



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. K\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Alexander Klaus Rechtsanwalts GmbH in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei P\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Felsberger und Dr. Sabine Gauper-Müller, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen Nichtigerklärung eines Gesellschafterbeschlusses (Streitwert 17.500 EUR) und Feststellung (Streitwert 17.500 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 14. September 2016, GZ 4 R 121/16w-24, womit das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 17. Mai 2016, GZ 26 Cg 32/15z-19 abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.197,80 EUR (darin 366,30 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Gesellschafter der mit Gesellschaftsvertrag vom 27. September 1990 errichteten beklagten GmbH sind der Kläger mit einer Stammeinlage von 18.000 EUR (45 %) sowie seine Brüder P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* mit einer Stammeinlage von ebenfalls 18.000 EUR (45 %) und Mag. C\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* mit einer Stammeinlage von 4.000 EUR (10 %). P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\*

ist seit 27. 7. 2006 alleiniger Geschäftsführer der beklagten Partei. Der Kläger war bis zu seiner Abberufung am 27. 7. 2006 gemeinsam mit P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* kollektiv vertretungsbefugter Geschäftsführer der beklagten Partei.

Am 18. 11. 2014 fand unter dem Vorsitz von Mag. C\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* eine Generalversammlung der beklagten Partei statt, an der neben allen Gesellschaftern (Vollversammlung) die rechtlichen und steuerlichen Berater teilnahmen.

Der Kläger stellte einen Antrag auf freiwillige Sonderprüfung für die Jahre 2007 bis 2013, wobei die Kosten dieser Sonderprüfung unabhängig von deren Ausgang der Geschäftsführer der Gesellschaft zu tragen habe. Dieser Antrag wurde – insbesondere hinsichtlich der Kostentragung – nicht näher erörtert und kam mit seinem gesamten Inhalt zur Abstimmung. Eine Kostentragung abhängig vom Ergebnis der Sonderprüfung wurde nicht vereinbart.

Der Kläger stimmte für, Peter P\*\*\*\*\* und Mag. C\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* stimmten gegen diesen Antrag, dessen Ablehnung somit festgestellt wurde. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch mit der Begründung, dass der Gesellschafter P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* als Geschäftsführer von der Beschlussfassung ausgeschlossen wäre.

Der Kläger begehrt die Nichtigkeitserklärung des Gesellschafterbeschlusses über die Ablehnung der Sonderprüfung sowie die positive Feststellung des Zustandekommens eines Beschlusses über die Durchführung der Sonderprüfung. Der Gesellschafter P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* sei nach § 39 Abs 4 GmbHG einem Stimmverbot hinsichtlich der Beschlussfassung über die beantragte Sonderprüfung unterlegen, weil diese regelmäßig der allfälligen Einleitung von Verfahren der Gesellschaft gegen einen

geschäftsführenden Gesellschafter diene.

Die beklagte Partei wendete ein, die Klage sei rechtsgrundlos, verfrüht und zur Unzeit eingebracht worden, weil die Generalversammlung am 18. 11. 2014 nicht beendet und zur Erörterung und Abstimmung über einen anderen Antrag einvernehmlich vertagt worden sei. Im Übrigen sei die Stimmrechtsausübung von P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* rechtens gewesen: Das Stimmrechtsverbot des § 39 Abs 4 GmbHG sei auf die Sonderprüfung gar nicht anzuwenden. Überdies bedürfe die Belastung eines Gesellschafters mit den Kosten der Sonderprüfung unabhängig von deren Ausgang – wie vom Kläger beantragt – gemäß § 50 Abs 4 GmbHG der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters.

Das **Erstgericht** wies das Hauptbegehren und sämtliche Eventualbegehren ab. Der Antrag des Klägers sei im Punkt der Kostentragung eindeutig so formuliert, dass der Geschäftsführer die Kosten der Sonderprüfung unbedingt zu tragen habe. Mangels Erörterung dieses Punkts in der Generalversammlung sei auf diese Formulierung abzustellen, die nicht anders als wörtlich auszulegen sei. Der Geschäftsführer der beklagten Partei könne – per Ausschluss seines Stimmrechts – zur Kostentragung der Sonderprüfung nicht wirksam verpflichtet werden, weil Verträge zu Lasten Dritter dem Dritten gegenüber jedenfalls unwirksam seien. Gemäß § 50 Abs 4 GmbHG sei es zudem verboten, einem Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss zusätzliche Leistungen aufzuerlegen.

Das **Berufungsgericht** änderte diese Entscheidung dahin ab, dass sie die Ablehnung der Sonderprüfung für nichtig erklärte und feststellte, dass anlässlich der Generalversammlung mehrheitlich die Durchführung der beantragten Sonderprüfung beschlossen

worden sei. Das Mehrbegehren, auch die Nichtigerklärung des Beschlussteils, wonach die Kosten diese Sonderprüfung der Geschäftsführer der Gesellschaft zu tragen habe, sowie auf Feststellung, dass mehrheitlich ein Beschluss auf Kostentragung der Sonderprüfung durch den Geschäftsführer gefasst worden sei, wies es ab.

Bei einem sogenannten zusammengesetzten Beschluss sei grundsätzlich auch die nur teilweise Nichtigerklärung möglich, wenn nur ein Teil des Beschlusses vom die Anfechtung begründenden Mangel erfasst sei.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die bisher vorliegende Rechtsprechung zur Möglichkeit der teilweisen Nichtigerklärung eines zusammengesetzten Beschlusses Fallkonstellationen betreffe, in denen die Trennbarkeit der Beschlussteile wesentlich eindeutiger sei als im vorliegenden Fall.

Die **Revision** ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

1. Der Oberste Gerichtshof billigt die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung (§ 510 Abs 3 ZPO).

2. Die zutreffende Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die Klage nach § 41 GmbHG auch schon vor Beginn des Fristenlaufs eingebracht werden kann (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbH<sup>3</sup> § 41 Rz 52; *Enzinger in Straube*, GmbHG § 41 Rz 71; vgl auch RIS-Justiz RS0060301), wird von der Revision nicht bekämpft, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Daher kommt es darauf, dass die Generalversammlung nicht geschlossen, sondern vertagt und in der Folge nicht wieder aufgenommen wurde, im vorliegenden Fall nicht an.

3.1. Nach ständiger Rechtsprechung liegt, wenn

ein vom Stimmrecht ausgeschlossener Gesellschafter an einer Beschlussfassung in der Generalversammlung der Gesellschaft mitgewirkt und dessen Stimme bei der Beschlussfassung mitberücksichtigt wurde, ein anfechtbarer Beschluss vor (RIS-Justiz RS0059834, RS0060117, 6 Ob 88/13d).

**3.2.** Nach § 118 AktienG (nunmehr § 130 AktienG) sind von einer Sonderprüfung betroffene Aktionäre, die zugleich Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats sind, vom Stimmrecht ausgeschlossen. Diese Regelung ist auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung analog anzuwenden (6 Ob 49/09p; 6 Ob 28/08y; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 43; *Enzinger* aaO § 39 Rz 105). Nach ständiger Rechtsprechung ist dabei ein Stimmverbot immer bereits dann anzunehmen, wenn sich die Sonderprüfung auf Vorgänge erstrecken soll, welche für die Verantwortlichkeit der Verwaltungsträger oder deren Inanspruchnahme von Bedeutung sein könnten. Das Stimmverbot besteht absolut und unabhängig davon, ob die Sonderprüfung voraussichtlich besondere Ergebnisse zeitigen wird (6 Ob 28/08y; vgl auch 6 Ob 49/09p; 6 Ob 98/08t). Daher war P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* als Geschäftsführer der beklagten Partei im für die beantragte Sonderprüfung relevanten Zeitraum von 2007 bis 2013 grundsätzlich vom Stimmrecht ausgeschlossen.

**4.1.** Zutreffend erblickte allerdings schon das Berufungsgericht im vorliegenden Fall insofern eine Besonderheit, als Teil des Beschlussantrags des Klägers auch die Kostentragung der Sonderprüfung durch den Geschäftsführer der beklagten Partei war.

**4.2.** Unabhängig davon, ob eine solche Kostentragung eine Erweiterung des Pflichtenspektrums („Leistungsvermehrung“) eines Gesellschafters nach § 50

Abs 4 GmbHG darstellt (vgl dazu *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG §§ 49, 50 Rz 54 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 50 Rz 11*), kann schon nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen kein Zweifel bestehen, dass die übrigen Gesellschafter den Gesellschafter-Geschäftsführer ohne dessen Zustimmung nicht zur Kostentragung für die Sonderprüfung unabhängig von deren Ausgang verpflichten können. Ein derartiges Vorgehen zu Lasten eines Dritten wäre diesem gegenüber nicht wirksam (vgl RIS-Justiz RS0084880). Jedenfalls unterlag die (ablehnende) Stimmabgabe von P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* hinsichtlich seiner Kostentragung für die Sonderprüfung nicht einem Stimmverbot.

**5.1.** Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung ist bei einem sogenannten zusammengesetzten Beschluss grundsätzlich auch die teilweise Nichtigkeitsklärung möglich, wenn nur ein Teil des Beschlusses von dem die Anfechtung begründenden Mangel erfasst ist (RIS-Justiz RS0060163; 4 Ob 524/91).

**5.2.** Zutreffend gelangte das Berufungsgericht zu der Einschätzung, dass der Antrag des Klägers auf Sonderprüfung und deren Kostentragung durch den Geschäftsführer, über den insgesamt abgestimmt wurde, keine untrennbare Einheit darstellt. Der Antrag auf Sonderprüfung kann nämlich ohne weiteres auch Gegenstand eines gesonderten Beschlusses sein. Eine Beschlussfassung auch über die Kostentragung ist dabei nicht zwingend erforderlich, zumal die Kosten einer Sonderprüfung grundsätzlich die Gesellschaft zu tragen hat (vgl § 47 Abs 5 GmbHG).

**5.3.** In der Entscheidung 4 Ob 524/91 wurde betont, dass der dort gegenständliche Generalversammlungsbeschluss verschiedene Gegenstände enthalte, die auch Gegenstand mehrerer gesonderter

Beschlüsse sein konnten und keine untrennbare Einheit bildeten. Dabei ging es um die satzungsändernde Quorensenkung von 90 % auf 66 % der abgegebenen Stimmen für die Änderung des Gesellschaftsvertrags, für die Beteiligung an anderen Unternehmen und Gesellschaften sowie für die Veräußerung und Verpachtung des Unternehmens sowie für die Auflösung der Gesellschaft.

**5.4.** Die Entscheidung 3 Ob 604/82 betraf die Enthebung eines Geschäftsführers und Erweiterung der Vertretungsbefugnis des anderen Geschäftsführers.

**6.** Zum deutschen Recht wird vertreten, dass dann, wenn ein einheitlicher Beschluss teilweise fehlerhaft ist, sich die Folgen einer teilweisen Fehlerhaftigkeit nach dem sinngemäß anzuwendenden § 139 BGB richten. Nach dieser Bestimmung ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Daraus ergibt sich, dass der ganze Beschluss fehlerhaft sei, wenn nicht anzunehmen sei, dass er auch ohne den fehlerhaften Teil zustande gekommen wäre. Im Zweifel sei Totalnichtigkeit anzunehmen. Zur Widerlegung der Vermutung gehe es nicht um den Nachweis des tatsächlichen, sondern nur des hypothetischen Willens der Gesellschafter, also die Frage, ob der Beschluss bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Lediglich dann, wenn das Gesetz eine einheitliche Abstimmung verlange, greife stets Totalnichtigkeit Platz (*Zöllner in Baumbach/Hueck GmbHG*<sup>20</sup> Anh § 47 Rz 78 f). Nach herrschender Meinung ist daher zu prüfen, ob die Gesellschafter die fehlerfreien Entscheidungsgegenstände auch dann beschlossen hätten, wenn sie von der Nichtigkeit der übrigen gewusst hätten. Im

Zweifel sei Totalnichtigkeit anzunehmen (*Bayer* in *Lutter/Hommelhof*, GmbHG<sup>19</sup> Anh § 47 Rz 25; *Römermann* in *Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 47 Rz 219 f; *Wertenbruch* in *MünchKomm GmbHG § 47 Anh Rz 114 ff*; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG<sup>5</sup> § 47 Rz 110). Nach *Raiser* in *Hachenburg*, GmbHG Anh § 47 Rz 146 f ist die Anfechtung eines Beschlussteils nur möglich, wenn feststeht, dass der verbleibende Rest nach objektiver Würdigung, ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten, auch ohne den fehlerhaften Teil aufrechterhalten werden könne.

7. Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an. Aus den Bestimmungen der §§ 45ff GmbHG über die Sonderprüfung auf Antrag einer Minderheit lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber von einer objektiven Trennbarkeit der Frage der Durchführung der Sonderprüfung und der Kostentragung ausgeht. Konkrete Ausführungen dazu, dass bei Kenntnis von der Unzulässigkeit der Beschlussfassung über die Kostentragung die trennbare Beschlussfassung über die Sonderprüfung nicht erfolgt wäre, finden sich in der Revision nicht. Im Übrigen verweist die Revision darauf, dass in einer späteren Generalversammlung ein Beschluss auf Sonderprüfung gefasst wurde.

Daher war nur jener Beschlussteil, mit dem der Antrag des Klägers auf Sonderprüfung abgelehnt wurde, für nichtig zu erklären. Insofern war P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* vom Stimmrecht über den Antrag des Klägers auf Sonderprüfung ausgeschlossen, sodass bei korrekter Stimmenzählung seine ablehnende Stimmabgabe nicht berücksichtigt werden hätte dürfen und der Antrag auf Sonderprüfung angenommen worden wäre. Hingegen ist nach dem Gesagten die Stimmausübung von P\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* hinsichtlich der

Kostentragung nicht zu beanstanden.

**8.** Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Anfechtungsklage bei bloßen Mängeln des Beschlusses infolge unzutreffender Ergebnisfeststellung mit einer Klage auf Feststellung des zutreffenden Beschlussergebnisses („positive Beschlussfeststellungsklage“) verbunden werden (6 Ob 203/97i; 6 Ob 139/06v; 6 Ob 28/08y; 6 Ob 49/09p; 6 Ob 169/16w; *Koppensteiner/Rüffler* aaO § 41 Rz 54; *Harrer* aaO § 41 Rz 126).

**9.** Auf ihre weiteren Einwendungen kommt die beklagte Partei in ihrer Revision nicht zurück.

**10.** Damit erweist sich die Rechtsansicht des Berufungsgerichts als frei von Rechtsirrtum, sodass der unbegründeten Revision ein Erfolg zu versagen war.

**11.** Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 29. November 2016  
Dr. K u r a s  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: