

Peter Melicharek

Zur Abberufung des indirekten Gesellschafter-Geschäftsführers

Der OGH ließ in seiner Entscheidung vom 17. 11. 2010, 6 Ob 212/10k, mit einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zur gerichtlichen Abberufung eines indirekten Gesellschafter-Geschäftsführers aufhorchen. Das Höchstgericht legt einen formalistischen Maßstab an, wo bisher ein den Mitgesellschafter beherrschender Geschäftsführer wie ein Gesellschafter-Geschäftsführer behandelt wurde.

1. AUSGANGSLAGE

§ 16 Abs. 2 GmbHG regelt die gerichtliche Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund. Ist er zugleich Gesellschafter, so sind die §§ 117 und 127 UGB sinngemäß anzuwenden und die Klage ist gegen den abberufenden Gesellschafter-Geschäftsführer zu erheben.⁽¹⁾ Geht es um die Abberufung eines Fremdgeschäftsführers, können jene Gesellschafter, die nicht für die Abberufung des Geschäftsführers gestimmt haben, auf Zustimmung geklagt werden (§ 16 Abs. 2 Satz 3 GmbHG).⁽²⁾ Die bisherige Rechtsprechung behandelte einen „formellen“ Fremdgeschäftsführer, der aber wirtschaftlich ident mit einem Gesellschafter der GmbH ist und/oder diesen beherrscht, wie einen Gesellschafter-Geschäftsführer, weil er denselben Einfluss wie der Gesellschafter selbst ausüben kann.

2. SACHVERHALT

Die Klägerin und ihre Mitgesellschafterin A. GmbH, deren geschäftsführender Alleingesellschafter der Beklagte ist, waren zu je 50 % an der B. GmbH und an der C. GmbH beteiligt. Der Beklagte sollte wegen schwerer Pflichtverletzungen als Geschäftsführer der B. GmbH und der C. GmbH abberufen werden.

3. DIE ANSICHT DER ERSTEN UND DER ZWEITEN INSTANZ

Das Erstgericht gab der Abberufungsklage statt und das Berufungsgericht bestätigte die Abberufung. Dabei sprach es aus, dass – obwohl der Beklagte formal nicht Gesellschafter der B. GmbH und der C. GmbH, sondern nur Alleingesellschafter von deren Mitgesellschafterin A. GmbH ist – die gerichtliche Abberufung im Wege einer Klage nach § 16 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu erfolgen habe. Nach der (bisherigen) höchstgerichtlichen Rechtsprechung müsse nämlich ein Geschäftsführer der GmbH, wenn er beherrschender Gesellschafter einer zweiten GmbH, die ihrerseits Gesellschafterin der erstgenannten GmbH ist, als Gesellschafter-Geschäftsführer angesehen werden; dies nicht zuletzt aufgrund des personalistischen Konzepts im GmbH-Recht. Für eine Abberufungsklage passivlegitimiert ist (jedenfalls ein direkter) Gesellschafter-Geschäftsführer, der mittels Einsatzes seiner Stimmkraft einen Abberufungsbeschluss verhindern kann.⁽³⁾ Da der Beklagte im vorliegenden Fall mittels der von ihm allein beherrschten A. GmbH über die Hälfte der Stimmanteile der B. GmbH und der C. GmbH verfügte, konnte er einen Beschluss auf seine Abberufung als Geschäftsführer dieser Gesellschaften verhindern.



(1) Die Klage auf Abberufung ist gegen den abberufenden Gesellschafter-Geschäftsführer zu erheben, wobei es nach der Rechtsprechung (OGH 18. 12. 1987, 6 Ob 695/87, SZ 60/285; RIS-Justiz RS0059607) nicht darauf ankommt, ob der Geschäftsführer schon allein durch Ausübung seines Stimmrechts seine Abberufung durch die anderen Gesellschafter verhindern kann (a. A. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ [2007] § 16 Rz. 23; *Straube/Ratka* in *Straube*, GmbHG, § 16 Rz. 46).

(2) Die Wirkung des der Klage nach § 16 Abs. 2 Satz 3 GmbHG stattgebenden und rechtskräftigen Urteils besteht darin, dass die Stimme des beklagten Gesellschafters im Sinne der Abberufung als abgegeben gilt (§ 367 EO; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 16 Rz. 30 ff.; *Straube/Ratka* in *Straube*, GmbHG, § 16 Rz. 60 m. w. N.). Das Urteil greift in den Kompetenzbereich der Generalversammlung ein. Richtiger Beklagter einer solchen Zustimmungsklage ist jeder Gesellschafter, der gegen den Antrag auf Abberufung gestimmt hat (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 16 Rz. 30c; *Straube/Ratka* in *Straube*, GmbHG, § 16 Rz. 57). Der Fremdgeschäftsführer selbst ist nicht Beklagter, ihm ist jedoch vom Gericht der Streit zu verkünden, damit er dem Verfahren als (streitgenössischer) Nebenintervenient beitreten kann.

(3) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 16 Rz. 23.

Mag. Peter Melicharek ist Rechtsanwalt in Wien mit Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich des Wirtschaftsrechts. Er ist Spezialist für Streitiges Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht.

Die erste und die zweite Instanz behandelten den Beklagten aus diesen Gründen nicht nur als Geschäftsführer, sondern zugleich auch als Gesellschafter, der als solcher persönlich der Abberufungsklage nach § 16 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausgesetzt ist. Der Beklagte, so befand das Berufungsgericht (zu dessen Einwand, der A. GmbH hätte der Streit verkündet werden müssen, damit sie sich dem Verfahren als Nebenintervenientin anschließen hätte können), repräsentierte im Abberufungsverfahren auch die von ihm alleine beherrschte Gesellschafterin A. GmbH. In diesem Zusammenhang lehnte das Berufungsgericht mit Hinweis auf die (bisherige) höchstgerichtliche Judikatur ausdrücklich die „formale“ Sichtweise des Beklagten ab, der darauf beharrt hatte, es handle sich bei der A. GmbH und bei ihm um verschiedene Rechtssubjekte. Die Position des Beklagten würde zu dem wenig überzeugenden Ergebnis führen, dass drei Parteien in das Prozessrechtsverhältnis eingebunden sein müssten, obwohl die B. GmbH und die C. GmbH jeweils nur zwei Gesellschafter haben.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision zu der als entscheidungswesentlich erachteten Frage zu, ob im Falle einer gegen den Geschäftsführer, der formal nicht Gesellschafter der Gesellschaft, sondern nur Gesellschafter einer Gesellschafterin ist, gerichteten Klage diese Gesellschafterin bei der Klage nach § 16 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zusätzlich in das Prozessverhältnis einbezogen sein muss oder ob sie insoweit von dem sie allein beherrschenden beklagten (Gesellschafter-)Geschäftsführer repräsentiert wird. Die vom Beklagten erhobene Revision machte im Wesentlichen geltend, am Gestaltungsprozess der gerichtlichen Abberufung müssten alle Gesellschafter beteiligt sein, weshalb die Klägerin nicht aktivlegitimiert wäre.

4. DIE LÖSUNG DES OGH

Der OGH sprach hingegen aus, dass der Beklagte nicht passivlegitimiert ist, und wies die Klage ab. Dabei erwog der OGH, die gerichtliche Abberufung von Fremdgeschäftsführern, die von der Gesellschaftermehrheit gestützt werden und daher nicht abberufen werden könnten, wurde erst durch das IRÄG 1997 in das GmbHG eingeführt. Die bisherige Rechtsprechung, nach welcher in bestimmten Konstellationen ein indirekter Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 16 Abs. 2 Satz 2 GmbHG abberufen werden konnte, sei zur Rechtslage vor dem IRÄG 1997 ergangen und vor dem Hintergrund zu sehen, dass diese

Rechtsprechung eine Abberufung eines Fremdgeschäftsführers gegen den Willen der Gesellschaftermehrheit durch das Gericht für nicht möglich angesehen hätte. Da nach der jetzigen Rechtslage aber Fremdgeschäftsführer aus wichtigen Gründen durch gerichtliche Entscheidung nach § 16 Abs. 2 Satz 3 GmbHG abberufen werden können, gäbe es unter Rechtsschutzaspekten keinen Grund, diese Rechtsprechung aufrechtzuerhalten.

Der sechste Senat schloss sich damit der von *Koppensteiner/Rüffler*(4) referierten Meinung an, wonach den von der bisherigen Rechtsprechung gemachten Ausnahmen nicht zu folgen ist, weil keine Gesetzeslücke vorliege: Fremdgeschäftsführer könnten nämlich stets mittels Zustimmungsklage gegen den/die Mitgesellschafter abberufen werden. Die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, wonach eine Ausnahme in dem Fall zu machen war, dass ein Geschäftsführer zwar mangels direkter Beteiligung an der Gesellschaft formell Fremdgeschäftsführer ist, wegen der tatsächlichen wirtschaftlichen Identität mit einem Gesellschafter der GmbH aber denselben beherrschenden Einfluss wie der Gesellschafter selbst ausüben kann, begründete der OGH wie folgt: Es könne im Einzelfall schwierig sein, festzustellen, ob ein Geschäftsführer, der nicht Gesellschafter ist, „*lediglich Strohmann*“ eines beherrschenden Gesellschafters sei oder ob zwischen ihm und einem Gesellschafter der GmbH „*wirtschaftliche Identität*“ besteht.

5. KRITIK UND EIGENER ANSATZ

Die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung scheint aus Rechtsschutz- und Praktikabilitätsüberlegungen problematisch. Schon lange vor der ausdrücklichen Einführung des § 16 Abs. 2 Satz 3 GmbHG durch das IRÄG 1997 sprach sich die Lehre(5) überzeugend für die Zulässigkeit der Zustimmungsklage gegen den/die widerstreitenden Mitgesellschafter aus, weil ein interessewidriges Verhalten der Gesellschafter den Treuepflichten zuwiderläuft. Dass mit dem IRÄG 1997 die Möglichkeit der direkten Abberufungsklage gegen einen den Mitgesellschafter beherrschenden Geschäftsführer abgeschafft werden sollte, ist weder dem Gesetzestext noch den Materialien zu entnehmen. Dass der OGH nunmehr ausschließlich die Zustimmungsklage zulässt, und zwar obwohl im konkreten Fall die Frage der wirtschaftlichen Identität von den Unterinstanzen offenbar eindeutig im Sinne der bisherigen Rechtsprechung gelöst wurde, ist wohl nicht im Geiste des IRÄG, das untragbar

(4) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 16 Rz. 23.

(5) *Reich-Rohrwig*, WBl. 1988, 234 m. w. N.; später auch *Fantur*, Zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses des GmbH-Geschäftsführers, insbesondere des Gesellschafter-Geschäftsführers, *ecolex* 1997, 846 m. w. N.

Die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung scheint aus Rechtsschutz- und Praktikabilitätsüberlegungen problematisch.

Zur Abberufung des indirekten Gesellschafter-Geschäftsführers

gewordene Geschäftsführer im Sinne einer insolvenzprophylaktischen Maßnahme leichter ablösbar machen wollte.⁽⁶⁾

In der Wirtschaftspraxis kommt es nicht selten vor, dass mehrere Mitgesellschafter untereinander uneins sind, ob ein Fremdgeschäftsführer in seiner Position beibehalten werden soll oder nicht; inhaltlich handelt es sich hierbei um die Ausübung von Eigentümer- und Gestaltungsrechten. Es ist sachgerecht, dass solche Dispute zwischen den Gesellschaftern auszutragen sind, ohne dass bspw. ein angestellter Fremdgeschäftsführer gezwungen wäre, das Prozess- und Kostenrisiko zu übernehmen (als Nebenintervenient kann er sich dem Prozess anschließen, er muss aber nicht). Wenn ein Mitgesellschafter aber vom abzubrufenden Geschäftsführer beherrscht wird, so gibt es meines Erachtens keinen Grund für eine solche Privilegierung im Sinne einer Behandlung als Fremdgeschäftsführer, der typischerweise in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht. Bei einem beiderseits entschlossen geführten längeren Verfah-

ren kann es unter Umständen sogar vorkommen, dass die Prozesskosten die Höhe des Mindeststammkapitals im Sinne des § 6 Abs. 1 GmbHG übersteigen, sodass nach der neuen OGH-Judikatur einem indirekten Gesellschafter-Geschäftsführer potenziell sogar ein nicht rechtfertigbarer Vorteil der beschränkten Haftung für Prozesskosten erwüchse, weil nur der beherrschte Gesellschafter Partei ist.

Es spricht sohin viel dafür, dass es sachgerecht wäre, dem Kläger ein Wahlrecht bei der Entscheidung der Prozessart zuzusprechen: Entweder behauptet und beweist er die wirtschaftliche Identität des Geschäftsführers mit dem von ihm beherrschten Mitgesellschafter und klagt den Geschäftsführer persönlich nach § 16 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gemäß der bisherigen Rechtsprechung oder er scheut diese (zugegebenermaßen im Einzelfall womöglich tatsächlich schwierige) Beweishürde und klagt im Sinne der neuen Rechtsprechung die Mitgesellschafterin auf Zustimmung nach § 16 Abs. 2 Satz 3 GmbHG.

(6) ErlRV 734 BlgNR 20. GP, 68 (zu Art. VII Z 1).