Postensuchtage gemäß AngG nicht in Anspruch nimmt).

65 Siehe zB OGH 8 ObA 209/02x.

- nungsberechtigte Geschäftsführer hat, nicht die Alleinvertretungsbefugnis des nicht befangenen Geschäftsführers.
- (iv.) Mangelt es der Muttergesellschaft in Bezug auf die Abberufung bzw Kündigung des Geschäftsführers mit Doppelmandat an vertretungsbefugtem Personal, muss die Generalversammlung der Muttergesellschaft einschreiten. Die Generalversammlung der Muttergesellschaft kann den betroffenen Geschäftsführer zB als Geschäftsführer der Muttergesellschaft abberufen und der nicht befangene (nunmehr alleinvertretungsbefugte) Geschäftsführer der Muttergesellschaft beruft diesen sodann (unter Umständen auf Weisung der Generalversammlung) als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ab und kündigt dessen Anstellungsvertrag. Wenn die Gesellschafter der Muttergesellschaft den betroffenen Geschäftsführer hingegen nur in der Tochtergesellschaft abberufen bzw kündigen wollen (dieser Fall ist freilich nicht leicht denkbar), besteht auch die Möglichkeit, dem nicht befangenen Geschäftsführer Alleinvertretungsmacht einzuräumen, damit dieser die Möglichkeit hat, die Abberufung bzw Kündigung in der Tochtergesellschaft allein vorzunehmen.
- (v.) Die Bestellung eines Notgeschäftsführers für die Muttergesellschaft zum Zweck der Abberufung bzw Kündigung des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft ist nicht möglich.
- (vi.) Eine vom nicht befangenen aber nur gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Tochtergesellschaft (zB in der irrigen Annahme, er wäre alleinvertretungsbefugt; siehe dazu den Beispielsfall unter Punkt 1.) allein gegenüber dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Eine nachträgliche Genehmigung der Kündigung mit Wirkung ex tunc ist nicht möglich. Die nachträgliche Sanierung der vollmachtslos ausgesprochenen Kündigung ist nur unter Verständigung des Gekündigten möglich und als neue Kündigung zu werten.