

TREUEPFLICHTEN IN DER GMBH AM BEISPIEL DES ENTSENDUNGSRECHTS FÜR DEN AUFSICHTSRAT

Am 18.02.2021 veröffentlichte der OGH seine Entscheidung zu 6 Ob 155/20t und bekräftigte damit seine Auffassung, dass die gesellschaftliche Treuepflicht umso intensiver wird, je personalistischer die Gesellschaft aufgebaut ist.

1. Ausgangslage und Sachverhalt

Spar und die deutsche DM-Gruppe haben sich vor fast 40 Jahren mit dem Ziel, den österreichischen Drogerie-Markt zu reformieren, zusammengeschlossen. Sie gründeten eine GmbH, wobei DM mit 68 %, sohin der Mehrheit, und Spar mit 32 %, also der Minderheit, als Gesellschafterinnen beteiligt waren.

Im Gesellschaftsvertrag dieser neu gegründeten GmbH war vereinbart, dass **Spar** als Minderheitsgesellschafterin das jeweils **höchstpersönliche Entsendungsrecht** für **ein** und **DM** als Mehrheitsgesellschafterin **das Entsendungsrecht für zwei AR-Mitglieder** zustehen sollte. Die auf Basis der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag auf **unbestimmte Zeit** entsandten AR-Mitglieder wurden im Firmenbuch eingetragen.

Irrtümlicherweise gingen jedoch beide Gesellschafterinnen davon aus, dass die **Entsendung** jeweils auf vier Jahre **befristet** sei, wodurch die AR-Mitglieder demgemäß alle vier Jahre einvernehmlich neu entsandt wurden.

Im Jahre 2004 wurde im Zuge einer konzerninternen Umstrukturierung zuerst im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und dann im Wege der Einzelrechtsnachfolge **Spar** als Gesellschafterin gegen eine andere Konzerngesellschaft **ausgetauscht**. Eine Zustimmung von DM war dazu nicht notwendig.

Wegen einer Uneinigkeit über die Einführung eines Kundenbindungsprogrammes im Jahre 2017 kam es zu Ungereimtheiten zwischen den Gesellschafterinnen, woraus eine Klage von DM gegen Spar resultierte.

DM brachte vor, dass das **Entsendungsrecht** für Spar **untergegangen** sei, zumal dieses im Zuge der Umstrukturierung des Konzerns im Jahre 2004 nicht auf die neue Spar-Gesellschaft übergegangen sei, weil diese lediglich im Wege einer Einzelrechtsnachfolge (Einbringungsvertrag) Gesellschafterin geworden sei. Daher sei nach Wegfall der Entsendeberechtigung die **Abberufung** des von Spar entsandten AR-Mitglieds **mit einfacher Mehrheit möglich**.

Spar wehrte sich gegen die Abberufung, indem der **Einwand des Missbrauches** und der **Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten** erhoben wurde. Selbst wenn das Entsendungsrecht bereits 2004 erloschen sei, so sei durch die danach erfolgte jahrelange Übung, die Entsendung durch die Spar-Gesellschafterin

einvernehmlich zu akzeptieren, ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der die Abberufung als Missbrauch bzw. Treupflichtverletzung qualifiziere.

Dieser Auffassung folgte der OGH, wobei er auch zu anderen interessanten gesellschaftsrechtlichen Fragen in seiner Entscheidung Stellung nahm.

2. Dazu im Einzelnen

2.1. Entsendungsrechte

Das Gesetz unterscheidet zwei Arten von Entsendungsrechten:

- ein **höchstpersönliches**, welches mit im Gesellschaftsvertrag namentlich genannten Gesellschaftern verbunden ist und
- eines, welches dem Inhaber von bestimmten Geschäftsanteilen zusteht.

Höchstpersönliche Entsendungsrechte gehen nicht auf Einzelrechtsnachfolger – und zwar auch nicht bei einer Einzelrechtsnachfolge innerhalb eines Konzerns – **über**. Ob bei Gesamtrechtsnachfolge infolge von Verschmelzung oder Spaltung ein Übergang möglich ist, lässt der OGH offen, hat dies aber für bestimmte Rechte in jüngster Zeit und in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung schon bejaht (zB für das Wiederkaufsrecht, vgl. OGH 18.12.2019, 5 Ob 136/19i). Mit der Umstrukturierung im Jahre 2004 verlor Spar daher nach bisheriger Rechtslage das Entsendungsrecht.

Grundsätzlich kann ein entsandtes **AR-Mitglied** auf **bestimmte oder unbestimmte Zeit entsandt** werden. Das Gesetz selbst sieht keine zeitliche Befristung vor, weshalb eine **Befristung im Gesellschaftsvertrag oder** gegebenenfalls auch in einem **Syndikatsvertrag zu regeln** wäre. Eine Geschäftsordnung des AR kann die Entsendungszeit nicht befristen; dies ist nur durch die Generalversammlung möglich.

Wenn das **Entsendungsrecht wegfällt** (zB durch Einzelrechtsnachfolge), kann das entsandte **AR-Mitglied mit einfacher Mehrheit** (weder § 30b Abs 3 GmbH-Gesetz (GmbHG) noch 30b Abs 5 GmbHG sind einschlägig, weil § 30c Abs 4 GmbHG hierfür die speziellere Norm ist) **abberufen** werden. Bis zur Abberufung ändert sich die Stellung des AR-Mitglieds nicht.

Da allerdings Spar die Entsendungsberechtigung im Jahr 2004 verloren hatte, konnte die neue Spar-Gesellschafterin jedoch keinen Einfluss auf dieses Entsendungsrecht nehmen.

2.2. Gesellschaftsrechtliche Treuepflichten

Der OGH lässt in seiner Entscheidung offen, ob nicht überhaupt wegen der dauernden Übung und bisherigen friktionslosen Zusammenarbeit eine **Treuepflicht** dahingehend besteht, den Gesellschaftsvertrag derart zu ändern, dass **auch der Einzelrechtsnachfolgerin** über deren Antrag das (eigentlich untergegangene) **Entsendungsrecht wieder zugestanden wird**.

Gesellschaftsverträge sind grundsätzlich objektiv auszulegen. Es kann dabei jedoch auch berücksichtigt werden, welches Interesse mit einer Regelung verfolgt wird. Der OGH lässt in seiner Entscheidung auch anklingen, dass es – so wie in Deutschland – für Österreich ebenfalls denkbar sei, dass man sich bei langjähriger einhelliger (im konkreten Fall ging man rechtsirrigerweise 13 Jahre lang davon aus, dass das Entsendungsrecht tatsächlich noch aufrecht sei) Übung aus Gründen des **Missbrauchs** nicht darauf berufen kann, dass diese Übung in Wirklichkeit gar nicht durch die Satzung gedeckt war.

Mit dem **Grad der personalistischen Ausgestaltung einer Gesellschaft intensiviert sich** jedenfalls die **Treuepflicht**. Insbesondere dann, wenn immer wieder die einvernehmliche Willenserklärung abgegeben wird – obwohl dies im konkreten Fall wegen der Entsendung auf unbestimmte Zeit rechtlich eigentlich gar nicht möglich war – dass AR-Mitglieder wiederholt befristet entsendet werden. Dadurch wird ein Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, das – tatsächlich nicht bestehende – Entsendungsrecht anzuerkennen.

3. Fazit

Die **Abberufung des auf unbestimmte Zeit entsandten AR Mitglieds** ist daher, auch wenn das Entsendungsrecht grundsätzlich weggefallen ist, laut OGH **treuwidrig**. Daraus resultiert, dass das von Spar entsandte AR-Mitglied im AR bleibt.

Ob zusätzlich eine Berufung auf einen Missbrauchstatbestand möglich wäre, was vom OGH angedeutet wurde, musste im konkreten Anlassfall nicht eingehender geprüft werden.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung und dem Umstand, dass durch Treuepflichten eine Rechtsnachfolge entstehen könnte, raten wir an, insbesondere bei Umgründungen im Konzern, den Ist-Zustand der eigenen Verträge zu erheben, diese im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen sowie allenfalls zu konkretisieren.

Für eine kompetente rechtliche Beratung zu all diesen Fragen stehen Ihnen die Experten der HASCH & PARTNER Anwaltsgesellschaft mbH selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

[RA DDr. Alexander Hasch](#)

[RA Dr. Franz Guggenberger](#)

[RAA Mag. Alexander Milla](#)