

# Gesellschaftsrechtliche Vereinigung Österreichs – GVÖ

Band 7

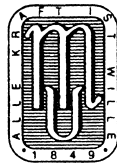
Wien 2018  
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

# **Beschlussmängel**

## **Stand und Perspektiven**

Herausgegeben von

**Eveline Artmann**  
**Friedrich Rüffler**  
**Ulrich Torggler**



Wien 2018  
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**Zitiervorschlag:** *Autor*, Titel des Beitrags, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), *Beschlussmängel* (2018) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-12510-3

© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien  
Telefon: (01) 531 61-0  
E-Mail: [verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)  
[www.manz.at](http://www.manz.at)

Datenkonvertierung und Satzherstellung: Druckerei Robitschek, 1050 Wien  
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

# Vorwort

Mangelhafte Gesellschafter- und Organbeschlüsse bilden einen Dauerbrenner des Gesellschaftsrechts, und zwar sowohl gemessen an der praktischen als auch an der rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Bedeutung.

Der Status quo des positiven Rechts ist durch eine erhebliche Rechtszersplitterung geprägt, die zumindest zum Teil mehr auf historischen Zufälligkeiten als auf Sachgesichtspunkten beruhen dürfte. So scheint das GmbHG keine nichtigen Beschlüsse zu kennen, weshalb sich die Rechtsprechung mit der Kategorie der Scheinbeschlüsse behilft, während die Lehre für eine analoge Anwendung der §§ 199 ff AktG plädiert. Nur vereinzelt klingt im Gesetz die dritte Gruppe mangelhafter Gesellschafterbeschlüsse an, nämlich jene der unwirksamen Beschlüsse. Ähnliches gilt für mangelhafte Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse. Gänzlich ungeregt sind die Rechtsfolgen mangelhafter Beschlüsse im Personengesellschaftsrecht.

Zusätzlich zu den angesprochenen Grundsatzfragen stellt sich eine Fülle von praktisch bedeutenden und rechtsdogmatisch anspruchsvollen Detailproblemen. Die höchstrichterliche Judikatur beschäftigt haben in jüngster Zeit etwa die Kompetenzen des Verhandlungsleiters, der Anwendungsbereich der „positiven Beschlussfeststellungsklage“, die prozessuale Durchsetzung von Stimmpflichten sowie die (Missbrauchs-)Grenzen des Anfechtungsrechts.

Vor diesem Hintergrund hat sich die Gesellschaftsrechtliche Vereinigung Österreichs (GVÖ) auf ihrer Jahrestagung am 8. Mai 2017 „Stand und Perspektiven des Beschlussmängelrechts“ gewidmet. Der vorliegende Tagungsband enthält erweiterte Fassungen der Vorträge und macht auch die darauf folgenden Diskussionen der breiteren Öffentlichkeit zugänglich. Einleitend bildet Prof. Dr. *Jens Koch* die deutsche Reformdiskussion ab, die nicht umsonst den 72. Deutschen Juristentag (2018, Leipzig) beschäftigen wird. Dr. *Roman Rauters* Beitrag behandelt in der Folge mangelhafte Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse, ehe Univ.-Prof. Dr. *Eveline Artmann* auf das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften eingeht. Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Rüffler*, LL.M., und Univ.-Prof. Dr. *Georg Eckert* schließen mit ihren Beiträgen zu GmbH bzw AG.

Wir danken sehr herzlich den Unterstützern der GVÖ Jahrestagung 2017, vor allem den fördernden Mitgliedern der Vereinigung, sowie den Vortragenden und Teilnehmern. Für die Organisation der Tagung und für die Hilfestellung bei der Erstellung des Tagungsbands gebührt unser Dank Herrn Dr. *Andreas Baumgartner*, LL.M., Frau Mag. *Nadine Elsner*, Herrn Mag. *Simon Drobnik*, Frau *Melanie Dukovski*, Herrn *Heinz Kranzer*, LL.M., sowie Frau Mag. *Julia Anna Mayer*.

Linz und Wien, März 2018

*Eveline Artmann  
Friedrich Rüffler  
Ulrich Torggler*

Die Jahrestagung 2017 der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung Österreichs (GVÖ) und der vorliegende Tagungsband wurden ermöglicht durch die freundliche Unterstützung von

**BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH**

**bpv Hügel Rechtsanwälte OG**

**CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati**

**DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH**

**DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH**

**Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH**

**Frotz Riedl Rechtsanwälte**

**Johannes Kepler Universität Linz**

**Kerschbaum Partner Rechtsanwälte GmbH**

**Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG**

**LeitnerLeitner GmbH Wirtschaftsprüfer und Steuerberater**

**Österreichische Notariatskammer**

**Saxinger Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH**

**Schönherr Rechtsanwälte GmbH**

**Verlag MANZ**

**WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG**

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Dank .....	VI
Inhaltsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Autorenverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
<i>Jens Koch</i>	
Die Reform des deutschen Beschlussmängelrechts .....	1
<i>Roman Alexander Rauter</i>	
Mangelhafte Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse .....	19
<i>Heinz Kranzer</i>	
Vormittagsdiskussion Teil I .....	37
<i>Eveline Artmann</i>	
Das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften .....	39
<i>Andreas Baumgartner/Julia Anna Mayer</i>	
Vormittagsdiskussion Teil II .....	53
<i>Friedrich Rüffler</i>	
Beschlussmängelrecht der GmbH .....	57
<i>Georg Eckert</i>	
Ausgewählte Fragen zu fehlerhaften Hauptversammlungsbeschlüssen .....	71
<i>Andreas Baumgartner/Julia Anna Mayer</i>	
Nachmittagsdiskussion .....	95



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Dank .....	VI
Inhaltsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Autorenverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII

*Jens Koch*

<b>Die Reform des deutschen Beschlussmängelrechts</b> .....	1
I. Einleitung .....	1
II. Grundzüge des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts .....	3
III. Fortdauernder Reformbedarf .....	4
IV. Reformansatz .....	5
A. Grundpfeiler der beschlussmängelrechtlichen Neuausrichtung .....	5
B. Konsentierete Grundelemente als Basis der weiteren Untersuchung .....	6
V. Ausgemusterte Modelle .....	6
VI. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anfechtung strukturändernder Beschlüsse .....	8
A. Geltendes Recht .....	8
B. Kritik an der bestehenden Rechtslage .....	9
VII. Neuausrichtung .....	11
A. Kläger- oder beschlussbezogener Filter? .....	11
B. Ausgestaltung des beschlussbezogenen Filters .....	12
C. Ausgestaltung des klägerbezogenen Filters .....	13
D. Rechtsfolgenanordnung .....	14
E. Standort der Verhältnismäßigkeitsprüfung und vorgezogene Freigabe- entscheidung .....	14
VIII. Sonstige Beschlussarten .....	16
IX. Rechtsmittel .....	17
X. Weitere Detailgestaltung .....	17
XI. Fazit .....	18

*Roman Alexander Rauter*

<b>Mangelhafte Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse</b> .....	19
I. Einführung .....	19
II. Meinungsstand zu Aufsichtsratsbeschlüssen und Beschlüssen von Geschäfts- führungsorganen .....	20
III. Stellungnahme .....	25
A. Inhaltliche Fehler .....	26
B. Verfahrensfehler .....	27
C. Exkurs: Fragen der Vertretung beziehungsweise Außenwirksamkeit .....	29
IV. Geltendmachung durch Feststellungsklage .....	34
V. Fälle .....	34

A. Inhaltliche Fehler .....	34
B. Verfahrensfehler .....	36
<i>Heinz Kranzer</i>	
<b>Vormittagsdiskussion Teil I .....</b>	<b>37</b>
<i>Eveline Artmann</i>	
<b>Das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften .....</b>	<b>39</b>
I. Einleitung .....	39
II. Meinungsstand in Judikatur und Lehre .....	40
III. Tatsächlicher Gewinn an Rechtssicherheit? .....	42
A. Die Dauer der Anfechtungsfrist .....	42
B. Das Erfordernis des Widerspruchs .....	43
C. Beginn der Anfechtungsfrist .....	45
D. Anfechtungsberechtigte .....	46
E. Passivlegitimation und Prozesskosten .....	47
F. Zwischenergebnis .....	48
IV. Der Preis für die Rechtssicherheit .....	48
V. Grundlage für die Analogie .....	50
<i>Andreas Baumgartner/Julia Anna Mayer</i>	
<b>Vormittagsdiskussion Teil II .....</b>	<b>53</b>
<i>Friedrich Rüffler</i>	
<b>Beschlussmängelrecht der GmbH .....</b>	<b>57</b>
I. Ausgangspunkt, Themen .....	57
II. Gesetzeslage und ihre historische Entwicklung .....	58
III. Rechtslage .....	61
A. Materiell .....	61
B. Formell, Heilung .....	65
IV. Einzelfragen .....	66
A. Feststellungsklage bei mangelnder Beschlussfeststellung .....	67
B. Positive Beschlussfeststellungsklage .....	68
<i>Georg Eckert</i>	
<b>Ausgewählte Fragen zu fehlerhaften Hauptversammlungsbeschlüssen .....</b>	<b>71</b>
I. Einleitung .....	71
II. Sitzungsdurchbrechende Beschlüsse .....	72
A. Satzungsverletzung als Anfechtungsgrund .....	72
B. Bestandskraft des Beschlusses bei qualifizierter Beschlussmehrheit? .....	73
C. Unwirksamkeit qualifizierter Sitzungsdurchbrechungen? .....	74
III. Zur positiven Beschlussfeststellungsklage .....	80
IV. Zur Anfechtungslegitimation .....	87
V. Ausgewähltes zur Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen .....	88
A. Allgemein zur Abgrenzung .....	88
B. Einberufungsmängel (§ 199 Abs 1 Z 1) und die E 10 Ob 32/00 d .....	89
C. Gesetzwidrige Satzungsänderungen und das Wesen der Aktiengesellschaft ..	92
<i>Andreas Baumgartner/Julia Anna Mayer</i>	
<b>Nachmittagsdiskussion .....</b>	<b>95</b>

# Autorenverzeichnis

*Univ.-Prof. Dr. Eveline Artmann*  
Johannes Kepler Universität Linz

*Univ.-Prof. Dr. Georg Eckert*  
Universität Innsbruck

*Prof. Dr. Jens Koch*  
Universität Bonn

*Dr. Roman Alexander Rauter*  
Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte

*Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, LL.M.*  
Universität Wien



# Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angeführten/angegebenen Ort
ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
ADHGB	=	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Abs	=	Absatz
aF	=	alte Fassung
AG	=	a) Aktiengesellschaft b) Die Aktiengesellschaft (deutsche Zeitschrift)
AktG	=	a) österreichisches Aktiengesetz 1965, BGBl 1965/98 b) deutsches Aktiengesetz, dBGBI I 1965, 1089
aM	=	anderer Meinung
Anh	=	Anhang
Anm	=	Anmerkung(en)
AnwBl	=	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
arg	=	argumentum
Art	=	Artikel
ARUG	=	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30. 7. 2009 dBGBI I 2479
Begr	=	Begründung
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BlgHH	=	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	=	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	=	beispielsweise
bzw	=	beziehungsweise
d	=	deutsch
dh	=	das heißt
DJT	=	Deutscher Juristentag
DStR	=	Deutsches Steuerrecht (deutsche Zeitschrift)
E	=	Entscheidung
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ErläutRV	=	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc	=	et cetera
EvBl	=	Evidenzblatt der Rechtmittelentscheidungen in Österreichische Juristenzeitung
f	=	und der, die folgende
ff	=	und der, die folgenden

---

FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
gem	=	gemäß
GeS	=	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GES	=	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesbR	=	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ	=	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	=	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGGBl 1906/58
GmbHR	=	GmbH Rundschau (deutsche Zeitschrift)
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GedS	=	Gedenkschrift
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVÖ	=	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung Österreichs
hA	=	herrschende Ansicht
HGB	=	Handelsgesetzbuch dRGGBl 1897, 219; Einführung in Österreich durch dRGGBl I 1938, 1999
HHB	=	Herrenhausbericht
hL	=	herrschende Lehre
hM	=	herrschende Meinung
Hrsg	=	Herausgeber
HV	=	Hauptversammlung
idF, idgF	=	in der Fassung, in der geltenden Fassung
idR	=	in der Regel
ieS	=	im engeren Sinn
iS	=	im Sinne
iSd	=	im Sinne des
iVm	=	in Verbindung mit
iZm	=	im Zusammenhang mit
JB	=	Justizausschussbericht
JB1	=	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JGS	=	Justizgesetzsammlung
JW	=	Juristische Wochenschrift (deutsche Zeitschrift)
KBB	=	<i>Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar<sup>4</sup> (2014)</i>
KG	=	Kommanditgesellschaft
LG	=	Landesgericht
lit	=	litera (Buchstabe)
Ls	=	Leitsatz, -sätze
mE	=	meines Erachtens
ME	=	Ministerialentwurf
Mio	=	Million/en
mwN	=	mit weiteren Nachweisen

---

nF	=	neue Fassung
NJW	=	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	=	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NZ	=	Österreichische Notariats-Zeitung
NZG	=	Neue (deutsche) Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OEG	=	Offene Erwerbsgesellschaft
OG	=	Offene Gesellschaft
OGH	=	Oberster Gerichtshof
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft
ÖJT	=	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	=	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	=	Österreichische Juristen-Zeitung-Leitsatzkartei
OLG	=	Oberlandesgericht
pa	=	per analogiam
PSG	=	Privatstiftungsgesetz BGBl 1993/694
PSR	=	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
RdW	=	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RegE	=	Regierungsentwurf
Rep	=	Repositor
RG	=	Reichsgericht
RGBI	=	Reichsgesetzblatt
RGZ	=	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	=	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	=	Rechtssatz
Rsp	=	Rechtsprechung
RV	=	Regierungsvorlage
Rz	=	Randzahl, -ziffer
sog	=	sogenannt, -e, -er, -es
stRsp	=	ständige Rechtsprechung
SZ	=	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
TN	=	Teilnovelle
ua	=	unter anderem / und andere
uam	=	und anderes mehr
uE	=	unseres Erachtens
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch (vormals Handelsgesetzbuch) BGBl I 2005/120
UMAG	=	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005 dBGBl I 2802
vgl	=	vergleiche
wbl	=	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)

Z	=	Zahl, Ziffer
Zak	=	Zivilrecht aktuell (Zeitschrift)
zB	=	zum Beispiel
ZBH	=	Zentralblatt für Handelsrecht (deutsche Zeitschrift)
ZGR	=	(deutsche) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	=	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	=	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Georg Eckert

## Ausgewählte Fragen zu fehlerhaften Hauptversammlungsbeschlüssen

- I. Einleitung
- II. Satzungsdurchbrechende Beschlüsse
  - A. Satzungsverletzung als Anfechtungsgrund
  - B. Bestandskraft des Beschlusses bei qualifizierter Beschlussmehrheit?
  - C. Unwirksamkeit qualifizierter Satzungsdurchbrechungen?
- III. Zur positiven Beschlussfeststellungsklage
- IV. Zur Anfechtungslegitimation
- V. Ausgewähltes zur Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen
  - A. Allgemein zur Abgrenzung
  - B. Einberufungsmängel (§ 199 Abs 1 Z 1) und die E 10 Ob 32/00 d
  - C. Gesetzwidrige Satzungsänderungen und das Wesen der Aktiengesellschaft

### I. Einleitung

Der Vortrag ist einigen Fragen des Beschlussmängelrechts gewidmet, die in der rezenten Judikatur des OGH eine Rolle gespielt haben. Als Einstieg (aber nicht Begrenzung) soll die Entscheidung vom 24. 10. 2016<sup>1)</sup> dienen, in der der OGH eine ganze Reihe von grundlegenden Fragen des Beschlussmängelrechts zu behandeln hatte. Der Vortrag bietet Anlass, einige dieser Fragen aufzugreifen und – hoffentlich – weiterführende Überlegungen anzustellen. Diese Auseinandersetzung ist umso notwendiger, als die Begründung des Obersten Gerichtshofs bei manchen Fragestellungen äußerst knapp ausgefallen ist und auch durchaus, wie wir sehen werden, manche Frage offen lässt.

Der zugrunde liegende Sachverhalt ist rasch umrissen: Die Satzung der beklagten Aktiengesellschaft enthält keine wirksame<sup>2)</sup> Ermächtigung iSd § 104

---

<sup>1)</sup> OGH 6 Ob 169/16w.

<sup>2)</sup> Die Regelung in der Satzung lautete: „Die Hauptversammlung beschließt alljährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres über die Verwendung des Bilanzgewinns wenn im Jahresabschluss ein solcher ausgewiesen ist, die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates, die Wahl [...]“. Diese Formulierung, so der OGH, wiederhole nur den Wortlaut des § 104 Abs 4 Siehe 2 AktG und sei daher nicht als ausreichende Grundlage für eine Thesaurierung anzusehen; vgl bereits OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h und dazu Brix, Lehren aus Anfechtungsklagen von Hauptversammlungsbeschlüssen, GesRZ 2015, 123, 124.

Abs 4 S 2<sup>3)</sup>, den im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn auf neue Rechnung vorzutragen. Demzufolge ist mit dem OGH<sup>4)</sup> und der herrschenden Meinung<sup>5)</sup> von einem Vollausschüttungsgebot auszugehen. Die HV beschließt aber nur die Ausschüttung eines kleinen Teils des Bilanzgewinns und den Vortrag des überwiegenden Teils von ca EUR 9,1 Mio auf neue Rechnung und lehnt zugleich den klägerischen Beschlussantrag auf Vollausschüttung ab. Der Kläger ist an der Aktiengesellschaft mit 10 Aktien (entsprechend einer Beteiligungsquote von 0,00009 %) beteiligt; bei Vollausschüttung stünde ihm eine Dividende von EUR 7,42 zu. Er begehrt die Nichtigerklärung des Hauptversammlungsbeschlusses und die Feststellung eines Beschlusses auf Ausschüttung des gesamten Bilanzgewinns. Die Beklagte wendet unter anderem ein, dass der Kläger seine Treuepflicht verletze und das Anfechtungsrecht missbrauche.

Der OGH gibt dem Anfechtungsbegehren unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Frage des Missbrauchs des Anfechtungsrechts statt. Die Anwendung der Anfechtungsbeschränkung gemäß § 196 Abs 2 (unten IV.) wird vom OGH nicht erörtert. Hingegen lehnt der OGH den Antrag des Klägers auf positive Beschlussfeststellung ab (dazu III.). Die Ablehnung wird vor allem auf die Begründung gestützt, dass die beschlussfassende Mehrheit die Satzung hätte ändern können, in welchem Fall kein Ausschüttungsbeschluss gefasst worden wäre. Diese Überlegung ist im Zusammenhang mit der positiven Beschlussfeststellungsklage neu, hingegen im Kontext der Diskussion um Satzungsdurchbrechungen wohl vertraut (hierzu sogleich II.A).

## II. Satzungsdurchbrechende Beschlüsse

### A. Satzungsverletzung als Anfechtungsgrund

Gemäß § 195 Abs 1 kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Eine Satzungsverletzung liegt vor, wenn das Verfahren der Beschlussfassung oder der Beschlussinhalt der Satzung widersprechen.<sup>6)</sup> Ob eine Satzungsverletzung vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich anhand jener Satzung, die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung im Firmenbuch eingetragen war.<sup>7)</sup>

<sup>3)</sup> §§, die nachstehend ohne Gesetzesangabe zitiert werden, sind solche des Aktiengesetzes.

<sup>4)</sup> Siehe außer der zit E noch OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

<sup>5)</sup> Siehe nur *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG<sup>5</sup> (2010) § 104 Rz 21; *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG<sup>2</sup> (2012) § 104 Rz 43; *Schulz* in *MüKo AktG*<sup>4</sup> (2016) § 58 Rz 145.

<sup>6)</sup> *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 7.

<sup>7)</sup> *Feltl*, Neues zur Satzungswidrigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, *eolex* 2015, 300; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 10.

## B. Bestandskraft des Beschlusses bei qualifizierter Beschlussmehrheit?

Obwohl der GmbH-rechtlichen Parallelregelung des § 195 Abs 1, nämlich § 41 Abs 1 GmbHG, üblicherweise der gleiche Bedeutungsgehalt beigemessen wird, hat jene Bestimmung einen etwas anderen Wortlaut: Dort heißt es nämlich, dass die Nichtigerklärung des Beschlusses verlangt werden kann, wenn der Beschluss in Widerspruch mit dem Gesellschaftsvertrag steht, ohne dass bei der Beschlussfassung die Vorschriften über die Abänderung des Gesellschaftsvertrages eingehalten worden wären. Dies legt den Umkehrschluss nahe, dass ein satzungswidriger Beschluss eben unanfechtbar ist, wenn nur die Vorschriften über die Änderung des Gesellschaftsvertrages beachtet werden. Unter diesen „Vorschriften“ könnte Unterschiedliches verstanden werden – das qualifizierte Mehrheitsanfordernis gemäß § 50 Abs 1 GmbHG, die Ankündigung der Beschlussfassung als Satzungsänderung (oder -durchbrechung), das Beurkundungserfordernis nach § 49 Abs 1 GmbHG, gegebenenfalls sogar die (nachträgliche) Eintragung ins Firmenbuch (§ 49 Abs 2 GmbHG). Der OGH hat es in einer älteren Entscheidung genügen lassen, dass der Beschluss mit den sich aus § 50 Abs 1 GmbHG-Gesetz ergebenden Mehrheitsanfordernissen gefasst wurde.<sup>8)</sup> Angewendet auf den eingangs geschilderten – allerdings aktienrechtlichen – Fall hätte der OGH wohl bereits die Anfechtungsklage und nicht erst die positive Beschlussfeststellungsklage abweisen müssen. Er hat dies jedoch zu Recht nicht getan: Denn zum einen hätte ein solcher Beschluss in das bereits durch die Feststellung des Jahresabschlusses (wenn auch nicht als Gläubigerrecht) entstandene Dividendenrecht des Aktionärs eingegriffen, wozu es der Zustimmung sämtlicher Aktionäre bedürft hätte. Eine zulässige (anfechtungsfeste) Satzungsdurchbrechung kann aber nicht in weiterem Umfang möglich sein als die Satzungsänderung selbst. Zum anderen aber war die „Satzungsdurchbrechung“ nicht als solche angekündigt, was aber nach dem fast einhelligen Schrifttum Voraussetzung für eine anfechtungsfeste Beschlussfassung über die Satzungsdurchbrechung gewesen wäre.<sup>9)</sup> Wird dem Rechnung getragen und mit der für die jeweilige Satzungsänderung erforderlichen Mehrheit ein Beschluss gefasst, sollte in analoger Anwendung des § 41 Abs 1 Z 2 GmbHG auch im Aktienrecht angenommen werden, dass eine anfechtungsfeste Beschlussfassung möglich ist.<sup>10)</sup>

<sup>8)</sup> So OGH 15. 3. 1961, 6 Ob 50/61, SZ 34/40; so zum Aktienrecht auch *Felzl*, Beschlussmängel im Aktienrecht (2014) 230 f.

<sup>9)</sup> *Boesebeck*, „Satzungsdurchbrechung“ im Recht der AG und GmbH, NJW 1960, 2265 ff, *Zöllner*, Satzungsdurchbrechung, in FS Priester (2007) 877, 890 ff; *Priester*, Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung – Voraussetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse, ZHR 151 (1987) 40, 54 (jedoch beschränkt auf nur „punktuelle“ Satzungsdurchbrechungen); *Felzl*, Beschlussmängel 230 f will möglicherweise gar vom Erfordernis der besonderen Ankündigung in der Tagesordnung absehen; so auch für das GmbH-Recht OGH 15. 3. 1961, 6 Ob 50/61. Nach aA ist eine anfechtungsfeste Beschlussfassung ohne Änderung der Satzungsurkunde überhaupt nicht möglich, so etwa *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 14; *Fischer* in *GroßKomm AktG<sup>2</sup>* (1965) § 145 Anm 6.

<sup>10)</sup> AA *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 14 und die hM zum d Aktienrecht, s etwa *Stein* in *MüKo AktG<sup>4</sup>* § 179 Rz 40 mwN.

### C. Unwirksamkeit qualifizierter Satzungsdurchbrechungen?

Nach einer in Deutschland entwickelten und insbesondere von der Judikatur des BGH übernommenen Auffassung sind *zustandsbegründende* Satzungsdurchbrechungen nicht unter § 243 Abs 1 dAktG (§ 195 Abs 1 öAktG) zu subsumieren, sondern sie sind vielmehr unwirksam<sup>11)</sup> oder nach § 241 dAktG (§ 199 öAktG) nichtig.<sup>12)</sup> Angelpunkt dieser Lehre ist die Unterscheidung zwischen zustandsbegründenden und punktuellen Satzungsänderungen. Während letztere idR – aber nicht immer, siehe oben II.2 – anfechtbar sein sollen, seien zustandsbegründende Satzungsänderungen kein möglicher Gegenstand einer rechtsstiftenden Anfechtungsklage, weil sie ja eben für unwirksam erachtet werden.

Der Grund für die Unwirksamkeit wird nicht im Aktionärs- oder Gesellschafterschutz, sondern in der publizitätssichernden Funktion des § 148 Abs 3 (§ 49 Abs 2 GmbHG) gesehen. Einer Beschlussfassung der Hauptversammlung, die entgegen der in der Satzung getroffenen allgemeinen Regel einen Dauerzustand schafft, ist hiernach zum Schutze des Rechtsverkehrs die Wirksamkeit zu versagen.

Punktueller Satzungsänderungen sind nach Auffassung des BGH solche, deren Wirkung sich in der betreffenden Maßnahme erschöpft. Andernfalls handelt es sich um eine Dauerwirkung, einen Zustand. Eine Dauerwirkung liegt auch vor, wenn sie zeitlich begrenzt ist.

Die österreichische Judikatur hat sich in der Frage der Abgrenzung zustandsbegründender und bloß punktueller Satzungsänderungen noch nicht betätigt. Zur Veranschaulichung daher eine Liste von Fallgestaltungen, in denen die deutsche Rsp und Lehre Dauerwirkungen angenommen und den betreffenden Beschluss daher als unwirksam behandelt hat:

- Bestellung von AR-Mitgliedern, deren Amtsperiode sich nach Ablauf der in der Satzung festgelegten Dauer automatisch verlängert;<sup>13)</sup>
- Satzungswidrige Ausschüttungen (OLG Dresden), – Dauerzustand, weil Gewinnrücklage auf Dauer gemindert wird;<sup>14)</sup>
- Erteilung eines Dispenses von einem statutarischen Wettbewerbsverbot;<sup>15)</sup>

<sup>11)</sup> BGH II ZR 81/92, BGHZ 123, 15 im Anschluss an *Priester*, ZHR 151 (1987) 40 ff; s ferner *Lawall*, Satzungsdurchbrechende Beschlüsse im GmbH-Recht, DStR 1996, 1169 ff; *Habersack*, Unwirksamkeit „zustandsbegründender“ Durchbrechungen der GmbH-Satzung sowie darauf gerichteter schuldrechtlicher Nebenabreden, ZGR 1994, 354, 364; dagegen vor allem *Zöllner* in FS *Priester* 877, 879 ff; *Tieves*, Satzungsverletzende und satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse, ZIP 1994, 1341 ff; *Leuschner*, Satzungs-durchbrechende Beschlüsse bei AG und GmbH, ZHR 180 (2016) 422 ff.

<sup>12)</sup> So *K. Schmidt* in GroßKomm AktG<sup>4</sup> (2013) § 241 Rz 111.

<sup>13)</sup> BGH II ZR 81/92, BGHZ 123, 15; *Lawall*, DStR 1996, 1169, 1172; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg), GmbHG<sup>19</sup> (2016) § 53 Rz 30; *Schnorbus* in *Rowedder/Schmidt-Leit-hoff* (Hrsg), GmbHG<sup>6</sup> (2017) § 53 Rz 45.

<sup>14)</sup> OLG Dresden W 1002/11, NZG 2012, 507; aA (keine Dauerwirkung) etwa *Gru-ber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 145 Rz 42.

<sup>15)</sup> *Priester*, ZHR 151 (1987) 40, 43, 55; *Lawall*, DStR 1996, 1169, 1172.

- Veräußerung der Beteiligung, auf deren Halten der Unternehmensgegenstand beschränkt ist;<sup>16)</sup>
- Besetzung von AR-Mitgliedern, denen die satzungsmäßigen Qualifikationsanfordernisse fehlen;<sup>17)</sup>
- Satzungswidrige Festlegung von AR-Bezügen;<sup>18)</sup>
- Erwerb von unternehmensgegenstandsfremden Beteiligungen,<sup>19)</sup> was dann konsequenterweise auch für den Erwerb von Unternehmen etwa auch durch Verschmelzungen gelten müsste.

Die Liste der möglichen Anwendungsfälle lässt sich angesichts des relativ großzügigen Maßstabs, der an eine „Dauerwirkung“ angelegt wird, fast beliebig verlängern. So wäre eine Dauerwirkung im besprochenen Sinn auch etwa anzunehmen bei der Bestellung eines AR-Mitglieds, obwohl die satzungsmäßige Höchstzahl bereits erreicht ist.

Die Lehre von den unwirksamen Satzungsdurchbrechungen hat auch in Österreich ihre Anhänger gefunden,<sup>20)</sup> wobei Unwirksamkeit<sup>21)</sup> teilweise nicht nur bei Zustandsbegründung, sondern auch bei punktuellen Satzungsänderungen angenommen wird, wenn die Hauptversammlung die Satzungsdurchbrechung bezweckt, was voraussetzt, dass sich „die Hauptversammlung“ des Widerspruchs zwischen Beschluss und Satzung bewusst ist.<sup>22)</sup> Die von anderen Autoren empfohlene Ersichtlichmachung der Satzungsdurchbrechung in der Tagesordnung hat nach dieser Auffassung zur Konsequenz, dass der Beschluss zwar nicht anfechtbar, aber unwirksam ist.

Diese Ergebnisse stehen offensichtlich in einem Spannungsverhältnis zu § 195 Abs 1, wonach Verletzungen der Satzung nur Anfechtbarkeit, nicht aber

<sup>16)</sup> OLG Köln 18 U 79/00, AG 2001, 426.

<sup>17)</sup> Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> (2016) § 179 Rz 7; Winner in MüKo AktG<sup>4</sup> § 179 Rz 229; Kalss/Probst, Familienunternehmen<sup>3</sup> (2013) Rz 4/90; „Geschäftsführer“: Priester, ZHR 151 (1987) 40, 55; Lawall, DStR 1996, 1169, 1172; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>19</sup> § 53 Rz 30; Hoffmann in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt (Hrsg), GmbHG<sup>3</sup> (2017) § 53 Rz 35; „Organmitglieder“: Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH<sup>21</sup> (2017) § 53 Rz 41.

<sup>18)</sup> Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbH<sup>21</sup> § 53 Rz 4.

<sup>19)</sup> Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>19</sup> § 53 Rz 30.

<sup>20)</sup> Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 145 Rz 45; Winner in MüKo AktG<sup>4</sup> § 179 Rz 228; wohl auch S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 145 Rz 12 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 49 Rz 8; Kalss/Probst, Familienunternehmen<sup>3</sup> Rz 4/89; Obradović, Die Teilung eines Geschäftsanteils bei fehlender Regelung im Gesellschaftsvertrag, GesRZ 2012, 333, 336; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 3/70; Hausmaninger/Taufner in Gratzl/Hausmaninger/Justich (Hrsg), Handbuch zur Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (2016), Verfassung der AG Rz 55.

<sup>21)</sup> Die Unwirksamkeitsfolge wird aber von jenen Autoren stark relativiert, die in Fortführung der von Habersack, ZGR 1994, 368, 373 begründeten These der Satzungsdurchbrechung einen doppelten Inhalt zuschreiben, nämlich implizite Satzungsänderung einerseits und Ausführungsbeschluss andererseits. Während die implizite Satzungsänderung nach § 148 Abs 3 AktG unwirksam sein soll, wird der Ausführungsbeschluss als bloß nach § 195 Abs 1 AktG anfechtbar behandelt, s insbesondere Drexler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 15; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesRZ 2012, 3/69.

<sup>22)</sup> Winner in MüKo AktG<sup>4</sup> § 179 Rz 228.

Nichtigkeit des Beschlusses bewirken. Nach Ansicht des OGH können Verletzungen der Satzung niemals die Nichtigkeit eines Beschlusses begründen.<sup>23)</sup>

Wie *Ulrich Torggler* in diesem Forum ausgeführt hat,<sup>24)</sup> sind es gerade die Dauerwirkungen eines HV-Beschlusses, die das von den §§ 195 ff bezweckte Rechtssicherheitsbedürfnis überhaupt entstehen lassen oder mindestens besonders dringlich machen. Anders gewendet: Die dauerhafte Gültigkeit eines satzungswidrigen Beschlusses ist gerade die Intention der Anfechtungsregelung. Andererseits ordnet § 148 Abs 3 an, dass die Änderung der Satzung keine rechtliche Wirkung hat, bevor sie nicht in das Firmenbuch eingetragen ist.

Für die Lösung dieses Spannungsverhältnisses ist an die von *U. Torggler* vortragenen Überlegungen anzuknüpfen. Nach seiner Auffassung sind form- und eintragungsbefähigt alle generell-abstrakten Regelungen, die die Verbandsorganisation und insbesondere die verfassungsähnlichen Spielregeln für das Zusammenleben und die Willensbildung betreffen.<sup>25)</sup>

Liegt eine solche Regelung vor, entfaltet sie verbandsrechtliche Wirksamkeit nur und erst dann, wenn sie in die ursprüngliche Satzung aufgenommen oder im Wege einer formellen, im Firmenbuch eingetragenen Satzungsänderung Bestandteil der Satzung wird. Es kommt nicht darauf an, ob das betreffende Thema bereits in der Satzung geregelt ist oder ob es die Satzung bei der dispositiven Gesetzesregelung belässt,<sup>26)</sup> weshalb der Terminus „Satzungsdurchbrechung“ eher in die Irre führt. Vielmehr sind jene Gegenstände zu identifizieren, die verbandsrechtlich wirksam eben nur in der Satzung geregelt werden können. Für diese soll im Folgenden als von „satzungsbedürftigen Regelungsgegenständen“ die Rede sein.

Die von *U. Torggler* vorgeschlagene Abgrenzung der satzungsbedürftigen Regelungsgegenstände bedarf der Konkretisierung, wie ein vertiefter Blick in das Aktiengesetz lehrt. Das AktG enthält nämlich – über den ohnedies gemäß § 17 satzungspflichtigen Mindestinhalt hinaus – eine große Zahl von ausdrücklichen Bestimmungen, die der Satzung eine Modifikation oder Ergänzung der aktienrechtlichen Regelungen ausdrücklich gestatten. Im Umkehrschluss, so meine These, können solche im Gesetz ausdrücklich eingeräumte Regelungsspielräume eben nur durch die Satzung und nicht auch durch einfachen Hauptversammlungsbeschluss<sup>27)</sup> wahrgenommen werden.<sup>28)</sup>

Welche Regelungsgegenstände sind nun im obigen Sinn satzungsbedürftig?

<sup>23)</sup> OGH 7 Ob 703/89, SZ 62/190; s auch RIS-Justiz RS0049464.

<sup>24)</sup> *U. Torggler*, Die Satzungsdurchbrechung und ihre Dauer-Wirkungen, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Verbandsverfassung (2013) 75 ff.

<sup>25)</sup> *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Verbandsverfassung 75, 87.

<sup>26)</sup> *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Verbandsverfassung 75, 76.

<sup>27)</sup> Mit „einfacher Hauptversammlungsbeschluss“ will ich im Folgenden Beschlüsse bezeichnen, die nicht als Satzungsänderung zum Firmenbuch angemeldet und eingetragen werden, unabhängig davon mit welcher Mehrheit sie gefasst werden und unabhängig von der Art der Ankündigung des betreffenden Beschlussgegenstands.

<sup>28)</sup> Dies ergibt sich auch aus § 103 Abs 1, wonach die Hauptversammlung nur in den im Gesetz oder Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen zur Entscheidung befugt ist.

(1) Die *Ausgestaltung der Mitgliedschaft*, dh jede vom Gesetz abweichende Regelung der mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten, bspw Ausschluss des Verbriefungsanspruchs (§ 9 Abs 3), Einzelheiten des Nachweises der Aktionärserschaft (§ 10 a), Höchststimmrecht (§ 12), Beginn des Stimmrechts (§ 123 Abs 2 und 3), Ruhen des Stimmrechts (§ 124), Nebenpflichten der Aktionäre (§§ 50, 55), Modifikationen des Gewinnanspruchs (§§ 52, 53 Abs 3, § 104 Abs 4 S 2), Vinkulierung (§ 62 Abs 2), Einziehbarkeit von Aktien (§ 192 Abs 1 und 2), Entsendungsrechte in den Aufsichtsrat (§ 88) und weitere besondere Rechte, etwa das Recht die HV einzuberufen (§ 105 Abs 1 S 2) bis hin zu Details wie Vertragsstrafen bei nicht rechtzeitiger Leistung der Einlage (§ 57 Abs 3). Die bestehenden Regelungsspielräume sind im Gesetz niedergelegt und sie können nur durch die Satzung ausgefüllt werden. Ein einfacher HV-Beschluss ist dafür nicht ausreichend. So ist ein Hauptversammlungsbeschluss, mit dem festgelegt wird, dass das Stimmrecht bereits vor der vollständigen Leistung der Einlage beginnt, mangels Eintragung nach § 148 Abs 3 unwirksam, weil hierfür nach § 123 Abs 2 eine Satzungsregelung erforderlich ist. Das gleiche gilt für einen Hauptversammlungsbeschluss, der eine in der Satzung vorgesehene Vinkulierung aufhebt, über das börsen- und übernahmerechtlich vorgesehene Maß ein Ruhen des Stimmrechts für den Fall der Verletzung gesetzlicher Meldepflichten vorsieht (§ 124) usw. Der Zweck der Satzungsbedürftigkeit derartiger Regelungen liegt offensichtlich in der Erkennbarkeit der Ausgestaltung der Mitgliedschaft für die zukünftigen Aktienerwerber, allenfalls auch in der Gewährleistung einer firmenbuchgerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle.<sup>29)</sup>

(2) Die *Beschlussfassung in der Hauptversammlung (Rechtserzeugungsregeln)*, insbesondere: Von der gesetzlichen Dispositivregelung abweichende Beschlussmehrheiten und -erfordernisse (§ 87 Abs 5, § 87 Abs 8, § 121 Abs 2, § 146 Abs 1, § 149 Abs 1 uva) und Einzelheiten für Einberufung und Durchführung der HV (§§ 103 Abs 3 und 4, 105 Abs 1 und 4, § 107 Abs 1 und 2, § 109 Abs 1, § 110 Abs 1, § 110 Abs 5, § 111, § 112, § 114 Abs 1 und 2, § 116 Abs 2, § 119 Abs 2 und 3, § 121, § 122, § 126 Abs 1, § 127 Abs 1, § 128 Abs 4). Um mit *U. Torggler* zu sprechen, geht es um die „Spielregeln“ der Normerzeugung, dies allerdings beschränkt auf die Hauptversammlung und soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise eine Regelung des Vorstands aufgrund einer Ermächtigung der Satzung genügen lässt (§ 102 Abs 3, § 102 Abs 4). Abgesehen von diesen Ausnahmen erhärtet die gesetzliche Regelung die These *U. Torgglers*, dass generell-abstrakte Regelungen, die die Willensbildung der Hauptversammlung betreffen, wirksam nur in der Satzung getroffen werden können. Hingegen ist eine Regelung solcher und anderer Einzelheiten der Willensbildung durch einfachen Hauptversammlungsbeschluss, etwa in Gestalt einer Geschäftsordnung für die Hauptversammlung, unwirksam. Sie ist für den Leiter der Hauptversammlung nicht relevant und ihre Verletzung begründet keinen Beschlussmangel (weil eben keine Satzungsverletzung iSd § 195 Abs 1 vorliegt). Umgekehrt läge sehr wohl ein Beschlussmangel vor, wenn etwa der Versammlungsleiter aufgrund der Beachtung eines nur durch einfachen HV-Beschluss geschaffenen erhöhten Beschlussquorums die Ablehnung eines Beschlusses feststellt.

<sup>29)</sup> *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Verbandsverfassung 75, 86.

(3) Die *generell-abstrakte inhaltliche Determinierung zukünftiger Hauptversammlungsbeschlüsse*, indem der von Gesetzes wegen bestehende Entscheidungsspielraum erweitert oder verengt wird, wie die Festlegung der Zahl der AR-Mitglieder (§ 86 Abs 1), von Qualifikationsanforderungen für AR-Mitglieder oder die Ermächtigung zur Gewinnthesaurierung nach § 104 Abs 4 S 2. Auch hier liegt Unwirksamkeit im gerade besprochenen Sinn vor, wenn solche Regelungen durch einfachen HV-Beschluss getroffen werden.

In den unter (2) und (3) genannten Bereichen liegt der Zweck der Satzungsbedürftigkeit wiederum in der Gewährleistung der Erkennbarkeit organisationsrechtlicher Regelungen für die künftigen Aktionäre. Zwar sind auch einfache Hauptversammlungsbeschlüsse zum Firmenbuch einzureichen (§ 120 Abs 4), das Gesetz legt aber mit gutem Grund Wert darauf, dass die für den Inhalt der Mitgliedschaftsrechte und die Willensbildung der HV relevanten Regelungen einer einzigen Urkunde entnommen werden können.

(4) Das Gesetz nennt als satzungsbedürftig ferner einzelne *Aspekte der Organisation des Aufsichtsrats* (§ 92 Abs 1, § 92 Abs 5, § 93 Abs 2, § 95 Abs 7) und bestimmte Fragen der *Geschäftsführung und Vertretung durch den Vorstand* einschließlich des Zusammenwirkens mit dem Aufsichtsrat (§ 70 Abs 2, § 71 Abs 2 und Abs 3, § 74 Abs 1, § 95 Abs 5 S 4 und 5).

In diesem Zusammenhang stellt sich die hier nicht weiter zu vertiefende Frage, wie weit es der Satzung möglich ist, über die im Gesetz genannten punktuellen Ermächtigungen hinaus die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats zu beschneiden, etwa indem die Bildung von Ausschüssen vorgeschrieben oder verboten wird<sup>30)</sup> oder qualifizierte Beschlussmehrheiten festgelegt werden. Soweit jedenfalls das Gesetz der Hauptversammlung einen Regelungsspielraum lässt, hat sie diesen durch die Satzung und nicht durch einfachen Hauptversammlungsbeschluss wahrzunehmen.

Dass dies so ist, ergibt sich aus dem durchgängig verwendeten Verweis auf die Satzung<sup>31)</sup> und daraus, dass sich die Kompetenzen der Hauptversammlung auf die in Gesetz und Satzung ausdrücklich genannten Gegenstände beschränken (§ 103 Abs 1). Aus der zuletzt genannten Bestimmung lässt sich mE auch nicht der Schluss ziehen, dass die Satzung die hier in Rede stehenden Kompetenzen an die HV in der Weise delegieren kann, dass sie durch einfachen HV-Beschluss ausgeübt werden können.<sup>32)</sup> Der HV steht gemäß § 145 Abs 1 durchaus die Möglichkeit offen, die Satzung zu ändern und damit den der Satzung vorbehaltenen Regelungsspielraum auszufüllen. Dies bedarf dann aber eben der Satzungsänderung mit dem dafür bestehenden Formalerfordernis der Firmenbucheintragung.

Hieraus lässt sich der allgemeine Schluss ziehen, dass Regelungen, die die Kompetenzen oder die Willensbildung der Verwaltungsorgane betreffen, nicht wirksam durch einfachen Hauptversammlungsbeschluss getroffen werden kön-

<sup>30)</sup> Für Unzulässigkeit *Schimka* in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 29/7 mwN der hM.

<sup>31)</sup> Vgl demgegenüber § 65 Abs 1 Z 4 und 8, worin auf die Ermächtigung durch Hauptversammlungsbeschluss abgestellt wird.

<sup>32)</sup> Zu den engen Grenzen der Satzung, zusätzliche Hauptversammlungskompetenzen zu begründen etwa *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 103 Rz 16 f.

nen. Soweit der Gesetzgeber einen diesbezüglichen Spielraum lässt, müssen sie in die Satzung aufgenommen werden; ansonsten können sie durch die Verwaltungsorgane selbst geregelt werden.

Warum der Gesetzgeber diesen Zugang wählt, liegt durchaus weniger auf der Hand als in den oben (1) bis (3) diskutierten, die Aktionäre direkt betreffenden Regelungsthemen. Denn die Verwaltungsorgane haben wie erwähnt die Möglichkeit, die sie betreffenden Organisationsfragen im Rahmen ihrer Organisationsautonomie selbst zu regeln, und diese internen Regelungen sind für künftige Anteilserwerber noch viel weniger erkennbar als einfache Hauptversammlungsbeschlüsse. Bspw können Anteilserwerber anhand des in der Satzung vorgesehenen Katalogs zustimmungspflichtige Geschäfte nicht erkennen, ob nicht noch weitere Geschäfte durch den Aufsichtsrat selbst seiner Zustimmung unterworfen wurden (§ 95 Abs 5 S 5). Auch um die Gewährleistung firmenbuchrechtlicher Rechtmäßigkeitskontrolle kann es nicht mehr gehen, findet diese doch auch bei Geschäftsordnungen nicht statt. Eine wirklich stringente Begründung dafür, dass solche Regelungen nicht auch durch einfachen Hauptversammlungsbeschluss geschaffen werden können, ist mir nicht ersichtlich. Die gesetzliche Anordnung ist dennoch zu respektieren.

Was kann man aus alledem folgern? Das Gesetz ordnet eine ganze Anzahl von Regelungen der Satzung zu und dies ausschließlich in dem Sinne, dass sie wirksam nur in der Satzung getroffen werden können. Welche Regelungen dies sind, ist in recht breitem Umfang ausdrücklich geregelt und im Übrigen durch Auslegung zu ermitteln. Hierzu gehören in erster Linie Regelungen, die die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der Aktionäre näher ausgestalten; ferner solche, die die künftigen Beschlüsse der Hauptversammlung inhaltlich determinieren oder Verfahrensfragen ihres Zustandekommens regeln. Für die aktienrechtliche HV bestätigt sich also der Befund, dass generell-abstrakte „willensbildungsrelevante“ Regelungen der Aufnahme in die Satzung bedürfen. Auf Ebene der Verwaltungsorgane können Organisationsfragen auch durch diese selbst geregelt werden. Die Gestaltungsmöglichkeiten umfassen etwa Modalitäten der Beschlussfassung, Ausschussbildung, Einberufungsfristen und die Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte. Auch solche Regelungen können aber nur durch die Verwaltungsorgane selbst, aber nicht durch einfachen Hauptversammlungsbeschluss erlassen werden, soweit nicht ausnahmsweise gesetzlich vorgesehen (so in § 65 Abs 1 Z 4 und 8).

Die Lehre von den Satzungsdurchbrechungen ist vor diesem Hintergrund eher überflüssig. Sie verdeckt das eigentliche Problem, nämlich die Frage, welche Inhalte wirksam gar nicht von der Hauptversammlung beschlossen werden können, sondern der Aufnahme in die Satzung bedürfen. Diese Frage ist unabhängig davon zu stellen und zu beantworten, ob die Satzung eine dahingehende Regelung enthält. Selbstredend kann aber eine Gestaltung, die der Satzung vorbehalten ist, auch nur durch eine Satzungsänderung wieder beseitigt werden – etwa die Befreiung von einer satzungsmäßigen Nebenleistungspflicht oder die Beseitigung einer Vinkulierungsregelung.

Abgesehen von diesen der Satzung vorbehaltenen Regelungen sind Beschlüsse der Hauptversammlung nicht nichtig oder unwirksam, wenn sie gegen die Satzung verstoßen. Wird daher satzungswidrig Gewinn ausgeschüttet, sat-

zungswidrig Gewinn thesauriert, der Erwerb einer gegenstandsforenden Beteiligung genehmigt, der Erwerb eines gegenstandsforenden Unternehmens durch Verschmelzung beschlossen, ein Aufsichtsrat in einer satzungsmäßig unzulässigen Zusammensetzung besetzt – dies alles sind bloß anfechtbare Beschlüsse. Einer rechtsfortbildenden Korrektur des § 199 bedarf es nicht.

Für dieses Themenfeld abschließend sind jene (im Aktienrecht seltenen) Fälle zu behandeln, in denen eine Beschlussfassung durch die Hauptversammlung der Begründung einer dahingehenden Kompetenz durch die Satzung bedarf, und ein Beschluss trotz Fehlens einer dahingehenden Kompetenz gefasst wird. Beispiel: Die Übertragung von Aktien ist an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden. Nach § 62 Abs 2 S 2 wird die Zustimmung vom Vorstand erteilt, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Hauptversammlung genehmigt eine bestimmte Übertragung, obwohl es die Satzung bei der Genehmigungskompetenz des Vorstands belässt. Für diese Fälle, in denen die Hauptversammlung eine Kompetenz wahrnimmt, die ihr immerhin wirksam übertragen werden könnte, ist mE weder Nichtigkeit noch Unwirksamkeit, sondern Anfechtbarkeit nach § 195 Abs 1 anzunehmen.

### III. Zur positiven Beschlussfeststellungsklage

Wie eingangs erwähnt, hat der OGH die positive Beschlussfeststellungsklage bei rechtswidrigen Thesaurierungen des Bilanzgewinns für nicht zulässig erachtet und den an der Ausschüttung interessierten Aktionär darauf verwiesen, Leistungsklage auf positive Stimmabgabe gegen die übrigen Aktionäre zu erheben. Dies hat der OGH zum einen damit begründet, dass die HV eine Beschränkung des Vollausschüttungsgebot in die Satzung hätte aufnehmen können, zum anderen damit, dass das Gericht nicht einfach den angefochtenen Beschluss durch den vom Kläger erwünschten ersetzen könne. Diesen beiden Überlegungen ist im Folgenden nachzugehen. Zuvor ist jedoch der gegenwärtige Stand des Rechts der positiven Beschlussfeststellungsklage in Rechtsprechung und Lehre kurz zu umreißen.

Mit der positiven Beschlussfeststellungsklage wird allgemein dem Problem Rechnung getragen, dass das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil nur kasatorische, aber nicht reformatorische Wirkung hat. Damit ist dem Kläger in jenen Fällen nicht geholfen, in denen ein bestimmter Beschlussantrag abgelehnt wurde:<sup>33)</sup> Die Vernichtung des ablehnenden Beschlusses kann dem Anfechtungskläger nicht den erwünschten positiven, dem Beschlussantrag stattgebenden Beschluss verschaffen. Anschaulichster (und unstrittiger) Anwendungsfall ist die unrichtige Feststellung des Beschlussergebnisses durch den Vorsitzenden der Hauptversammlung, weil der Vorsitzende die Stimmen unrichtig ausgezählt, Stimmverbote missachtet oder zu Unrecht angenommen oder die Mehrheitsanfordernisse falsch beurteilt hat. Mit der positiven Beschlussfeststellung wird,

---

<sup>33)</sup> Grundlegend in der Judikatur BGH II ZR 54/78, BGHZ 76, 191; s ferner etwa *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) 405 ff; *Noack/Zetzsche* in KölnKomm AktG<sup>3</sup> (2018) § 248 Rz 43 ff.

nach Beseitigung der unrichtigen Feststellung des Beschlussergebnisses nach § 120 Abs 2, der Beschluss so festgestellt, *wie er in Wahrheit gefasst wurde*. Insofern ist das Beschlussfeststellungsurteil auch nicht reformatorisch, sondern feststellend: Es sind die in der Hauptversammlung für und gegen einen bestimmten Beschlussantrag abgegebenen Stimmen zu ermitteln und zu prüfen, ob die nach Gesetz und Satzung erforderliche Mehrheit erreicht wurde. Bei positivem Ausgang dieser Prüfung wird der Beschluss durch gerichtliches Urteil festgestellt; dieses Urteil ersetzt die vom Notar beurkundete Beschlussfeststellung nach § 120 Abs 2. Diese Funktionsweise zeigt zugleich die Grenzen der positiven Beschlussfeststellung auf: Es kann niemals ein anderer Beschlussinhalt festgestellt werden als einer, über den in der Hauptversammlung abgestimmt wurde. Eine Änderung des Beschlussantrags kommt nicht in Betracht.<sup>34)</sup>

Liegen Beschlussmängel vor, die auch den festzustellenden Beschluss anfechtbar oder gar nichtig machen würden, ist die positive Beschlussfeststellungsklage abzuweisen,<sup>35)</sup> da eine Anfechtung des gerichtlich festgestellten Beschlusses nicht möglich ist.<sup>36)</sup> So kann etwa dem Antrag auf positive Beschlussfeststellung nach Ansicht des OGH entgegengehalten werden, dass das festzustellende Beschlussergebnis treuwidrig wäre.<sup>37)</sup>

Von der Rsp des OGH anerkannt<sup>38)</sup> ist die positive Beschlussfeststellungsklage im Fall der unrichtigen Feststellung des Beschlussergebnisses, weil Stimmen unrichtig ausgezählt, Stimmverbote<sup>39)</sup> oder ein Ruhen des Stimmrechts<sup>40)</sup> missachtet oder zu Unrecht angenommen oder die Mehrheitserfordernisse falsch beurteilt wurden. Ein solcher Fall liegt aber in der hier besprochenen Entscheidung nicht vor.

Darüber hinaus kommt die positive Beschlussfeststellung als Instrument der mittelbaren Durchsetzung von positiven Stimpflichten – oder wenigstens der Pflicht, keine Gegenstimme abzugeben<sup>41)</sup> – in Betracht. Im Zentrum der Dis-

<sup>34)</sup> Zöllner, Schranken 408; Linder in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 41 Rz 169.

<sup>35)</sup> OGH 12. 2. 1998, 6 Ob 203/97 i; 16. 2. 2006, 6 Ob 130/05 v; 12. 10. 2006, 6 Ob 139/06 v; Eckert, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen Judikatur, GeS 2004, 228, 230.

<sup>36)</sup> BGH II ZR 54/78, BGHZ 76, 191; Zöllner, Schranken 413; aA Bauschatz, Zur Reichweite der mit einer Anfechtungsklage verbundenen positiven Beschlussfeststellungsklage im GmbH-Recht, NZG 2002, 317 ff.

<sup>37)</sup> OGH 16. 2. 2006, 6 Ob 130/05 v; 12. 10. 2006, 6 Ob 139/06 v; 18. 9. 2009, 6 Ob 49/09 p.

<sup>38)</sup> OGH 25. 1. 2006, 7 Ob 300/05 a; zur GmbH: OGH 18. 9. 2009, 6 Ob 49/09 p; 12. 10. 2006, 6 Ob 139/06 v; 12. 2. 1998, 6 Ob 203/97 i; dazu ausführlich Eckert, GeS 2004, 228, 229 ff; s schon Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften (1924) 228 ff.

<sup>39)</sup> OGH 8. 5. 2008, 6 Ob 28/08 y; 18. 9. 2009, 6 Ob 49/09 p; BGH II ZR 73/85, NJW 1986, 2051.

<sup>40)</sup> OGH 25. 1. 2006, 7 Ob 300/05 a.

<sup>41)</sup> Siehe zu dieser Unterscheidung Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>21</sup> Anh § 47 Rz 192; Thöni, Sind treuwidrige Stimmabgaben von GmbH-Gesellschaftern bei

kussion steht die treuwidrige Ablehnung des Beschlussantrags.<sup>42)</sup> Auf Basis der hM, die die Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgaben annimmt,<sup>43)</sup> ist der Anwendungsbereich der positiven Beschlussfeststellungsklage eröffnet: Bei richtiger Stimmenauszählung sind die ablehnenden Stimmen nicht mitzuzählen und die Annahme des Beschlussantrags ist festzustellen,<sup>44)</sup> wenn, was vorauszusetzen ist, auch nur eine einzige Stimme für den Beschlussantrag abgegeben wurde und die Stimme des treuwidrig Abstimmenden nicht (ausnahmsweise)<sup>45)</sup> notwendig ist, um den Beschluss zustande zu bringen.

Dies leitet zur Frage über, ob treuwidrige Stimmabgaben als Scheinrechtsausübung von Anfang an nichtig oder – mindestens vorläufig – gültig sind. Der OGH behandelt treuwidrige Stimmen nicht als nichtig,<sup>46)</sup> was die Anfechtbarkeit des durch die treuwidrigen Stimmen zustande gekommenen Beschlusses nicht

---

der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter mitzuzählen? GesRZ 2008, 346, 347.

<sup>42)</sup> Siehe etwa *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 152 f; *U. Torggler*, Sanieren oder Ausscheiden in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), *Gesellschafterpflichten in der Krise* (2015) 1, 37; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*<sup>21</sup> § 47 Rz 112, Anh § 47 Rz 190 ff; *Drescher* in *MüKo GmbHG*<sup>2</sup> (2016) § 47 Rz 263; *Reichert*, Die Treuebindung der Aktionärsmehrheit in Sanierungsfällen, NZG 2018, 134, 135; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 39 Rz 17, § 41 Rz 54; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), *WK GmbHG* § 39 Rz 46.

<sup>43)</sup> Zum Aktienrecht: *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*<sup>2</sup> § 195 Rz 37; *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*<sup>2</sup> § 47 a Rz 45; *Haider*, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen (2006) 44; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR*<sup>2</sup> Rz 3/166; Zum GmbH-Recht insb *Thöni*, *GesRZ* 2008, 346 ff; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler* (Hrsg), *GmbHG* (2014) § 39 Rz 39; *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 142 ff; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, *Gesellschafterpflichten in der Krise* 1, 37; *Linder* in *FAH*, *GmbHG* § 41 Rz 171; aA *Koppensteiner*, Treuwidrige Stimmabgabe und positive Beschlussfeststellung, *GeS* 2012, 488, 491 ff; *Enzinger* in *WK GmbHG* § 39 Rz 46; *Harrer* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), *GmbHG* (2014) §§ 41, 42 Rz 145. Zur deutschen Diskussion, in der ebenfalls die „Nichtigkeitsthese“ vorherrscht *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten (2005) 330 ff mit umfassenden Nachweisen.

<sup>44)</sup> Siehe zu dieser Mechanik in Ö etwa *Thöni*, *GesRZ* 2008, 346, 348 ff.

<sup>45)</sup> Dies kann der Fall sein wegen einer Regelung in der Satzung, die das Zustandekommen eines Beschlusses nicht an die Anzahl der abgegebenen, sondern an die Anzahl der insgesamt vorhandenen Stimmen knüpft (s nur *Koppensteiner*, *GeS* 2012, 488, 493 ff). Ebenso kann es sein, dass der Beschluss vor Zustimmung bestimmter Gesellschafter schwebend unwirksam ist (s dazu wiederum *Koppensteiner* aaO). In diesen Fällen setzt die Erzwingung eines positiven Beschlusses nach hM die Erhebung einer Klage auf Zustimmung voraus (s zB *Koppensteiner* aaO; *U. Torggler*, *Gesellschaftsrecht I – AT und Personengesellschaften* [2013] Rz 283; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*<sup>21</sup> Anh § 47 Rz 192). Da derartige Konstellationen im Aktienrecht zwar denkbar sind, aber praktisch keine erhebliche Rolle spielen, werden sie im Folgenden ausgeklammert.

<sup>46)</sup> Zur GmbH: OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12 t; 10. 4. 2008, 6 Ob 37/08 x; 12. 10. 2006, 6 Ob 139/06 v; 16. 2. 2006, 6 Ob 130/05 v; ebenso *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 41 Rz 31; *Enzinger* in *WK GmbHG* § 41 Rz 47; *Koppensteiner*, *GeS* 2012, 497; offen lassend OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 197/11 f.

ausschließt.<sup>47)</sup> Für diese Auffassung sprechen auch gute Gründe, weil dem Versammlungsleiter ansonsten eine allzu starke Macht- und auch Verantwortungsposition zugewiesen wird.<sup>48)</sup> Er hätte die Aufgabe, jenen Beschlussinhalt festzulegen, der jedenfalls vorläufig verbindlich ist und bei Unterbleiben rechtzeitiger Beschlussanfechtung sogar endgültig verbindlich wird. Diese Rolle wird dem Versammlungsleiter zwar ganz generell und insbesondere auch im Zusammenhang mit der Beurteilung von Stimmverboten zudedacht. Bei diesen besteht aber ein weit geringerer Entscheidungsspielraum als bei der Beurteilung der „beweglichen Schranke“ der Treuepflicht. Die gegen diese Überlegungen vorgebrachten Argumente, wonach ein Missbrauch der Position des Versammlungsleiters typischerweise nicht zu befürchten sei,<sup>49)</sup> lassen außer Acht, dass das Gesetz das Zustandekommen von Beschlüssen an die Erreichung oder eben Nichterreichung des formalen Kriteriums der Beteiligung am stimmberechtigten Kapital in Verbindung mit den dafür nach Gesetz und Satzung vorgesehenen Beschlussquoten knüpft. Wird das notwendige Quorum (unter Beachtung von Stimmverboten als „starrer Schranken“) nicht erreicht, muss die Last der gerichtlichen Initiative bei jenen Personen liegen, die sich mit ihrem Beschlussantrag nicht durchgesetzt haben. Die Parteien müssen akzeptieren, dass die sich aus den Beteiligungsverhältnissen ergebende Verteilung der Macht- und auch Blockadepositionen durch gerichtliche Entscheidung im Einzelfall durchbrochen werden kann. Sie können aber sehr wohl erwarten, dass diese Macht- oder Blockadeverhältnisse mindestens vorläufig, nämlich bis zu einer gegenteiligen gerichtlichen Entscheidung, maßgeblich sind und müssen nicht hinnehmen, dass die bestehenden Machtverhältnisse durch die Entscheidung eines wie auch immer bestellten Versammlungsleiters einfach beiseitegeschoben werden.

Die vorläufige Wirksamkeit der Stimmabgabe ist freilich kein Grund, die positive Beschlussfeststellung in solchen Fällen auszuschließen.<sup>50)</sup> Denn dieses Instrument kommt auch in Betracht, wenn man annimmt, dass das stattgebende Anfechtungsurteil nicht nur den ablehnenden Beschluss, sondern auch die ab-

<sup>47)</sup> OGH 10. 4. 2008, 6 Ob 37/08 x.

<sup>48)</sup> *Koppensteiner*, GeS 2012, 488; *Koppensteiner*, Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, 1325; s auch *Enzinger* in WK GmbHG § 39 Rz 46.

<sup>49)</sup> *Thöni*, GesRZ 2008, 346, 349 f; ähnlich *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 1, 37 Fn 201. *U. Torggler* aaO ist zuzugeben, dass § 195 Abs 2 AktG kein ausschlaggebendes Gewicht zukommt. Die von ihm angestellten Spekulationen, ob sich die von *Koppensteiner* und auch hier vertretene Auffassung nun zugunsten oder zulasten der Mehrheit/Minderheit auswirkt, sind müßig, weil je nach Lage des Falles das eine oder das andere der Fall sein kann. Dass der Versammlungsleiter typischerweise der Mehrheit nahe steht und jedenfalls einem Druck der Mehrheit ausgesetzt ist, in ihrem Sinne zu entscheiden, ist richtig, spricht aber für die hier vertretene Auffassung. Denn eine eindeutige, an formalen Kriterien anknüpfende Rechtslage ist eine weit bessere Prävention als eine große Bandbreite des Vertretbaren. Klare Verhältnisse machen es dem Versammlungsleiter auch weitaus leichter, sich gegen den Einfluss der Mehrheit zu wehren.

<sup>50)</sup> *Koppensteiner*, GeS 2012, 488, 496 f (jedoch nur für Fälle, in denen das Zustandekommen des positiven Beschlusses nicht – aus aktienrechtlicher Sicht ausnahmsweise – von der aktiven Zustimmung opponierender Gesellschafter abhängig ist).

lehnenden Stimmabgaben mit Wirkung ex tunc vernichtet.<sup>51)</sup> Entgegen der diesbezüglich geäußerten Bedenken im Schrifttum<sup>52)</sup> ist dies durchaus nicht ein Ding der dogmatischen Denkmöglichkeit.<sup>53)</sup> Im Gegenteil ist diese Auffassung gerade im GmbH-Recht konsequent, wenn man bedenkt, dass der Beschluss zu seiner Gültigkeit keiner Feststellung durch einen Versammlungsleiter bedarf.<sup>54)</sup> Die vorläufige Wirksamkeit des Beschlusses ist dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit geschuldet; und dieses Bedürfnis lässt sich auch auf die Stimmabgabe übertragen, wenn die Zulässigkeit der Stimmabgabe durch Anwendung einer Generalklausel beurteilt werden muss.<sup>55)</sup>

Insgesamt leidet die Diskussion um die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage bei treuwidriger Ablehnung von Beschlussanträgen an der Verquickung mit der (gleichfalls wichtigen, aber hier nicht entscheidenden) Frage, ob die Stimmabgaben von Anfang an nichtig sind oder erst durch das stattgebende Anfechtungsurteil vernichtet werden. Dass die positive Beschlussfeststellungsklage hier zuzulassen ist, wird jedoch von den Vertretern beider Meinungen – mit wenigen Ausnahmen<sup>56)</sup> – angenommen.<sup>57)</sup>

Im eingangs beschriebenen Fall ging es nun nicht um eine im eigentlichen Sinn treuwidrige Stimmabgabe. Vielmehr waren jene Stimmen, die gegen den Beschlussantrag auf Vollausschüttung abgegeben wurden, aus sonstigen Gründen rechtswidrig, nämlich weil die Satzung die HV nicht zur Gewinnthesaurierung ermächtigte.<sup>58)</sup> Auch in einem solchen Fall kann die Stimmabgabe nach richtiger Ansicht durch Anfechtungsurteil vernichtet werden, was den Weg für eine positive Beschlussfeststellungsklage eröffnet.<sup>59)</sup> Eine Differenzierung danach, ob

<sup>51)</sup> BGH II ZR 87/83, BGHZ 88, 330 f; *Thöni*, Rechtsfolgen 153; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 41 Rz 54.

<sup>52)</sup> *Thöni*, GesRZ 2008, 346, 347; *Linder* in *FAH*, GmbHG § 41 Rz 171.

<sup>53)</sup> Siehe nur *Koppensteiner*, GeS 2012, 488, 496; BGH II ZR 87/83, BGHZ 88, 330 f.

<sup>54)</sup> Die Unsicherheit darüber, was eigentlich beschlossen wurde, ist kein Vorteil (so aber *Thöni*, GesRZ 2008, 346, 348), sondern im Gegenteil ein Nachteil des Konzepts der automatischen Nichtigkeit treuwidrige Stimmabgaben und mit dem rechtssichernden Zweck des § 41 GmbHG nicht zu vereinbaren, *Enzinger* in *WK GmbHG* § 39 Rz 46.

<sup>55)</sup> *Enzinger* in *WK GmbHG* § 39 Rz 46.

<sup>56)</sup> *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG §§ 41, 42 Rz 140 ff.

<sup>57)</sup> *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 39; *Di-regger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 37; *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 47 a Rz 45; *Haider*, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit 44; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR<sup>2</sup> Rz 3/166; *Koppensteiner*, GeS 2012, 488, 496 f; *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein*, Sanierungsinstrumente in der Krise der Kapitalgesellschaft und Treuepflichten der Anteilseigner, in *FS H. Torggler* (2013) 1139, 1146; *Thöni*, GesRZ 2008, 346 ff; offen noch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 41 Rz 54.

<sup>58)</sup> Im entschiedenen Fall war von einem Vollausschüttungsgebot auszugehen, was die Frage der Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage von der hier nicht weiter zu vertiefenden Vorfrage entlastet, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen der Hauptversammlung ein Entscheidungsermessern zusteht, hierzu iZm der Gewinnausschüttung *Schüppen*, Dividende ohne Hauptversammlungsbeschluss? – Zur Durchsetzung des mitgliederschaftlichen Gewinnanspruchs in Pattsituationen, in *FS Röhrich* (2009) 571, 575 ff sowie *Cahn/von Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> (2015) § 58 Rz 92.

<sup>59)</sup> Zur GmbH (im Ergebnis) ebenso *Linder* in *FAH*, GmbHG § 41 Rz 169.

die Stimmabgabe wegen Verstoßes gegen die Treuepflicht oder wegen Verstoßes gegen die Satzung oder das AktG rechtswidrig ist, ist nicht vorzunehmen.

Vor diesem Hintergrund ist nun auf die Überlegungen des OGH zurückzukommen. Der OGH hat die positive Beschlussfeststellungsklage mit der Begründung abgewiesen, dass das Gericht die tatsächlich gefassten Beschlüsse – nämlich Ablehnung des Beschlussantrags des Klägers einerseits und Annahme des von der Mehrheit unterstützen Beschlussantrags andererseits – nicht einfach durch den vom Kläger erwünschten Beschluss ersetzen könne. Das ist richtig und würde zu einem Scheitern der positiven Beschlussfeststellungsklage führen, wenn der Kläger nicht einen eigenen Beschlussantrag gestellt hätte. Die Ablehnung dieses Beschlussantrags war rechtswidrig, weil ohne satzungsmäßige Grundlage in das Recht des Klägers auf den Bilanzgewinn eingegriffen wurde. Die ablehnenden Stimmen sind daher nicht mitzuzählen, was dazu führt, dass der klägerische Beschlussantrag als „in Wahrheit“ angenommen zu behandeln und gerichtlich festzustellen ist. Dass nach Wegfall aller Nein-Stimmen vielleicht nur eine ganz kleine Minderheit den Hauptversammlungsbeschluss zustande bringt, ist hier wie auch im sonstigen Regelfall unerheblich (§ 121 Abs 2).

Dem Argument, dass die Mehrheit ja auch die Satzung hätte ändern können, ist nach den oben gewonnenen Ergebnissen (II.A) nicht beizupflichten. Denn zum einen war eine solche Satzungsänderung nicht in der Tagesordnung angekündigt. Vor allem aber wäre eine Satzungsänderung, mit der ein bereits entstandenes Dividendenrecht der Aktionäre (selbst wenn es mangels Ausschüttungsbeschluss noch nicht zu einem echten Gläubigerrecht geworden ist), nur mit Zustimmung aller betroffenen Aktionäre zulässig.

Schließlich meint der OGH noch, dass eine gegen (sämtliche?) anderen Aktionäre gerichtete Leistungsklage auf positive Stimmabgabe ein den in ihrem Gewinnanspruch beeinträchtigten Aktionären zumutbarer Weg sei. Damit weist der Gerichtshof auf die insbesondere im GmbH-Recht und hier wieder insbesondere in Fällen, in denen die bloße Kassation der rechtswidrigen Stimmen für ein Zustandekommen des Beschlusses nicht ausreicht, bestehende Alternative hin, wie sie insbesondere in § 16 Abs 2 S 3 GmbHG vorgezeichnet ist.

Meines Erachtens passt dieser Weg nicht mit dem aktienrechtlich-körperschaftlichen Konzept des Rechtsstreits über verbandsrechtliche Grundlagen zusammen. § 197 Abs 2 weist der Gesellschaft die Rolle als beklagte Partei zu. Die Regelung ist Ausdruck des Grundsatzes der prozessualen Repräsentation.<sup>60)</sup> Rechtsstreitigkeiten über verbandsrechtliche Grundlagen werden nicht unter den Aktionären, sondern im Verhältnis Gesellschaft-Aktionär ausgetragen,<sup>61)</sup> obwohl es der Sache nach idR um einen Konflikt zwischen den Aktionären geht.<sup>62)</sup> Dog-

<sup>60)</sup> *Kalss/Eckert*, Zivilprozessrechtliche und schiedsrechtliche Fragen um die Übertragung von GmbH-Anteilen, RdW 2007, 133 ff; *Schwab*, Prozessrecht 268 ff; s auch *K. Schmidt*, Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften (1992) 38 f; *Oberhammer*, Die Offene Handelsgesellschaft im Zivilprozess (1998) 59 ff.

<sup>61)</sup> *K. Schmidt*, Mehrseitige Gestaltungsprozesse 38 f; ausführlich *Schwab*, Prozessrecht 294 ff.

<sup>62)</sup> *Hueck*, Die Vertretung von Kapitalgesellschaften im Prozess, in FS Böttcher (1969) 197, 203; *Joost*, Die Parteirolle der personalistischen GmbH und ihrer Gesellschaf-

matisch ist das Repräsentationsprinzip eng mit der körperschaftlichen Struktur der AG verbunden.<sup>63)</sup> Rechtspraktisch ist die Prozessführung durch die Gesellschaft an Stelle (aller)<sup>64)</sup> Aktionäre ein Gebot der Zweckmäßigkeit.<sup>65)</sup>

Letzteres fällt besonders ins Gewicht, wenn ohnedies schon ein Rechtsstreit gegen die Gesellschaft geführt werden muss, da die Leistungsklage auf Zustimmung die vorherige Beseitigung des den Beschlussantrag ablehnenden Beschlusses voraussetzt. Um aus der mittels Leistungsklage erzwungenen Zustimmung den vom Kläger gewünschten Beschluss zu machen, sind weitere Schritte erforderlich; denkbar sind entweder die (Erzwingung der) Abhaltung der Hauptversammlung nach der für die Durchsetzung von syndikatsvertraglichen Stimpfpflichten entwickelten Mechanik<sup>66)</sup> oder eine weitere Feststellungsklage.<sup>67)</sup> Diese müsste unter analoger Anwendung der § 197 Abs 1, 2, 5 und § 198 gegen die Gesellschaft gerichtet oder unter Beteiligung aller Aktionäre geführt werden. Die Vertiefung von Einzelheiten würde den hier gegebenen Rahmen sprengen, man ahnt jedoch, dass dieser Weg der Durchsetzung des Gewinnanspruchs kompliziert und mit vielen Schwierigkeiten und ungelösten Rechtsfragen belastet ist.<sup>68)</sup> Es liegt auch nichts zu Tage, was diesen mühsamen Weg der Rechtsdurchsetzung erzwingen würde. Insbesondere die Notwendigkeit, den opponierenden Aktionären rechtliches Gehör zu gewähren, hindert die positive Beschlussfeststellungsklage hier wie auch sonst nicht,<sup>69)</sup> sondern wird durch die analoge Anwendung des § 198 Abs 5 und die Möglichkeit zur streitgenössischen Nebenintervention gewährleistet.

Nach alledem vermögen die Gründe, die den OGH in 6 Ob 169/16 w zur Abweisung des Klagebegehrens veranlassten, nicht zu überzeugen. Vielmehr kommt die positive Beschlussfeststellungsklage in derartigen Fällen sehr wohl in Betracht. Den Einzelfall hat der OGH dennoch richtig entschieden, wie sogleich darzulegen ist.

---

ter bei gesellschaftsinternen Klagen, ZGR 1984, 71, 77 ff.

<sup>63)</sup> K. Schmidt, Mehrseitige Gestaltungsprozesse 39, 62 f; s etwa auch OGH 7. 4. 1976, 1 Ob 539/76; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 42 Rz 1.

<sup>64)</sup> Siehe zur grundsätzlichen Notwendigkeit der Beteiligung aller Gesellschafter, soweit keine Rechtskrafterstreckung vorgesehen ist, Kalss/Eckert, RdW 2007, 133, 134 f.

<sup>65)</sup> Joost, ZGR 1984, 71, 93 f. Siehe zu den Nachteilen etwa Kalss, Anlegerinteressen: Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001) 355.

<sup>66)</sup> Siehe nur Tichy, Syndikatsverträge (2000) 184 ff, 187; Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 121 Rz 77 ff; iZm § 16 Abs 3 GmbHG Eckert, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (2002) 127 ff.

<sup>67)</sup> So Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG §§ 41, 42 Rz 147.

<sup>68)</sup> Vgl wiederum nur Eckert, Abberufung 127 ff.

<sup>69)</sup> Es wäre auch schwer verständlich, warum das rechtliche Gehör der Durchsetzung eines Stimmverbots qua Beschlussfeststellungsklage entgegenstehen soll, der Durchsetzung von qua Treuepflicht oder aus sonstigem Grund bestehenden Enthaltungspflichten aber nicht.

#### IV. Zur Anfechtungslegitimation

Der OGH hat in der eingangs zitierten Entscheidung die Anfechtungslegitimation des Klägers ungeachtet des Umstands bejaht, dass dieser nur zu 0,00009 % am Grundkapital beteiligt war und es für ihn nur um einen Ausschüttungsbetrag von etwas mehr als 7 Euro ging. Ausführlich und zutreffend begründet der OGH seine Auffassung, dass kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Nicht erörtert hingegen hat der OGH die Anwendung des § 196 Abs 2 als jener Bestimmung, die einem Missverhältnis zwischen den ökonomischen Interessen des Anfechtungsklägers einerseits und jenen der Gesellschaft und dem Prozessaufwand andererseits Rechnung trägt.

§ 196 Abs 2 statuiert mit der darin vorgesehenen 5 %-Beteiligungsschwelle ein besonderes Zulässigkeitsanfordernis für den Fall, dass eine Anfechtung „darauf gestützt wird, dass durch den Beschluss Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen oder Rückstellungen über das nach Gesetz oder Satzung statthafte Maß hinaus“ vorgenommen werden. Die Bestimmung schützt damit unter anderem rechtswidrige, aber von mehr als 95 % des anwesenden und stimmberechtigten Kapitals gestützte Thesaurierungsentscheidungen.

Die Bestimmung ist auf Beschlüsse anwendbar, in denen die Hauptversammlung den Jahresabschluss feststellt, dh vor allem in den Fällen gemäß § 104 Abs 3. Fraglich ist, ob sich der Anwendungsbereich der Bestimmung auch auf Gewinnverwendungsbeschlüsse nach § 104 Abs 4 erstreckt.<sup>70)</sup> Der Gesetzeswortlaut differenziert nicht nach dem Beschlussgegenstand, spricht aber nur von Rücklagen, die grundsätzlich durch die Bilanzfeststellung dotiert werden, jedoch nicht von Gewinnvorträgen. Allerdings ist anerkannt, dass die Hauptversammlung im Rahmen der Gewinnverwendung auch Rücklagen dotieren kann (arg § 104 Abs 4 S 3).<sup>71)</sup> Tut sie dies ohne satzungsmäßige Ermächtigung, ist der Gewinnverwendungsbeschluss anfechtbar.<sup>72)</sup> Für diese Anfechtung gilt dann die Beschränkung nach § 196 Abs 2.<sup>73)</sup> Die Differenzierung danach, ob die HV unzulässig Gewinn thesauriert oder ebenso unzulässig Rücklagen bildet, ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Dem ist meines Erachtens dadurch Rechnung zu tragen, dass die Norm analog auf den gleich liegenden Fall der Gewinnverwendung angewendet wird.<sup>74)</sup>

<sup>70)</sup> So *Schlegelberger/Quassowski*, AktG<sup>3</sup> (1939) § 198 Rz 12; aA (jeweils ohne Begründung) *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 196 Rz 60; *S. Bydlinski/Potyka* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 104 Rz 21.

<sup>71)</sup> *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 104 Rz 42, 43; s schon BGH II ZR 208/55, NJW 1957, 588.

<sup>72)</sup> Siehe neben der E OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16w noch OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h; BGH 24. 1. 1957, NJW 1957, 588.

<sup>73)</sup> *Schilling* in *GroßKomm AktG<sup>2</sup>* § 198 Rz 14; aA offensichtlich die hM, s die Nw in Fn 70.

<sup>74)</sup> So schon *Schlegelberger/Quassowski*, AktG<sup>3</sup> § 198 Rz 12.

## V. Ausgewähltes zur Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen

### A. Allgemein zur Abgrenzung

Ein Beschluss der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden (§ 195 Abs 1). Das Recht, Anfechtungsklage zu erheben, steht nur den in § 196 genannten Personen zu, ist fristgebunden – 1 Monat ab HV – und setzt idR einen Widerspruch zu Protokoll voraus.<sup>75)</sup> Soweit der Beschluss durch Urteil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urteil für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, auch wenn sie nicht Partei sind (§ 198). Folglich ist auch ein gesetzes- oder satzungswidriger Beschluss gültig und bleibt es auch, wenn und solange er nicht erfolgreich angefochten wurde. Ihre Rechtfertigung findet diese vom Recht der Personengesellschaft abweichende Regelung in der Idealstruktur der AG – die Anfechtungsbedürftigkeit ist historisch eine aktienrechtliche Institution. Die Aktiengesellschaft besteht aus vielen, wechselnden Mitgliedern. Die Beschlüsse der Hauptversammlung werden zum Firmenbuch eingereicht. Es wäre, um mit *Alfred Hueck* zu sprechen, verwirrend und verhängnisvoll, wenn die Gültigkeit von HV-Beschlüssen auch noch nach Jahren wegen noch so kleiner Mängel in Frage gestellt werden könnte.<sup>76)</sup> Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass die Beschlüsse der HV regelmäßig Grundlage wirtschaftlicher Dispositionen von erheblicher Tragweite sind – man denke nur an eine Gewinnausschüttung, eine Kapitalerhöhung, den Beschluss zu Genehmigung des Erwerbs eigener Aktien, usw.

Seit es diese Regelung gibt, haben Rechtsprechung und Judikatur die Frage zu behandeln gehabt, ob sie denn ausnahmslos gilt. Sie gilt *nicht* ausnahmslos; vielmehr bestimmt der im Jahr 1937 geschaffene § 199 Fälle, in denen ein Beschluss nicht bloß anfechtbar sondern nichtig ist – mit der Konsequenz, dass die Geltendmachung der Beschlussmängel nicht von der fristgerechten Erhebung einer Anfechtungsklage abhängig, sondern jedermann und zu jeder Zeit möglich ist. Während anfechtbare Beschlüsse wirksam, aber durch rechtsgestaltendes Anfechtungsurteil vernichtbar sind (§ 198 Abs 1), entfalten nichtige und unwirksame Beschlüsse sowie auch Scheinbeschlüsse keine vorläufige Wirksamkeit. Der Beschlussmangel kann daher mit Feststellungsklage und auch einredeweise (s zur Nichtigkeit § 202 Abs 1) geltend gemacht werden.

<sup>75)</sup> Diese Begrenzungen der Anfechtungsklage gehen auf die Aktienrechtsnovelle 1884 zurück, mit der bezweckt wurde, die „Anfechtungsmöglichkeit in einer dem allgemeinen Interesse entsprechenden Weise zu begrenzen.“ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 7. März 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht (1985) 467.

<sup>76)</sup> *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 24; s auch Begründung zur Aktienrechtsnovelle 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre 467: Die dauernde Unsicherheit über die Bestandskraft eines Beschlusses führe „notwendig zu einer Abschwächung der Verwaltung“ und könne sogar „zu einem Stillstand in derselben und einer völligen Zersetzung der Organisation“ führen.

§ 199 unterscheidet schwere Einberufungsmängel, Beurkundungsmängel, wesentliche Inhaltsmängel (nämlich Unvereinbarkeit mit dem „Wesen“ der AG und qualifizierte Gesetzwidrigkeit – nämlich Verletzung von Vorschriften, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind) sowie inhaltlichen Verstoß gegen die guten Sitten.

### **B. Einberufungsmängel (§ 199 Abs 1 Z 1) und die E 10 Ob 32/00 d**

§ 199 Abs 1 Z 1 ist das Ergebnis einer Abwägung des Interesses der Aktionäre an der Wahrung ihres Teilnahmerechts gegen das von §§ 195 ff geschützte Interesse an Rechtssicherheit.<sup>77)</sup> Die Abwägungsentscheidung ist sehr am Bedürfnis nach Rechtssicherheit orientiert. Hindert ein Einberufungsmangel einen sorgfältigen Aktionär nicht daran, noch vor Beginn der Anfechtungsfrist gemäß § 197 Abs 2 wenigstens von der Möglichkeit der Fassung *irgendeines* Hauptversammlungsbeschlusses Kenntnis zu erlangen, ist ein Beschluss nur anfechtbar. Daher wird den Aktionären das Anfechtungserfordernis bereits dann zugemutet, wenn die Einberufung nur den in § 199 Abs 1 Z 1 genannten sehr rudimentären Erfordernissen genügt, nämlich Einberufung der Hauptversammlung unter Angabe der Firma der Gesellschaft und des Tages, der Beginnzeit und des Ort der Hauptversammlung von einem nach § 105 Abs 1 zur Einberufung befugten Organ über die in § 107 Abs 2 geregelten Medien. Wird diesen Erfordernissen Rechnung getragen, sind die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse nicht nichtig nach § 199 Abs 1 Z 1; dies etwa auch dann, wenn keine Tagesordnung angegeben wird, Beschlüsse außerhalb der Tagesordnung gefasst werden, die Einberufungsfrist nach § 107 Abs 1 nicht eingehalten wurde usw. Die Regelung wird dadurch abgemildert, dass bei mangelhafter Einberufung oder Ankündigung jeder Aktionär ohne Widerspruchserfordernis zur Anfechtung befugt ist (§ 196 Abs 1 Z 2 lit b und c) und die erfolgreiche Anfechtungsklage auch nur eines Aktionärs den Beschluss mit Wirkung für und gegen alle beseitigt (§ 198).

Nach § 105 Abs 1 S 2 wird die Hauptversammlung durch den Vorstand oder andere nach Gesetz oder Satzung zur Einberufung befugte Personen einberufen. Vorstandsmitglieder, die wenn auch zu Unrecht, im Firmenbuch eingetragen sind, gelten nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als befugt. Bei mehrgliedrigen Vorständen ist nach Auffassung des OGH ein Vorstandsbeschluss erforderlich.<sup>78)</sup> Wiederum ist es wegen § 105 Abs 1 zweiter Satz unschädlich, wenn unwirksam bestellte oder nicht mehr im Amt befindliche, aber im Firmenbuch eingetragene Vorstandsmitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen; dies selbst dann, wenn es kein einziges wirksam bestelltes Vorstandsmitglied

<sup>77)</sup> Siehe Amtliche Begründung AktG 1937/38 vor § 195, abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 843 f.

<sup>78)</sup> OGH 19. 12. 2000, 10 Ob 32/00 d; ebenso hM: *Harrer*, Fehlerhafte Willensbildung im Aktienrecht, wbl 2000, 60; *Zib*, Die gestohlene AG, Einberufungsmängel und Beschlussnichtigkeit im Aktienrecht, in FS Koppensteiner (2001) 277, 286; *Schuhmacher*, Anmerkung zu OLG Wien vom 2. 6. 1998, 2 R 128/97 a, wbl 1999, 423.

gibt.<sup>79)</sup> Nach anderer Meinung ist nicht auf die Beschlussfassung,<sup>80)</sup> sondern auf die Vertretungsbefugnis abzustellen.<sup>81)</sup> Der OGH hat sich diese zuletzt genannte Meinung nicht zu Eigen gemacht, wie der folgende, vom OGH zu 10 Ob 32/00 d. unterschiedene Fall zeigt:

Der Vorstand der X-AG bestand laut Firmenbuch aus Herrn EK, dessen Funktionsperiode bereits abgelaufen war. Der Aufsichtsrat, dessen Funktionsperiode ebenfalls bereits ausgelaufen war, bestellte Herrn D zum weiteren einzelvertretungsberechtigten Mitglied des Vorstands. Nach Ende der Funktionsperiode des D blieb auch dieser im FB eingetragen.

In einer von D ohne Rücksprache mit EK viele Jahre später einberufenen HV wird der AR neu bestellt; EK, der gleichzeitig auch Aktionär war, nahm nicht daran teil. Der neue AR bestellte ein weiteres Vorstandsmitglied, nämlich Herrn E.

In einer weiteren, von D und E einberufenen HV wurde – Herr EK war zum Zeitpunkt der Einberufung noch im FB eingetragen, Herr E noch nicht – das Kapital der Gesellschaft um etwas mehr als 100 % unter Ausschluss des Bezugsrechts der bestehenden Aktionäre erhöht. Herr EK nahm wieder nicht teil.

Die Berufungsinstanz des OLG Wien berief sich auf die hM, wonach die Einberufung der Hauptversammlung, sofern in der Satzung nichts Gegenteiliges geregelt werde, bei einem mehrgliedrigen Vorstand einen Vorstandsbeschluss erfordere. Dies gelte auch dann, wenn die einzelnen Vorstandsmitglieder einzelvertretungsbefugt seien und wenn – wie hier – ihre Funktionsperiode seit Jahren abgelaufen sei. Die Einberufung der Hauptversammlung durch den Vorstand sei nämlich ein sich von der rechtsgeschäftlichen Vertretungshandlung abhebender körperschaftlicher Akt, der das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis betreffe. Folglich seien nur die in der dritten HV gefassten Beschlüsse nicht nichtig, da sie von sämtlichen im FB eingetragenen Vorstandsmitgliedern ausgegangen sei.

Der OGH übernahm diese Entscheidung zunächst mit der Begründung, dass das Gesetz „vom Vorstand“ spreche und die Einberufung kein Vertretungsakt sei. Dass im gegebenen Fall kein einziges Vorstandsmitglied wirksam bestellt worden war, tue nichts zur Sache – dann müsste die Einberufung eben von einem Beschluss des Gesamt-Scheinvorstands getragen sein. Die Nichtigkeit nach § 199 Abs 1 Z 1 sei daher gegeben.

Der Sache nach wendet der OGH die Lehre vom faktischen Vorstandsverhältnis, wonach eine fehlerhafte Bestellung (auch) im Innenverhältnis nicht mit rückwirkender Kraft geltend gemacht werden kann, wenn das Vorstandsmitglied

<sup>79)</sup> OGH 19. 12. 2000, 10 Ob 32/00 d.

<sup>80)</sup> Jedenfalls sollte es nicht auf die Wirksamkeit der Beschlussfassung ankommen, s hM zum d. Recht, wonach auch Einberufungen auf Grundlage nichtiger Vorstandsbeschlüsse nicht von § 199 Abs 1 Z 1 erfasst werden: *Hüffer/Koch*, AktG<sup>12</sup> § 241 Rz 10; *Hüffer/Schäfer* in *MüKo AktG*<sup>4</sup> § 241 Rz 28 mwN.

<sup>81)</sup> *Krejci*, Zur Einberufung der Hauptversammlung durch den Vorstand (§ 105 Abs 1 AktG), *GesRZ* 1999, 74, 84; *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 33; s auch *RG* Nr. 198/96 VI, *JW* 1897, 12 (Einberufung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden).

die Bestellung angenommen und das Amt ausgeübt hat,<sup>82)</sup> auch auf Personen an, deren Funktionsperiode als Vorstandsmitglieder abgelaufen ist und die dennoch weiter im Firmenbuch eingetragen bleiben und ihr Amt ausüben. Im Ergebnis ist die Auffassung des OGH aber mit dem auf Rechtssicherheit gerichteten Zweck des § 199 Abs 1 Z 1 nicht vereinbar. Ob nämlich und unter Beteiligung welcher Personen ein Vorstandsbeschluss gefasst wurde und auch nicht gefasst wurde, ist für Außenstehende nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, wenn man sowohl die Mitwirkung der *nicht mehr* dem Vorstand angehörig, aber noch nicht aus dem Firmenbuch gelöschten Personen als auch der bereits dem Vorstand angehörig, aber noch nicht im Firmenbuch eingetragenen Personen verlangt, wie dies der OGH tut. Daher ist jener, vom OGH explizit abgelehnten Meinung der Vorzug zu geben, die nicht auf die Beschlussfassung,<sup>83)</sup> sondern auf die Vertretungsbefugnis abstellt.<sup>84)</sup> Das Handeln in vertretungsbefugter Anzahl ist im Gegensatz zum Vorhandensein eines Vorstandsbeschlusses für Außenstehende feststellbar und infolge der dauerhaften Publizität der Vertretungsverhältnisse im Firmenbuch auch im Nachhinein dokumentiert. Kraft § 105 Abs 1 S 2 ist der Einwand, dass im Firmenbuch eingetragene Vorstandsmitglieder gehören diesem nicht an, abgeschnitten.

Der die Entscheidung eigentlich tragende Grund dürfte auch weniger in der hinterfragungswürdigen Unterscheidung Vertretungsakt/körperschaftsrechtlicher Akt im Innenverhältnis liegen; vielmehr dürfte den Umständen des Einzelfalls eine wesentliche Rolle zugekommen sein. Der OGH meint nämlich in wörtlicher Anlehnung an *Zib*,<sup>85)</sup> dass bei Verneinung der Nichtigkeit „die Hauptversammlung an einer Aktionärsgruppe vorbeigesteuert werden [könnte], wozu es nur des Überstehens der einmonatigen Anfechtungsfrist ab Beschlussfassung (§ 197 Abs 2) bedürfte“. Es sei nämlich möglich, so *Zib* in dem vom OGH zitierten Beitrag, dass die einzelnen Vorstandsmitglieder den Interessen unterschiedlicher Aktionärsgruppen verbunden seien. Der Zweck des seiner Ansicht nach notwendigen Vorstandsbeschlusses sei es, Alleingänge bei der Einberufung zu vermeiden.<sup>86)</sup>

Dieser Gedankengang ist auf den ersten Blick unplausibel, weil Konstellationen, in denen verschiedene (einander misstrauende) Aktionärsgruppen im Vorstand „vertreten“ sind, wohl kaum von einer Einzelvertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder gekennzeichnet sein werden.

<sup>82)</sup> Ausf *U. Torggler*, Das fehlerhafte Vorstandsmandat, insb bei rückwirkendem Entfall, in FS Reich-Rohrwig (2014), 239, 248 ff mwN; zustimmend *Frotz*, Zur fehlerhaften Organbesetzung, GesRZ 2016, 91, 93.

<sup>83)</sup> Jedenfalls sollte es nicht auf die Wirksamkeit der Beschlussfassung ankommen, s hM zum d Recht, wonach auch Einberufungen auf Grundlage nichtiger Vorstandsbeschlüsse nicht von § 199 Abs 1 Z 1 erfasst werden: *Hüffer/Koch*, AktG<sup>12</sup> § 241 Rz 10; *Hüffer/Schäfer* in MüKo AktG<sup>4</sup> § 241 Rz 28 mwN.

<sup>84)</sup> *Krejci*, GesRZ 1999, 74, 84; *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 33; s auch RG Nr. 198/96 VI, JW 1897, 12 (Einberufung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden).

<sup>85)</sup> Entscheidungsanmerkung OLG Wien 2. 6. 1998, 2 R 128/97 a, ecolx 1999, 552, 554.

<sup>86)</sup> *Zib*, ecolx 1999, 552, 554.

Vor allem sollte eine solche Überlegung für § 199 Abs 1 Z 1 keine Rolle spielen. Dass (alle) Aktionäre von der Abhaltung einer Hauptversammlung erfahren, stellt das Gesetz nicht durch den Schutz informeller Kanäle sicher, die einzelne Aktionärsgruppen in den Vorstand haben, sondern dadurch, dass die Einberufung gemäß § 107 Abs 2 veröffentlicht wird. Das Unterbleiben der Veröffentlichung ist mit Nichtigkeit sanktioniert. Eine Hauptversammlung kann also *nicht* an „einer Aktionärsgruppe vorbeigesteuert“ werden, wenn diese auf die Veröffentlichungen der Gesellschaft nach § 18 achtet. Der Schutz des Vertrauens auf andere Informationsmöglichkeiten, wie etwa das Unterbleiben einer Sondermitteilung gemäß § 104 Abs 5,<sup>87)</sup> ist gerade nicht mit Nichtigkeit sanktioniert. Dass das Übergehen des (ehemaligen) Vorstandskollegen EK möglicherweise oder offensichtlich den Zweck hatte, ihn als Aktionär auszubooten, mag sein oder auch nicht sein – für die Nichtigkeit spielt dies keine Rolle (und zwar auch nicht für die Nichtigkeit nach § 199 Abs 1 Z 4).<sup>88)</sup>

### C. Gesetzswidrige Satzungsänderungen und das Wesen der Aktiengesellschaft

§ 199 Abs 1 Z 3 erklärt Hauptversammlungsbeschlüsse und damit auch Satzungsänderungen nur dann für nichtig, wenn sie mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar sind oder durch ihren Inhalt Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind.

Was ist das Wesen der Aktiengesellschaft? – so ist man angesichts der Formulierung des § 199 Abs 1 Z 3 versucht zu fragen. Man denkt „*an etwas Grundlegendes und Unwandelbares, an das Substantielle im Gegensatz zum Akzidentiellen, an das was eine Sache zu der macht, die sie ist, an den ruhenden Pol in der Erscheinungen Flucht*“.<sup>89)</sup>

Dementsprechend meint der OGH, das Wesen der Aktiengesellschaft sei geprägt durch ihre Eigenpersönlichkeit als juristische Person, die darauf beruhende Trennung der Rechtssphäre der Aktiengesellschaft von jener ihrer Mitglieder, das Grundkapital und seine Zerlegung in Aktien, die fehlende Haftung der Aktionäre, die Struktur der Organe als Folge von Aufbau und Organisation, die Dividendenausschüttung nur aus Reingewinnen und andere im wesentlichen gleichgewichtige Kriterien.<sup>90)</sup>

<sup>87)</sup> Dh die Möglichkeit jedes Aktionärs, zu verlangen, von der Einberufung der Hauptversammlung persönlich verständigt zu werden.

<sup>88)</sup> OGH 27. 4. 2015, 6 Ob 90/14 z, wonach die hinter einem Beschluss stehenden Motive für die Frage der Sittenwidrigkeit nach § 199 Abs 1 Z 4 irrelevant sind; teilweise aA etwa *Dirgger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 199 Rz 51; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 199 Rz 11; *Zib* in *FS Koppensteiner* 277, 287. Für die Diskussion zum d Recht vgl nur *Noack/Zetzsche* in *KölnKomm AktG*<sup>3</sup> § 241 Rz 147 ff; rechtspolitisch kritisch *Zöllner*, *Schranken* 291 f.

<sup>89)</sup> *Huber*, Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr 3 AktG, in *FS Coing* (1982) 167, 185.

<sup>90)</sup> OGH 29. 8. 1995, 1 Ob 586/94.

Zum Wesen der Aktiengesellschaft, ihrer Organstruktur und der damit im Zusammenhang stehenden Organzuständigkeiten gehöre es demnach insbesondere auch, dass der Vorstand von jeder Kompetenz zur Entscheidung über die der Hauptversammlung allein vorbehaltenen Gestaltung der Aktionäre ausgeschlossen ist. Die Bindung des Dividendenvorzugs an eine auflösende Bedingung, deren Eintritt weitestgehend vom Willen des Vorstands abhängig ist, müsse deshalb als Nichtigkeit begründender Rechtsverstoß beurteilt werden.<sup>91)</sup>

Wie *Huber* anschaulich nachgezeichnet hat,<sup>92)</sup> ist mit dem Wesen der Aktiengesellschaft aber nicht nur das Essentielle, Prägende usw gemeint. Die Formulierung ist die gesetzliche Festschreibung jener Ausdrucksweise, die das Reichsgericht zum Aktienrecht des ADHGB und des HGB als Ausdruck für „ungeschriebene Grenzen der Satzungsautonomie“ gefunden hat. Die unterschiedenen Fälle betrafen die Übertragung der Leitung der AG auf ein von einer ausländischen Regierung zu bestellendes und abzubrufendes Direktorium, das auch deren Weisungen unterlag,<sup>93)</sup> Verkürzung von Verjährungsfristen,<sup>94)</sup> Nebenleistungspflichten,<sup>95)</sup> Möglichkeit des Ausschlusses eines Aktionärs, wenn dieser einer bestimmten Berufsvereinigung nicht mehr angehört,<sup>96)</sup> Schaffung der Möglichkeit von Aktien ohne Einlagepflicht,<sup>97)</sup> Begründung der ausschließlichen Kompetenz des Aufsichtsrats, den Vorstand abzubrufen.<sup>98)</sup> Nicht alle Fälle, in denen das Reichsgericht eine Unvereinbarkeit mit dem Wesen der AG konstatierte, betrafen wirklich strukturprägende Fragen, wie an den Entscheidungen RGZ 21, 148 und RGZ 49, 77 erkennbar wird. Dass das Reichsgericht die etwas dick aufgetragene Formulierung des „Wesens“ bemühte, ist darauf zurückzuführen

<sup>91)</sup> OGH 29. 8. 1995, 1 Ob 586/94.

<sup>92)</sup> *Huber* in FS Coing 167, 167 ff.

<sup>93)</sup> RG Rep I 872/80, RGZ 3, 123, 132. Die Entscheidung erging zum Aktienrecht des ADHGB, das sich in der Verteilung des Machtgleichgewichts zwischen den Organen erheblich von der heutigen Organisationsstruktur unterscheidet. Insbesondere war die Erteilung von Weisungen an den Vorstand durch die HV nicht ausgeschlossen und konnte der Vorstand jederzeit abberufen werden (s dazu etwa *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 99f). Vor diesem Hintergrund führt das RG aus, dass der Vorstand „Werkzeug sein [muss], durch welches die Aktiengesellschaft ihren Willen zum Vollzug bringt“. Da der Vorstand durch die vorliegende Satzungsänderung vom Willen der Aktionäre völlig unabhängig sei, besitze die AG keinen Vorstand und damit kein Organ zur Beschlussausführung. Damit entbehre die Gesellschaft „der zur *Wesenheit der Aktiengesellschaft* erforderlichen Organisation. In der in Fn 97 zitierten E musste daher die Frage beantwortet werden, ob die Begründung der ausschließlichen Kompetenz des Aufsichtsrats, den Vorstand zu bestellen, mit dem Wesen der AG vereinbar war.

<sup>94)</sup> RG Rep II 133/81, RGZ 7, 32, 33 (mit dem Wesen der AG vereinbar).

<sup>95)</sup> RG Rep III 153/86, RGZ 17, 5, 13 (Verpflichtung durch das Gründungsstatut zur Lieferung von 500 Zentner Rüben mit dem Wesen der AG vereinbar); RG Rep I 163/88, RGZ 21, 148, 159 (Verschlechterung einer bereits im Gründungsstatut vorgesehenen Rübenlieferungspflicht durch Statutenänderung selbst bei Zustimmung der betroffenen Aktionäre mit dem Wesen der AG nicht vereinbar).

<sup>96)</sup> RG Rep I 142/01, RGZ 49, 77, 79 (Unvereinbarkeit mit dem Wesen).

<sup>97)</sup> RG II 36/22, RGZ 107, 161, 168 (Unvereinbarkeit mit dem Wesen).

<sup>98)</sup> RG II 466/26, RGZ 117, 203, 209 (Vereinbarkeit mit dem Wesen), s zum Hintergrund Fn 92.

ren, dass es jeweils nicht um Verstöße gegen ausdrücklich im ADHGB oder HGB formulierte Normen, sondern um die Unvereinbarkeit mit aus den gesetzlichen Regelungen zu erschließenden Prinzipien ging.<sup>99)</sup>

Aus alledem folgt, dass die Auslegung des § 199 Abs 1 Z 3 von der Unterscheidung zwischen zwingend-strukturprägendem Aktienrecht und nur-zwingendem Aktienrecht entlastet werden kann. Jede *Satzungsänderung*, die durch ihren Inhalt gegen zwingendes Aktienrecht verstößt, ist mit dem „Wesen der AG“ unvereinbar. Damit wird ein Gleichklang mit § 4 Abs 2 GmbHG hergestellt. Hingegen sind Überschreitungen der (gesetzlichen)<sup>100)</sup> Beschlusskompetenz<sup>101)</sup> mE nicht unter diesen Tatbestand zu subsumieren, sondern als unwirksame Beschlüsse einzuordnen.

---

<sup>99)</sup> So *Huber* in FS Coing 167, 184, 186.

<sup>100)</sup> Wird hingegen bloß eine Beschlusskompetenz in Anspruch genommen, die der Hauptversammlung durch die Satzung wirksam eingeräumt werden könnte, liegt bloße Anfechtbarkeit vor, s oben II.3

<sup>101)</sup> Siehe nur *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 199 Rz 38.