universität wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers“

Verfasserin

Mag. Daniela Ebner

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.

Abkürzungsverzeichnis

(stellvertretend angeführt wird jeweils nur die Grundform des abgekürzten Wortes oder der abgekürzten Wortgruppe)

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AcP	(deutsches) Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	a) Aktiengesellschaft
	b) Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz 1965, BGBl 1965/98
allg	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
Alt	Alternative
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Zeitschrift)
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (Zeitschrift)
arg	*argumento*
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei (Zeitschrift)
ausf	ausführlich
BB	Betriebs-Berater (deutsche Zeitschrift)
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch, dRGBl 1896, 195
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörseG	Börsegesetz, BGBl 1989/555

BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1
BWG	Bankwesengesetz, Art I BGBl 1993/532
d	deutsch
D	Deutschland
dAktG	deutsches Aktiengesetz, dRGBl I 1937/107
DB	Der Betrieb (deutsche Zeitschrift)
dens	*denselben*
ders	*derselbe*
dGmbHG	Deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dRGBl 1892/477
dh	das heißt
dies	*dieselbe*, *dieselben*
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch, dRGBl 1897, 219; Einführung in Österreich durch dRGBl 1938 I 1999
diff	differenzierend
dLPartG	deutsches Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft, dBGBl I 2001, 266
DStR	Deutsches Steuerrecht (deutsche Zeitschrift)
ebd	ebenda
EB GmbHG	Erläuternde Bemerkungen 236 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XVII. Session 1904
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz, BGBl I 2003/92
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU-GesRÄG 1996	EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, BGBl 1996/304
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f	der, die folgende
FBG	Firmenbuchgesetz, BGBl 1991/10
ff	die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift

GBU	GmbH-Bulletin (Zeitschrift)
GedS	Gedenkschrift
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz, RGBl 1873/70
GesBR	Gesellschaft Bürgerlichen Rechts
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GlUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl 1906/58
GmbHR	GmbH-Rundschau (deutsche Zeitschrift)
GP	Gesetzgebungsperiode
GrünhutsZ	Grünhutszeitung (Zeitschrift)
hA	herrschende Ansicht
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch, dRGBl 1897/219
HHB GmbHG I	Bericht der Kommission des Herrenhauses zur Vorberatung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 272 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XVII. Session 1905
HHB GmbHG II	Bericht der Kommission des Herrenhauses zu Vorberatung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 339 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XVII. Session 1906
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	a) Handelsrechtliche Entscheidungen
	b) Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere

iS	im Sinne
iSd	im Sinne der, des
iSv	im Sinne von
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
JAB	Justizausschussbericht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (deutsche Zeitschrift)
Jud	Judikatur
KG	a) Kommanditgesellschaft
	b) Kammergericht
krit	krititsch
leg cit	*legis citatae*
Lfg	Lieferung
lit	litera
Lit	Literatur
MaklerG	Maklergesetz, BGBl 1996/262
mbH	mit beschränkter Haftung
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (deutsche Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (deutsche Zeitschrift)
Nw	Nachweise
NZ	Österreichische Notariatszeitung (Zeitschrift)
NZG	Neue (deutsche) Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Ö	Österreich
ö	österreichisch
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Zeitschrift)
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)

OLG	Oberlandesgericht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung (Zeitschrift)
s	siehe
S	a) Satz
	b) Siehe
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60
stRsp	ständige Rechtsprechung
str	strittig
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch, BGBl 2005/120
uU	unter Umständen
v	von/vom
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WM	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Wertpapiermitteilungen)
wN	weitere Nachweise
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Zeitschrift)
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZGH	(deutsche) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZPO	Zivilprozessordnung, RGBl 1895/113
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

Inhaltsverzeichnis

I. Teil: Grundlagen 1

A. Einleitung 1
B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Untersuchung 2
C. Einführung in das Rechtsinstitut der Stellvertretung 3
1. Die Rechtsfigur der Stellvertretung 3
2. Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung 4
3. Arten der Stellvertretung 5
4. Zum *Wesen* der organschaftlichen Vertretungsmacht 6
D. Insichgeschäfte 8
1. Begriff 8
2. Gefahrensituation 9
3. Geschichtliche Entwicklung und heutiger Meinungsstand 10
a. Römisches Recht 10
b. Frühe Kodifikationen 12
c. Konstruktive Möglichkeit des Insichgeschäfts 13
d. Entwicklung im deutschen Zivilrecht 14
e. Entwicklung im schweizerischen Zivilrecht 16
f. Entwicklung im österreichischen Zivilrecht 17

II. Teil: Mehrpersonen-GmbH 20

A. Einleitung 20
B. („Formelle“) Insichgeschäfte des Geschäftsführers 21
C. Abschluss: Manifestation 24
1. Bekundung des Geschäftswillens 24
2. Schutzobjekt 25
3. Anforderungen 25
4. Rechtsfolge fehlender Manifestation: Ungültigkeit 32
5. Zusammenfassung und Thesen 32
D. Dokumentation 33
1. Protokollierung analog § 18 Abs 5 GmbHG? 33
2. Dokumentation gem § 25 Abs 1 GmbHG 36
3. Zusammenfassung und Thesen 37
E. Zustimmung der Gesellschaft 37
1. Allgemeines 37

2. Rechtsnatur der Zustimmung 40
3. Zustimmungsberechtigte Organe 40
a. Aufsichtsrat 40
b. Geschäftsführer 42
c. Gesellschafter 44
i. Allgemeines 44
ii. Beschlusserfordernisse 47
iii. Stimmrechtsausschluss gem § 39 Abs 4 GmbHG 48
d. Prokuristen? 50
4. Mögliche Satzungsregelungen 51
5. Formen der Zustimmung 52
a. Ausdrückliche und stillschweigende Zustimmung 52
b. Generelle, gattungsmäßige und spezielle Zustimmung 55
c. Vorherige und nachträgliche Zustimmung 59
6. Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt 62
a. Gefahr in Verzug 62
b. Fehlende Schädigungsgefahr 63
i. Allgemeines 63
ii. Fallgruppen 66
1. Erfüllung einer Verbindlichkeit 66
2. (Reine) Schenkungen 69
3. Geschäftsabschluss zu Markt- oder Börsepreis? 70
4. „Geschäftseintritt“ 72
7. Zusammenfassung und Thesen 74
8. Rechtsfolge fehlender Zustimmung: (Un-)Wirksamkeit 76
a. Darstellung der herrschenden Ansicht 76
b. Kritik an der herrschenden Ansicht 79
i. Begründungsansatz I: Analogie zu §§ 271 f ABGB 79
1. Einordnung als Analogieproblem 79
2. Lückenfeststellung 81
a. Allgemeines 81
b. Der interpretierte Gesetzestext als Ausgangspunkt 83
i. Allgemeines 83
ii. Wortinterpretation 84
iii. Systematische Interpretation 84
iv. Historische (subjektiv-teleologische) Interpretation 84
v. Objektiv-teleologische Interpretation 88
c. Ergebnis 89
3. Lückenschließung 92

a. Allgemeines 92
b. Analoge Anwendung der §§ 271, 272 ABGB? 93
i. Gleichheit des Rechtsgrundes? 93
ii. Gleichheit des Schutzbedürfnisses? 93
c. Ergebnis 97
ii. Begründungsansatz II: Mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn 98
c. Lösungsansatz I 100
i. Einleitung 100
ii. Die Regelung des § 20 Abs 2 GmbHG 103
1. Allgemeines 103
2. Zustimmungsvorbehalte versus § 20 Abs 2 GmbHG 104
iii. Geschäftsführer als Dritter iSd § 20 Abs 2 GmbHG ? 106
1. Darstellung des Meinungsstands 106
2. Stellungnahme 111
iv. Zwischenergebnis 114
d. Lösungsansatz II 115
i. Einleitung 115
ii. Fehlgebrauch der Vertretungsmacht 116
1. Allgemeines 116
2. Terminologie 118
3. Dogmatische Einordnung und Rechtsfolgen 118
4. Die einzelnen Voraussetzungen 121
a. Voraussetzungen auf Seiten des Vertreters 121
i. Darstellung des Meinungsstands 121
ii. Stellungnahme 122
b. Voraussetzungen auf Seiten des Dritten 124
i. Darstellung des Meinungsstands 124
ii. Stellungnahme 126
c. Zwischenergebnis 130
iii. Besonderheiten beim Abschluss von Insichgeschäften 131
1. Fragestellung 131
2. Stellungnahme 131
a. Selbstkontrahieren 131
b. Doppelvertretung 137
i. Allgemeines und Notwendigkeit einer Differenzierung 137
ii. Vertretung des Vertragspartners als Machthaber 138
iii. Vertretung des Vertragspartners als sonstiger Gehilfe 139
iv. Entbehrlichkeit einer Differenzierung 140
iv. Ergebnis 141

e. Zusammenfassung und Thesen ... 143
9. Genehmigung schwebend unwirksamer Insichgeschäfte ... 145
a. Allgemeines ... 145
b. Zuständigkeit ... 145
c. Formen ... 148
d. Zusammenfassung und Thesen ... 149
F. (Weitere) Rechtsfolgen unwirksamer und/oder pflichtwidriger Insichgeschäfte ... 150
1. Schadenersatz ... 150
a. Schaden ... 150
b. Kausalität, Adäquanztheorie und rechtmäßiges Alternativverhalten ... 152
c. Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeitszusammenhang ... 153
i. Allgemeines ... 153
ii. Abschluss ohne Zustimmung ... 154
iii. Abschluss mit (verbindlicher) Zustimmung ... 155
iv. Abschluss ohne Zustimmung mit nachträglicher Genehmigung ... 158
d. Verschulden ... 159
e. Gesellschafterbeschluss gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG ... 161
f. Behauptungs- und Beweislast ... 161
g. Art des Schadenersatzes ... 164
h. Umfang des Schadenersatzes ... 165
i. Konkurrenz mit Bereicherungsanspruch ... 165
j. Kompensation ... 166
2. Abberufung aus wichtigem Grund ... 167
3. Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ... 168
4. Strafrechtliche Konsequenzen ... 169
5. Verbotene Einlagenrückgewähr ... 170
6. Zusammenfassung und Thesen ... 170

III. Teil: Einmann-GmbH ... 174

A. Einleitung ... 174
B. Abschluss: Manifestation ... 176
C. Protokollierung ... 176
1. Normzweck und Schutzobjekt ... 176
2. Anwendungsbereich ... 178
3. Anforderungen ... 183
4. Ausnahmen von der Protokollierungspflicht ... 188
5. Fehlende Protokollierung ... 190
D. Entbehrlichkeit der Zustimmung der Gesellschaft ... 194
E. Zusammenfassung und Thesen ... 200

IV. Teil: Materielle Insichgeschäfte 203

A. Allgemeines 203
B. Fallgruppen 205
1. Hinzuziehen eines weiteren Vertreters 205
a. Eigenbevollmächtigung 205
b. Unterbevollmächtigung 205
2. Zwischenschaltung eines Strohmanns 206
3. Geschäftsabschlüsse mit dem Geschäftsführer nahestehenden Dritten 208
a. *familia suspecta* 208
b. Verbände 211
4. Rechtsgeschäfte zugunsten des Geschäftsführers oder ihm nahestehender Personen 216
a. Allgemeines 216
b. Schuldeintritt 218
c. Anweisung 219
d. Sicherheitenbestellungen 219
e. (Weitere) Verträge zugunsten Dritter 221
C. Definition 223
D. Rechtsfolgen 227
E. Zusammenfassung und Thesen 230

Literaturverzeichnis 232

Handbücher, Kommentare, Lehrbücher, Monographien 232
Artikel in Sammelbänden und Zeitschriften 238

Rechtsprechungsverzeichnis 247

Österreich 247
Deutschland 255
Schweiz 257

I. Teil: Grundlagen

A. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht bietet für Interessenkonflikte einen äußerst fruchtbaren Boden. Divergenzen bestehen zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern, Gesellschaft und Dritten (insb Gläubigern) sowie zwischen Unternehmensleitung und „Eigentümern" der Gesellschaft. Den Brennpunkt bilden dabei die dieser Arbeit gegenständlichen Insichgeschäfte der organschaftlichen Vertreter, durch welche sich Letztere auf Kosten der Gesellschaft erhebliche Vorteile verschaffen können.[1]

Zwar erscheint die Lösung der Problematik der Insichgeschäfte in Österreich beinahe einhellig zu sein: So gibt es hinsichtlich der Kernfragen nicht nur gefestigte Judikatur, sondern auch eine herrschende Auffassung im Schrifttum, wonach Insichgeschäfte nur dann zulässig und wirksam sind, wenn der Vertretene zustimmt oder zumindest eine Gefährdung seiner Interessen von vornherein ausgeschlossen werden kann.[2] Bei näherem Hinsehen zeigen sich aber wesentliche Unterschiede bei den Anforderungen und den Begründungen dieser Lösung, die es im Rahmen einer kritischen Auseinandersetzung mit der österreichischen Judikatur und dem Schrifttum hierzulande darzustellen gilt. Insb soll dabei gezeigt werden, dass die herrschende Ansicht, die bei Fehlen einer entsprechenden Zustimmung des Vertretenen von der Unwirksamkeit des Insichgeschäfts ausgeht, weniger auf dogmatischen Überlegungen als vielmehr auf jahrelangem und (oftmals) unbegründetem Wiederholen der altbekannten Formel basiert und damit die Besonderheiten der organschaftlichen Vertretungsmacht weitgehend negiert. Dabei ist bewusst, dass sich die Arbeit mit dieser Auffassung auf einem kleinen Pfad abseits des (von der hM) breit ausgetretenen Weges befindet, einen Pfad, den bereits

---

[1] *Lennarts*, Unternehmensleitung und Interessenkonflikte: Die Wechselwirkung zwischen Präventivmaßnahmen und Haftung, GesRZ-Sonderheft 2005, 41.

[2] S zB RIS-Justiz RS0028129 T 1, OGH 3 Ob 511/77, HS 10.170; OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; OGH 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*]; OGH 4 Ob 241/04a, ÖBA 2005,491 [*Zollner*]; OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548 [*Wilhelm*]; OGH 3 Ob 2325/96z, ecolex 1998, 138; OGH 1 Ob 2044/96m, GesRZ 1997, 254; *P. Doralt*, Die Geschäftsführer der GmbH & Co im Handelsrecht, in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht[2] (1977) 235, 291; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/208; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *C. Nowotny*, Insichgeschäfte bei der Privatstiftung – Zur Auslegung von § 17 Abs 5 PSG, ecolex 2007, 5, 6; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005) 153 ff; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I[2] (1997) Rz 2/230.

Thöni,[3] *U. Torggler*[4] und *Wünsch*[5] eingeschlagen haben und der im Rahmen dieser Dissertation präzisiert werden soll.

B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit „formellen" und „materiellen" Insichgeschäften des GmbH-Geschäftsführers und behandelt die Problematik sowohl in Mehrpersonen- als auch in Einmanngesellschaften.

Im ersten Teil soll nach einer kurzen Einführung in das Institut der Stellvertretung, wo das Hauptaugenmerk auf dem *Wesen* der organschaftlichen Vertretungsmacht liegt, zunächst der Begriff des Insichgeschäfts und die damit einhergehende Gefahrenlage erörtert werden. Auch die geschichtliche Entwicklung, die sich bis zum Römischen Recht zurückverfolgen lässt, und die heutige Behandlung zivilrechtlicher Insichgeschäfte werden an dieser Stelle dargestellt.

Im zweiten Teil widmet sich die Arbeit Insichgeschäften des Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH. Hier soll zunächst untersucht werden, welche Geschäfte als („formelle") Insichgeschäfte zu qualifizieren sind. Danach gilt es die Voraussetzungen aufzuzeigen, unter denen der Abschluss eines Insichgeschäfts zulässig und wirksam ist. Im Besonderen geht es hier um folgende Fragen: Wann ist eine Zustimmung erforderlich? Wer ist zur Zustimmung berechtigt? Wie hat sie zu erfolgen und wann muss sie vorliegen? Welche Anforderungen sind an den Manifestationsakt zu stellen? Und ist das Geschäft gem § 18 Abs 5 GmbHG (analog) zu protokollieren? Im Anschluss daran ist zu prüfen, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine der Voraussetzungen fehlt. Von besonderer Brisanz ist hier die fehlende Zustimmung der GmbH, die nach stRsp und hM entsprechend der „allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze" zur (schwebenden) Unwirksamkeit des Geschäfts führen soll. Weil dies aber – wie zu zeigen sein wird – weder mit der Entstehungsgeschichte des § 25 Abs 4 GmbHG noch mit den Besonderheiten der organschaftlichen Vertretungsmacht zu vereinbaren ist, gilt es hier andere Lösungsansätze zu erarbeiten. Zudem sind in diesem Teil der Arbeit auch weitere mögliche Konsequenzen

[3] *Thöni*, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, wbl 1988, 102, 105.
[4] *U. Torggler*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 272, 273; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34 mwN aus der älteren Rsp; *ders*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften", ecolex 2009, 920, 921.
[5] *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 95 ff.

eines Verstoßes gegen § 25 Abs 4 GmbHG aufzuzeigen. Zu denken ist hier an die Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft und die damit einhergehenden Fragen nach der Höhe des Schadens, dem Primat der Naturalrestitution, der Beweislast(umkehr) und dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens, aber auch an eine mögliche Abberufung aus wichtigem Grund oder strafrechtliche Konsequenzen (vgl § 153 StGB).

Gegenstand des dritten Teils sind Insichgeschäfte des Alleingesellschafters, die aufgrund der Neuregelung des § 18 Abs 5 f GmbHG gerade in jüngerer Zeit vermehrt Gegenstand der wissenschaftlichen und höchstrichterlichen Diskussion waren. Es soll gezeigt werden, welche Ansichten Anklang zu finden haben und welche abzulehnen sind. Stellung ist insb zu der nach wie vor strittigen Frage zu beziehen, ob einerseits das Protokollierungsgebot des § 18 Abs 5 f GmbHG und andererseits die Entbehrlichkeit der Zustimmung (§ 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG) entgegen des Wortlauts auch Fälle der Doppelvertretung erfassen.

Besondere Beachtung sollen auch „materielle Insichgeschäfte“ finden, also Rechtsgeschäfte, die zwar formell kein Insichgeschäft darstellen, aber dennoch eine gleichgelagerte Interessengefährdung aufweisen (so zB im Fall einer entsprechenden Beteiligung des Geschäftsführers am Vertragspartner der GmbH), weshalb ihnen der vierte und damit letzte Teil der Arbeit gewidmet ist. Darin sollen Fallgruppen der „materiellen Insichgeschäfte“ gebildet werden, die es anschließend erlauben, eine allgemeine Definition aufzustellen.

C. Einführung in das Rechtsinstitut der Stellvertretung

1. Die Rechtsfigur der Stellvertretung

Schon 1948 bezeichnete *Kreller* die unmittelbare Stellvertretung völlig zu Recht als „Ruhmestitel der Rechtsordnungen moderner Kulturstaaten“.[6] Dieser Ausspruch kann mE bis heute aufrecht erhalten bleiben. Denn die Rechtsfigur der Stellvertretung ist ohne Zweifel eine der bedeutendsten Errungenschaften der juristischen Technik. Sie ermöglicht, dass Willenserklärungen, die ein Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt oder empfängt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken,[7]

[6] *Kreller*, Das Rechtsinstitut der Stellvertretung, Historische und theoretische Gedanken, JurBl 1948, 221 ff.
[7] Allg dazu schon *Laband*, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866) 183; zB *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 749 ff; *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972) 20 ff.

und ist damit von enormer Bedeutung für den Rechtsverkehr. Der Vertreter selbst wird durch seine Vertretungshandlung weder berechtigt noch verpflichtet; zwischen ihm und dem Dritten entsteht kein Rechtsverhältnis (§ 1017 ABGB).[8] Streng zu unterscheiden ist sie daher von der so genannten indirekten oder mittelbaren Stellvertretung, bei der der Vertreter zwar auf Rechnung des Vertretenen, jedoch nicht im fremden, sondern vielmehr im eigenen Namen handelt.[9] Diese soll bei der hier vorliegenden Abhandlung außer Betracht bleiben. Wenn also im Folgenden von der Stellvertretung die Rede ist, ist damit die unmittelbare, direkte Form gemeint.

2. Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung

Soll das Handeln des Vertreters direkt dem Vertretenen zugerechnet werden, sodass Letzterer unmittelbar berechtigt oder verpflichtet wird, müssen die drei Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung erfüllt sein. So hat der Vertreter im Namen des Vertretenen zu handeln (1. Voraussetzung); er muss also (ausdrücklich oder stillschweigend) offenlegen (§ 19 GmbHG), dass er nicht für sich selbst, sondern für den Vertretenen agiert.[10] Denn im Zweifel ist von einem Eigengeschäft des Vertreters auszugehen.[11] Zudem muss das Handeln des Vertreters von ausreichender Vertretungsmacht gedeckt sein (2. Voraussetzung). Je nach Art der Vertretungsmacht (gesetzlich, rechtsgeschäftlich oder organschaftlich, s dazu sogleich I.C.3 [5]) bestimmt sich der Umfang aus dem Gesetz oder der Anordnung des Machthabers und ist je nachdem gesetzlich umschrieben, individuell gestaltbar oder unbeschränkt und unbeschränkbar. Handelt der Vertreter ohne ausreichende Vertretungsmacht, ist er *falsus procurator*, das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam.[12] Ebenfalls erforderlich ist, dass der Vertreter im Handlungszeitpunkt zumindest beschränkt geschäftsfähig war (§ 1018 ABGB; 3. Voraussetzung).[13] Bei der Art der Stellvertretung, die in dieser Arbeit gewissermaßen die „Hauptrolle“ spielt – der organschaftlichen Vertretungsmacht –, wird der Vertreter aber ohnedies in aller Regel voll geschäftsfähig

[8] OGH 7 Ob 501/90, NZ 1992, 64; *Laband*, ZHR 10 (1866) 187; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 3.
[9] S dazu zB *Laband*, ZHR 10 (1866) 195 ff; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1002 Rz 8; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1017 Rz 10; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 25.
[10] *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1017 Rz 4 ff; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 2 ff; *P. Bydlinksi* in KBB[3] § 1002 Rz 13 ff; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1002 Rz 50 ff; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 763 ff. S aber auch zu Geschäften für den, den es angeht (zB Barkauf) *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1017 Rz 9; ausf *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 765 ff.
[11] OGH 1 Ob 713/84, JBl 1985, 616 [*Hügel*]; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 2; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1017 Rz 4.
[12] *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1016 Rz 1; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1016 Rz 1.
[13] *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1018 Rz 1.

sein, können gem § 15 Abs 1 GmbHG doch nur „handlungsfähige Personen“ zu Geschäftsführern bestellt werden.[14]

3. Arten der Stellvertretung

Vertretungsmacht kann auf unterschiedliche Arten begründet werden. Je nachdem differenziert man zwischen gesetzlicher, rechtsgeschäftlicher und organschaftlicher Vertretungsmacht. Erstere soll die Teilnahme nicht voll Geschäftsfähiger am Rechtsverkehr ermöglichen[15] und ist dadurch charakterisiert, dass der Vertretene mangels Geschäftsfähigkeit weder Vollmacht erteilen, noch den Eintritt der gesetzlichen Vertretungsmacht herbeiführen oder verhindern kann. Gesetzliche Vertretungsmacht entsteht vielmehr unmittelbar kraft Gesetzes oder individuellen Hoheitsakts, in der Regel durch Gerichtsbeschluss.[16]

Demgegenüber wird rechtsgeschäftliche oder gewillkürte Vertretungsmacht (Vollmacht) durch rechtsgeschäftliche Erklärung des Vertretenen begründet („Bevollmächtigung“).[17] Zweck ist es, den rechtsgeschäftlichen Aktionsraum einer Person zu erweitern.[18] Sowohl Entstehen als auch Umfang der Vertretungsmacht unterliegen hier der Privatautonomie des Vertretenen.[19] Überschreitet der Vertreter die ihm rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht oder handelt er sogar ohne Vertretungsmacht, kommt es vorbehaltlich einer Genehmigung oder Vorteilszuwendung durch den Vertretenen (§ 1016 ABGB)[20] zu keiner Zurechnung der Vertretungshandlung.[21] Der Vertreter ist vielmehr *falsus procurator* und haftet dem Dritten, der auf das Bestehen der Vollmacht vertrauen durfte, nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* auf den Vertrauensschaden (§ 1019 ABGB), der nach oben mit dem Erfüllungsinteresse gedeckt ist, also auf das negative Interesse.[22] Wenngleich gemeinsam geregelt (§§ 1002 ff ABGB) ist die Vollmacht (rechtliches Können im Außenverhältnis) stets streng von dem ihr

[14] S dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 15 Rz 15; *Straube/Ratka/Stöger/Völkl* in *Straube*, WK GmbHG § 15 Rz 11; s weiters *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 35, der zutr festhält, dass sowohl organschaftlicher als auch gesetzlicher Vertreter voll geschäftsfähig sein muss. Dazu, dass bei rechtsgeschäftlichen Vertretern beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt, s ebd Rz 47.
[15] *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I[13] (2006) 202; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 31, 33.
[16] *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 34.
[17] *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 43.
[18] *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 30; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1002 Rz 2.
[19] *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 780; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 30.
[20] Ausf dazu s *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 12 ff.
[21] *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 5 ff; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1002 Rz 45.
[22] *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 18; monographisch dazu *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970).

zugrundeliegenden Innenverhältnis (rechtliches Dürfen oder Müssen im Innenverhältnis) zu trennen, das im Bereich der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung in aller Regel ein Auftrag[23] sein wird. Zwar können Auftrag und Vollmacht zusammenfallen und sich decken; zwingend ist dies jedoch nicht.[24] *Laband*[25] ging sogar so weit und meinte, dass „nichts [...] für den wahren Begriff der Stellvertretung und die juristische Durchbildung dieses Instituts nachtheiliger gewesen [wäre], als die Zusammenwerfung der Stellvertretung mit dem Mandat [s §§ 1002 ff ABGB], zu welcher das Röm. Recht den Anlaß gab".

Im Gegensatz zur gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht wird organschaftliche Vertretungsmacht, die Verbänden die Teilnahme am Rechtsverkehr ermöglicht, durch Organmitgliedschaft begründet.[26] Letztere wird bei Fremdorganschaft durch Bestellung zum organschaftlichen Vertreter, bei Selbstorganschaft schon durch den Erwerb der Gesellschafterstellung erworben.[27] Das schon im Rahmen der Vollmacht beschriebene Abstraktionsprinzip ist im Bereich der organschaftlichen Vertretungsmacht insofern noch stärker verwirklicht, als der Umfang der Vertretungsmacht schon per Gesetz unbeschränkt und unbeschränkbar (s zB § 20 Abs 2 GmbHG; § 74 Abs 2 AktG; § 126 Abs 2 UGB; § 19 GenG; § 6 Abs 3 VerG) und damit der Dispositionsbefugnis des Vertretenen entzogen ist. Gewisse Beschränkungen ergeben sich ua im Fall von Grundlagenentscheidungen, Geschäften mit Gesellschaftern über Sozialansprüche oder -verbindlichkeiten sowie im Fall des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht.[28] Weil sich auch die vorliegende Arbeit mit einem Vertreter der Gruppe der organschaftlichen Stellvertreter beschäftigt, soll im Folgenden kurz das *Wesen* der organschaftlichen Stellvertretung dargestellt werden; dies nicht zuletzt deshalb, weil darüber nach wie vor gestritten wird.

4. Zum *Wesen* der organschaftlichen Vertretungsmacht

Während es als unstrittig bezeichnet werden kann, dass Verbände Organe benötigen, um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, herrscht über die Natur der

[23] Genauso kann es sich aber um eine dienstrechtliche Weisung oder eine bloße Ermächtigung handeln. S dazu ausf *P. Bydlinksi* in KBB[3] § 1002 Rz 4.
[24] S zB *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar[2] § 1002 Rz 15; *P. Bydlinksi* in KBB[3] § 1002 Rz 3; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1002 Rz 3.
[25] *Laband*, ZHR 10 (1866) 203.
[26] *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 511.
[27] *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 511.
[28] *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 25 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 21; *Koppensteiner*, Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, GesRZ 2009, 197, 202.

organschaftlichen Vertretung immer noch Uneinigkeit.[29] Entwickelt wurden im Wesentlichen zwei Theorien. Erstere – die von *v. Savigny* vorgetragenen „Vertretertheorie“[30] – sieht im Handeln der Organe einen Akt der Stellvertretung. Da die juristische Person selbst weder willens- noch handlungsfähig wäre, müsse sie im Rechtsverkehr von natürlichen Personen vertreten werden, deren Handeln der juristischen Person „in Folge einer Fiktion als ihr eigener Wille“ anzurechnen sei. Demgegenüber versteht Zweitere – die maßgeblich von *v. Gierke* begründete „Organtheorie“[31] – das Handeln der organschaftlichen Vertreter als Eigenhandeln der juristischen Person; eine Zurechnung von Vertretungshandlungen scheide hier von vornherein aus; vielmehr sei das Handeln der Organe dem Handeln bzw den Bewegungen der menschlichen Organe gleichzusetzen („wie wenn das Auge sieht oder der Mund spricht oder die Hand greift“)[32].

Wenngleich *v. Gierke* damit ohne Zweifel eine aussagekräftige Metapher gefunden hat und es seine Theorie auch für sich hat, dass organschaftliches Handeln vom Gesetz teilweise wie Eigenhandeln des Verbands behandelt wird (s § 48 Abs 1 UGB),[33] sprechen die gewichtigeren Gründe mE dennoch für die „Vertretertheorie“.[34] So kam schon *Ehrenzweig* zu dem Schluss, dass Organschaft „das Wesen, nicht der Gegensatz der unmittelbaren Stellvertretung“ sei[35] und *F. Bydlinski* hielt fest, dass keinesfalls von einer „kategoriale[n] Verschiedenheit von Vertretung und Organschaft“ auszugehen sei.[36] Denn Handlungen bestimmter Einzelmenschen könnten nie Handlungen des „realen Verbands“ sein, sie könnten nur durch Zurechnung wie solche behandelt werden.[37] Zudem spricht schon das Gesetz selbst von „vertreten“ (§ 18 Abs 1 GmbHG), „Vertretung“ (§ 18 Abs 3 GmbHG) und „Vertretungsbefugnis“ (§ 20 Abs 2 GmbHG), was die Erklärung, warum hier nicht von einer Art der Vertretungsmacht auszugehen ist, mE schon an sich erheblich

[29] Zur Bezeichnung als „historischer Streit“ s *Beuthien*, Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, in FS Zöllner I (1998) 87, 89.
[30] *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts II (1840) 282 f; ihm folgend *Flume*, Juristische Person[3], 377 ff.
[31] *Otto von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung (1887) 603 ff; ebenso *Laband*, ZHR 10 (1866) 187 f; *Beuthien*, Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung? NJW 1999, 1142 ff. Letzterer kommt daher auch zu dem Schluss, dass die Bezeichnung „organschaftliche Stellvertretung“ unrichtig sei.
[32] *Otto von Gierke*, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902) 29.
[33] *U. Torggler* in *Straube*, Fachwörterbuch 243; *ders*, Lehrbuch, Rz 508; vgl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht[4] (2002) 254 f.
[34] So auch *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 508; *Burtscher/Spitzer*, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201, 206; *Flume*, Juristische Person[3], 377; ausdr aA zB *Beuthien* in FS Zöllner I 92 ff; *K. Schmidt*, GesR[4], 254 f.
[35] *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2] (1951) 202.
[36] *F. Bydlinski*, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie, in FS Koppensteiner (2001) 569, 573.
[37] *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569, 573; ihm folgend *Burtscher/Spitzer*, SPRW 2014, 201, 207.

erschwert.[38] Hinzu kommt, dass teilweise sogar das GmbHG selbst die Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung nennt. So fordert § 19 GmbHG, dass Geschäftsführer (ausdrücklich oder konkludent) im Namen der Gesellschaft handeln müssen, um Letztere zu berechtigen und verpflichten.[39] § 15 Abs 1 *leg cit* schreibt (für den Zeitpunkt der Bestellung) die (volle, s dazu schon oben I.C.2 [4]) Handlungsfähigkeit organschaftlicher Vertreter vor, die nach hM zumindest in beschränkter Ausformung auch bei Setzung des Vertretungsakts vorzuliegen hat[40]. Und dass Geschäftsführer zur Verpflichtung der GmbH über ausreichende Vertretungsmacht verfügen müssen, entspricht genauso der allgemeinen Auffassung, wie die Tatsache, dass auch auf organschaftliche Vertreter die Grundsätze über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht Anwendung finden.[41] Nun aber dennoch der „Organtheorie" zu folgen, kommt damit gewissermaßen einer Realitätsverweigerung gleich.

D. Insichgeschäfte

1. Begriff

Ein Insichgeschäft liegt vor, wenn ein Vertreter durch Erklärung an sich selbst rechtsgeschäftliche Wirkungen für bzw gegen den Vertretenen herbeiführt.[42] Unterschieden werden dabei zwei Fälle: Beim sogenannten Selbstkontrahieren schließt der Vertreter für den Vertretenen mit sich selbst einen Vertrag; es handelt somit dieselbe Person auf der einen Seite als Vertreter, auf der anderen im eigenen Namen. Im Falle der sogenannten Doppel- oder Mehrvertretung schließt der Vertreter hingegen für zwei oder mehrere Vertretene, für die er vertretungsberechtigt ist, einen Vertrag; dieselbe Person vertritt somit beide bzw mehrere Vertragsparteien.[43]

Aber nicht nur Vertragsabschlüsse fallen unter den Terminus des Insichgeschäfts; erfasst ist vielmehr auch die Vornahme von einseitigen empfangsbedürftigen

[38] Vgl auch *K. Schmidt*, GesR[4], 255, der festhält, dass schon der Begriff „organschaftliche Vertretung" als Widerspruch in sich bezeichnet werden müsste, sich dann aber dennoch der „Organtheorie" anschließt.
[39] S dazu auch *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 508.
[40] *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 18 Rz 37.
[41] ZB *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 26 Rz 21; *Burtscher/Spitzer*, SPRW 2014, 201, 207.
[42] *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 215 f; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 817 ff; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 12; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 809.
[43] Zur herrschenden Terminologie s *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 278; *P. Bydlinski* in KBB[3] § 1017 Rz 5; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar[2] § 1009 Rz 3; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21; anders soweit ersichtlich nur *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 289 und *Gschnitzer*, AT 228.

Rechtsgeschäften (Kündigung,[44] Anfechtung, Zustimmung oder Vollmachtserteilung) und geschäftsähnlichen Handlungen[45] (Mahnung, Fristsetzung oder Verständigung des *debitor cessus*), wenn der Vertreter zugleich als Erklärender und Erklärungsempfänger auftritt.[46] Streng einseitige Rechtsgeschäfte wie die Auslobung oder die Eigentumsaufgabe sind demgegenüber nicht als Insichgeschäft zu qualifizieren; es fehlt hier am Geschäftsgegner, mit dessen Interessen das Handeln des Vertreters kollidieren könnte.[47]

2. Gefahrensituation

Zur Beschreibung der Gefahrensituation bei Insichgeschäften bedienen sich Autoren immer wieder Aussprüchen oder Titeln großer literarischer Werke. Am treffendsten erscheint mir dabei die Formulierung *Gschnitzers*[48], der sich auf *Goethes* „Faust"[49] stützt und ausführt, dass niemand, der zwei Seelen in seiner Brust trägt, den Interessen beider gerecht werden könne. Aber auch jene Autoren, die betonen, dass niemand befähigt wäre, „Diener zweier Herren" zu sein, und damit auf das bekannteste Bühnenstück des italienischen Dramatikers *Goldoni*[50] – selbst Jurist – referieren, vermitteln damit ein plakatives Sinnbild.

Entscheidend ist demnach, dass ein und dieselbe Person grundsätzlich nicht in der Lage ist, die (gegenläufigen) Interessen zweier Parteien gleichermaßen zu schützen.[51] Dies gilt noch mehr, wenn der Vertreter nicht Fremdinteressen gegeneinander abzuwägen hat, sondern wenn wie im Fall des Selbstkontrahierens neben die Interessen seines Machtgebers seine eigenen treten.[52] Insichgeschäfte führen daher in aller Regel zu einer Interessenkollision des Vertreters und damit zu einer Gefährdung des Vertretenen.[53] Dass

---

[44] So schon *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 278.
[45] Zum Begriff allg s *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 104 ff.
[46] S bereits *Gschnitzer*, AT 228; *Hupka*, Die Vollmacht (1900) 277; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 13 f; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 5; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 13; zur Kündigung im Wege des Insichgeschäfts BGH II ZR 261/89, NJW-RR 1991, 1441.
[47] *Hupka*, Vollmacht 264 in FN 1; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 9; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 9.
[48] *Gschnitzer*, AT 228.
[49] *Johann Wolfang von Goethe*, Faust. Der Tragödie erster Teil (1808) Vor dem Tor (Faust): „Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust, die eine will sich von der andern trennen: die eine hält in derber Liebeslust sich an die Welt mit klammernden Organen; die andre hebt gewaltsam sich vom Dust zu den Gefilden hoher Ahnen.".
[50] *Carlo Goldoni*, Der Diener zweier Herren (1979), uraufgeführt 1746 in Mailand.
[51] S dazu zB OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; OGH 10 Ob 60/00x, ÖJZ 2000, 725 [EvBl 171]; *Gschnitzer*, AT 228; *Hupka*, Vollmacht 283; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 12; *Thöni*, wbl 1988, 103; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/228; *Harrer*, Insichgeschäfte bei der Einmann-GmbH, RdW 1991, 167.
[52] Ausdr OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 41.
[53] S zB RIS-Justiz RS0059793, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; RIS-Justiz RS0019639, zB OGH 7 Ob 538/81, GesRZ 1981, 174; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 290; *Gschnitzer*, AT 228;

Letzterem ein konkreter Schaden droht, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt das abstrakte Gefährdungspotential, das diese Geschäfte in sich bergen (vgl § 39 Abs 4)[54].[55]

Wenngleich der Schutz des Vertretenen vor Übervorteilungen durch befangene Machthaber Hauptanliegen bei der Lösung des Problems zu sein hat, besteht bei Insichgeschäften darüber hinaus noch ein weiteres Gefahrenpotential. Denn dadurch, dass der Vertreter per Erklärung „an sich selbst" rechtsgeschäftliche Wirkungen herbeiführen kann, hat er es gleichzeitig in der Hand, bereits Vertrag gewordene Haupt- oder Nebenleistungen nachträglich zu ändern oder sogar zu behaupten, der Vertrag sei nie abgeschlossen worden.

In Anbetracht dieser (doppelten) Gefahrensituation, erklärt sich die im Folgenden dargestellte bewegte geschichtliche Entwicklung der Insichgeschäfte von selbst.

3. Geschichtliche Entwicklung und heutiger Meinungsstand

a. Römisches Recht

Das Römische Recht kannte noch keine allgemeine Theorie des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung, was primär daran lag, dass die Stellvertretung an sich nur beschränkt zulässig war.[56] Nach dem Grundsatz „*alteri stipulare nemo potest*"[57] wurde aus Rechtshandlungen immer nur jene Person berechtigt oder verpflichtet, die tatsächlich auftrat. Ausnahmen gab es aber bei der Erfüllung (*solutio*), der Besitzübertragung (*traditio*) und der Darlehensgewährung (*mutuum*).[58] Vielfach spielte die Stellvertretung aufgrund der patriarchalischen Familienstruktur und der Sklaverei aber auch gar keine Rolle. Denn die Handlungen der Mitglieder des Hausverbands wurden schon kraft ihres

---

U. Torggler in *Straube*, Fachwörterbuch 179; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 12; *C. Nowotny*, Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, RdW 1987, 35; *Thöni*, wbl 1988, 103; *Harrer*, RdW 1991, 167; *Hupka*, Vollmacht 283; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14 ff.

[54] Auch § 39 Abs 4, der einen Gesellschafter ua bei Beschlussfassung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm vom Stimmrecht ausschließt, fordert keinen konkret drohenden Nachteil für die Gesellschaft; s dazu zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 42; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 36. Weil auch diese Bestimmung Interessenkollisionen (hier zwischen Gesellschaft und Gesellschafter) vorzubeugen versucht, können im Folgenden auch ihr Wertungen entnommen werden.

[55] *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 232 mwN aus der Rsp.

[56] Dazu ausf *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes (1885) 32 ff.

[57] D 45, 1, 38, 17 zitiert nach *Knöchlein*, Stellvertretung und Insichgeschäft (1994) 5.

[58] Dazu und für weitere Bsp s *Hübner*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977) 29.

personenrechtlichen Status dem „*Pater Familias*“ zugerechnet; einen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen brauchte und gab es in diesen Fällen nicht.[59]

Dennoch kannte das Römische Recht schon einzelne Fälle des Selbstkontrahierens. Die dazu überlieferten Digesten betreffen hauptsächlich Vermögensverwalter und ihre Vormünder. So war es Ersteren gem dem Grundsatz „*tutor in rem suam auctor fieri non potest*“ nicht möglich, Geschäfte des Mündels mit sich selbst vorzunehmen.[60] Nach *Rümelin* konnte „der Grund dieser Rechtsnorm kein anderer sein […], als daß man den Pupillen schützen wollte gegen die Gefahr einer Benachteiligung durch den Tutor“.[61] Ausnahmen bestanden aber schon damals, so zB bei Erfüllung einer Verbindlichkeit (*sibi solvere*),[62] und zwar unabhängig davon, ob es sich um die *solutio* des Vertreters an den Vertretenen[63] oder jene des Vertretenen an den Vertreter handelte[64]. Eine weitere Ausnahme war für den Auktionskauf vorgesehen.[65] Hier wurde das Schutzbedürfnis des Vertretenen als vernachlässigbar erachtet. Denn zum einen war aufgrund der Anwesenheit anderer Personen die Gefahr gebannt, dass der angenommene Preis nicht feststellbar war. Und zum anderen hätte auch ein Dritter die Möglichkeit gehabt, zum gleichen Preis „zuzuschlagen“, wodurch die Angemessenheit der Gegenleistung gewährleistet war. Ebenfalls von besagtem Grundsatz ausgenommen war der Fall, dass der Kaufpreis zunächst mit einem Dritten ausgehandelt wurde, dieser in weiterer Folge jedoch nicht bezahlte und an seiner Stelle der Vormund in den Vertrag eintrat.[66] Denn offensichtlich schien die Benachteiligungsgefahr für den Vertretenen dadurch gebannt, dass ursprünglich mit einem Dritten verhandelt wurde.

In heutiger Zeit gewagt erscheint indes die im Römischen Recht anerkannte Möglichkeit des Darlehensvertrags (*mutuum*) zwischen Tutor und Mündel.[67] So konnte sich der Vertreter aus dem Vermögen seines Mündels selbst ein Darlehen gewähren.[68]

---

[59] S dazu *Rümelin*, Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters (1888) 41; *Knöchlein*, Stellvertretung 5 ff; dort auch zur weiteren Entwicklung des Instituts der Stellvertretung.
[60] *Hupka*, Vollmacht 291; *Rümelin*, Selbstcontrahiren 44 mwN; *Hübner*, Interessenkonflikt 29 f.
[61] *Rümelin*, Selbstcontrahiren 45.
[62] *Römer*, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, ZHR 19 (1874) 67, 71 f; *Hupka*, Vollmacht 299.
[63] *Rümelin*, Selbstcontrahiren 98 ff.
[64] *Rümelin*, Selbstcontrahiren 121 ff.
[65] D. 41, 4, 2, 8-9 (*Paulus*), zitiert nach *Hübner*, Interessenkonflikt 30; zum Ganzen auch *Hupka*, Vollmacht 319 ff.
[66] D. 26, 7, 1, 56, zitiert nach *Hübner*, Interessenkonflikt 30 f.
[67] S *Römer*, ZHR 19 (1874) 72 f, der die Möglichkeit des Abschlusses eines „Darlehenscontracts“ als „besonders frappant“ bezeichnet. Letzterer subsumiert darunter auch den umgekehrten Fall der Darlehensgewährung des Vertreters an den Vertretenen. *Rümelin*, Selbstcontrahiren 159 ff, 170 und wohl auch *Hübner*, Interessenkonflikt 31 f führen dies auf einen Übersetzungsfehler zurück und sehen nur ersten Fall erfasst.
[68] *Römer*, ZHR 19 (1874) 76.

Zwar sahen die Digesten hierfür genaue Konditionen vor – ortsübliche Zinsen mussten bezahlt, ein Schuldschein ausgestellt werden –;[69] dennoch würden solche Geschäfte heutzutage nicht als ungefährlich qualifiziert werden. Die frühere Zulässigkeit der Darlehensgewährung erklärt sich jedoch aus den Umständen der damaligen Zeit. So war der Tutor ohnedies verpflichtet, das Geld seines Schutzbefohlenen zinsbringend anzulegen; und da auch die Darlehenshingabe in wirtschaftlich guten Zeiten eine ungefährliche Form der Geldanlage darstellte, erschien diese Form des Selbstkontrahierens unbedenklich.[70]

b. Frühe Kodifikationen

Wie schon das Römische Recht beschäftigte sich auch die weitere geschichtliche Entwicklung zunächst noch nicht mit der Frage nach der konstruktiven Zulässigkeit von Insichgeschäften (dazu unten I.D.1 [8]). Vielmehr ging es um die – letzterer Frage eigentlich nachgelagerte – Verhütung von Interessenkonflikten. Entsprechende Regelungen betrafen nach wie vor hauptsächlich das Vormundschaftsrecht. So sahen bspw der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756[71], der französische Code Civil von 1804[72], das Badische Landrecht von 1809/1810[73] und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863[74] zum Teil spezielle, zum Teil schon allgemeine Verbote von Geschäften zwischen Vormund und Mündel vor.

Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 ging darüber hinaus, indem es eine allgemeine Regelung der Interessenkollision auch außerhalb des Vormundschaftsrechts traf. § 21 des 1. Theils, 13. Titel lautete: „Sobald der Vortheil des Machtgebers mit dem Vortheile des Bevollmächtigten in Widerspruch kommt, darf dieser den Auftrag weder annehmen noch behalten.“[75] Auch für den Fall der Doppelvertretung wurde Vorsorge

[69] D. 26, 7, 54 (*Tryphoninus*), zitiert nach *Hübner*, Interessenkonflikt 31 f; ebenfalls behandelt von *Hupka*, Vollmacht 308.
[70] *Hübner*, Interessenkonflikt 31 f.
[71] S insb I. Theil, Cap. 7 §§ 3, 18 Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis; online abrufbar unter http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22119861_00000062.gif%22, 15.7.2013.
[72] S zB Art 420 Abs 2 aF CC sowie Art 450 Abs 3 CC; online abrufbar unter http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f2.image, 15.7.2013.
[73] Art 420 Abs 2, Art 450 Abs 3 (Vorbild war der französische Code Civil), Art 1596 Badisches Landrecht; online abrufbar unter http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BadischesLandrecht1810.htm, 15.7.2013.
[74] § 1919 Sächsisches BGB; vgl auch § 1920 *leg cit*; abrufbar unter http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGBSachsen1863.htm, 15.7.2013.
[75] Online abrufbar unter http://opinioiuris.de/quelle/1622#Dreyzehnter_Titel._Von_Erwerbung_des_Eigenthums_der_Sachen_und_Rechte_durch_einen_Dritten, 17.7.2013.

getroffen.[76] Beachtenswert ist aber nicht nur das Verbot, sondern auch die Rechtsfolge: Ein trotz der Interessenkollision abgeschlossenes Rechtsgeschäft kam wirksam zustande, sofern der Dritte redlich war.[77] Im Innenverhältnis haftete der Vertreter auf Schadenersatz.[78]

Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 regelte demgegenüber nur den Fall der gesetzlichen Vertretung.[79] Gem § 271 ABGB war „…[i]n Geschäften, welche zwischen Aeltern und einem minderjährigen Kinde, oder zwischen einem Vormunde und dem Minderjährigen vorfallen", vom Gericht ein Kurator zu bestellen.[80] Gleichermaßen erfasste § 272 *leg cit* den Fall der Doppel- oder Mehrvertretung von Minderjährigen durch denselben Vormund.[81] Das Vollmachtsrecht (§§ 1002 ff ABGB [Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung]) enthielt demgegenüber – so wie auch heute noch – keine Regelung der Insichgeschäfte.

c. Konstruktive Möglichkeit des Insichgeschäfts

Im 19. Jahrhundert vollzog sich eine Änderung in der Rechtsgeschäftslehre, die auch Auswirkungen auf die konstruktive Möglichkeit des Insichgeschäfts hatte. Denn es war nicht mehr der gemeinsame Vertragswille, der das Wesen des Vertrags bestimmte; vielmehr rückte der Begriff der Willenserklärung in den Vordergrund.[82] Für einen wirksamen Vertragsabschluss waren demnach zwei (oder mehrere) übereinstimmende Willenserklärungen erforderlich. Da es jedoch nach damaliger Ansicht einer Person nicht möglich war, zwei sich gegenüberstehende Willenserklärungen abzugeben, wurde das Selbstkontrahieren – wie auch die Doppelvertretung – für begrifflich unmöglich erklärt.[83] Nach *Muskat* war „die rechtliche Unmöglichkeit eines derartigen Vertrages [sogar] so über

[76] I. Theil, 13. Titel § 22 Allgemeines Preußisches Landrecht; online abrufbar unter http://opinioiuris.de/quelle/1622#Dreyzehnter_Titel._Von_Erwerbung_des_Eigenthums_der_Sachen_und_Rechte_durch_einen_Dritten, 17.7.2013.
[77] I. Theil, 13. Titel § 28 Allgemeines Preußisches Landrecht; online abrufbar unter http://opinioiuris.de/quelle/1622#Dreyzehnter_Titel._Von_Erwerbung_des_Eigenthums_der_Sachen_und_Rechte_durch_einen_Dritten, 17.7.2013.
[78] I. Theil, 13. Titel § 25 Allgemeines Preußisches Landrecht; online abrufbar unter http://opinioiuris.de/quelle/1622#Dreyzehnter_Titel._Von_Erwerbung_des_Eigenthums_der_Sachen_und_Rechte_durch_einen_Dritten, 17.7.2013.
[79] §§ 271, 272 ABGB.
[80] § 271 ABGB Stammfassung, welche erst durch das KindRÄG 2001 geändert wurde. Ausweislich der Materialien (ErlRV KindRÄG 2001 296 BlgNR 21. GP 79 f) handelt es sich dabei jedoch nur um eine terminologische Anpassung, nicht um eine inhaltliche Änderung.
[81] § 272 ABGB Stammfassung.
[82] Ausf zum Begriff der Willenserklärung und zu seiner geschichtlichen Entstehung *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 29 ff.
[83] ROHG Rep 768/72, ROHGZ VIII 393 ff; für Nw aus der Lehre s *Muskat*, Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, ZHR 33 (1887) 507 mit FN 1.

allen Zweifel erhaben, daß man auf deren nähere Begründung sich nicht einließ“.[84] Trotz dieser damals offenbar einhelligen Auffassung bewies *Römer*, Richter des Reichsoberhandelsgerichts, in seinem 1874 veröffentlichten Aufsatz das Gegenteil und stieß damit auf Zustimmung.[85] In seiner Argumentation stützte er sich zunächst auf die Anerkennung des Instituts der direkten Stellvertretung. Da die durch das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft erzeugten Rechte und Pflichten unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen, müsse es denkbar sein, dass Ersterer selbst als Privatperson Vertragspartner des Prinzipals werde.[86] Solange also zwei völlig getrennte Vermögensmassen[87] durch das Rechtsgeschäft einer Person berechtigt und verpflichtet werden, müsse – so *Römer* weiter – Selbstkontrahieren begrifflich möglich sein. Eine anschließende Auseinandersetzung mit den Fundstellen des Römischen Rechts bestätigte seine Ansicht.[88]

Das Reichsgericht[89] und die Lehre[90] folgten ihm und erklärten Insichgeschäfte für begrifflich möglich[91] und in weiterer Folge auch für grundsätzlich zulässig.[92] Ausnahmen bestanden nur im Fall von gesetzlichen Verboten oder eines entgegenstehenden ausdrücklich oder stillschweigend erklärten oder zu vermutenden Willens des Machtgebers.[93]

d. Entwicklung im deutschen Zivilrecht

Auch in den Beratungen zum BGB ging man zunächst (I. Kommission) noch von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Insichgeschäfts aus. „Das Verbot würde vielfach

---

[84] *Muskat*, ZHR 33 (1887) 507.
[85] *Römer*, ZHR 19 (1874) 67.
[86] *Römer*, ZHR 19 (1874) 70 f, 89, 97.
[87] So hat *Römer*, ZHR 19 (1874) 67, auch schon damals darauf hingewiesen, dass niemand Eigentum von sich selbst erwerben könne, weil er das zu erwerbende Eigentum bereits habe.
[88] *Römer*, ZHR 19 (1874) 71 ff, insb 74 f und 85: „Die stärkste Anerkennung der begrifflichen Zulässigkeit des Verkaufs an sich selbst ist aber die Nothwendigkeit für das positive Recht, denselben zu verbieten.“.
[89] RG I 82/81, RGZ 6, 11 (Abschluss zwischen zwei Genossenschaften mit dem gleichen Vorstand); RG I 355/82, RGZ 7, 119 (Selbstkontrahieren des Liquidators einer Aktiengesellschaft).
[90] S zB *Behrend*, Lehrbuch des Handelsrechts I (1886) 344 f in FN 3; *Grünhut*, Das Recht des Commissionshandels (1879) 480 ff.
[91] Eine gewisse – wenn auch untergeordnete – Rolle dürfte auch das Bedürfnis der Praxis nach Anerkennung von Selbstkontrahieren und Doppelvertretung gespielt haben; dazu ausf *Rümelin*, Selbstcontrahiren 54 ff.
[92] S auch *Knöchlein*, Stellvertretung 10 ff.
[93] S RG I 82/81, RGZ 6, 11, 16. Schon das RG erkannte dabei jedoch, dass dies nicht für den Fall der organschaftlichen Vertretungsmacht gelte: „Eine solche Beschränkung findet jedoch bei dem Vorstande einer eingetragenen Genossenschaft nicht statt, welcher nach §§. 20. 21 des Genossenschaftsgesetztes vom 4. Juli 1868 eine nach außen hin unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zur Vertretung der Genossenschaft bei den in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäften hat.“.

unhaltbare Verkehrserschwerungen schaffen“ und sei daher grundsätzlich abzulehnen.[94] Der Gesetzesentwurf sah demnach zunächst – entsprechend dem Grundsatz, dass alles, was nicht verboten, zulässig ist – keine entsprechende Regelung vor. Eine Wende brachte die Überarbeitung der II. Kommission, die sich der Kritik *Rümelins* anschloss und Insichgeschäfte grundsätzlich für unzulässig hielt, weil sie „stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Theiles mit sich bringe[n]“.[95] Am 1. Jänner 1900 wurde der Entwurf der II. Kommission Gesetz. § 181 BGB erklärt seither sowohl das Selbstkontrahieren als auch die Doppelvertretung für unzulässig. Nach dem Gesetzeswortlaut bestehen Ausnahmen nur für den Fall, dass dem Vertreter der Abschluss von Insichgeschäften gestattet wurde oder ein solches ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.[96] Die frühe Rsp[97] und auch Teile der Lehre[98] interpretierten die Norm zunächst sehr tatbestandsgetreu und lehnten eine vom Wortlaut abweichende Einschränkung oder Erweiterung strikt ab. Diese Haltung dürfte es auch gewesen sein, die *Lichtenberger* dazu veranlasste, § 181 BGB als „schlafenden Riesen“ zu bezeichnen, der – so heißt es weiter – „häufig auch unnötig geweckt“ wird.[99] Die neuere Rsp[100] und Lehre[101] sind demgegenüber weniger formal. So wird § 181 BGB heute dort einschränkend ausgelegt, wo eine Interessenkollision schon generell-abstrakt ausgeschlossen ist.[102] *Vice versa* wird die Bestimmung (in gewissen Fällen, nicht allgemein) auf Sachverhalte erstreckt, die grundsätzlich nicht den Tatbestand erfüllen, in denen jedoch eine ebenso starke Interessengefährdung zu befürchten ist.[103] Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 181 BGB ist nach völlig einhelliger Auffassung die (schwebende) Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.[104] Wirksamkeitsvoraussetzung ist es

[94] Motive zum allgemeinen Theil des BGB § 115; zitiert nach *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I (1899) 476.
[95] Protokolle zum Allgemeinen Theil des BGB § 126a, zitiert nach *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I (1899) 759.
[96] § 181 BGB: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“.
[97] S zB BGH V ZR188/64, NJW 1968, 936.
[98] *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 811 f, 819 f mwN.
[99] *Lichtenberger*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf 3 Wx 427/98, MittBayNot 1999, 470.
[100] BGH V ZB 13/04, NJW 2005, 415; BGH VIII ZR 125/83, BGHZ 91, 334; wN bei *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 3.
[101] HL, zB *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 6; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 9.
[102] Weiterführend zB *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 18 ff.
[103] *Festner*, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht (2006) 182 ff; *Hübner*, Interessenkonflikt 175 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 34 ff; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 15 ff; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 21 ff; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 24 ff.
[104] HM, s zB *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 41.

zudem, dass ein Publikationsakt gesetzt wird, der von einem mit den Verhältnissen vertrauten Dritten, nachvollzogen werden kann.[105]

e. Entwicklung im schweizerischen Zivilrecht

Im Gegensatz zu Deutschland wurde ins schweizerische Zivilrecht keine allgemeine Bestimmung über Insichgeschäfte aufgenommen; nur vereinzelt finden sich Sonderregeln, wie etwa bei der gesetzlichen Vertretung (Art 282 ZGB). Dennoch wurden Insichgeschäfte seit jeher einheitlich und ganz iSd Bestimmung des § 181 BGB behandelt.[106] Denn schon im Jahr 1913 entschied das schweizerische Bundesgericht, dass Selbstkontrahieren „von den reinen Erfüllungsgeschäften abgesehen, grundsätzlich unzulässig" sei und eine Ausnahme nur dort Platz greifen würde, „wo keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter besteht".[107] Ab dem Jahr 1937 wurde dieser Grundsatz gleichermaßen auf die Fälle der Doppelvertretung angewendet.[108] Bemerkenswert ist, dass das schweizerische Bundesgericht, das in seiner Entscheidung sogar ausdrücklich auf § 181 BGB Bezug nahm,[109] damit schon konkreter auf die Interessenlage des jeweiligen Falles abstellte, als es damals sein deutsches Pendant tat.

Auch heute noch steht die schweizerische Rechtslage auf dem Standpunkt der generellen Unzulässigkeit von Insichgeschäften. Letztere sollen ausnahmsweise nur dann Rechtswirkungen entfalten,[110] wenn entweder die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts auszuschließen ist (so etwa bei einem [Ver]Kauf zu Markt- oder Börsepreisen) oder der Vertretene dem Geschäft seine Zustimmung erteilt.[111] Zudem sieht das schweizerische Zivilrecht ein ausdrückliches Schriftlichkeitserfordernis vor. Art 718 b des Obligationenrechts (OR), der mit 1.1.2008 in Kraft trat, besagt, dass für den Fall, dass die Gesellschaft beim Abschluss eines Vertrags durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschließt, der Vertrag schriftlich abgefasst werden muss. Eine Ausnahme besteht nur für Verträge des laufenden

[105] *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 60; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 809 f, insb 810.
[106] Ausf *Hübner*, Interessenkonflikt 40 ff.
[107] BGE 39 II 561, zitiert nach http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2039561.pdf, 13.5.2013.
[108] BGE 63 II 173: „Doppelvertretung ist wie Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich unstatthaft. Folge: Ungültigkeit des Geschäftsabschlusses; Vorbehalt der Genehmigung. Entsprechende Anwendung dieser Regeln auf Organe juristischer Personen"; zitiert nach http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2063173.pdf, 13.5.2013.
[109] BGE 39 II 561, 571, zitiert nach http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2039561.pdf, 13.5.2013.
[110] Rechtsfolge ist also auch hier die (schwebende) Unwirksamkeit.
[111] *Handschin/Chou* in *Schmid*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht V/4b (2009) Art 564Rz 30; *Stutz/v der Crone*, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW/RSDA 2/2003, 102, 108.

Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von 1.000 Franken nicht übersteigt.[112]

f. Entwicklung im österreichischen Zivilrecht

Ähnlich dem schweizerischen Recht kennt auch das österreichische ABGB keine allgemeine Bestimmung über Insichgeschäfte (s aber §§ 271, 272 ABGB, § 25 Abs 4 GmbHG; vgl auch § 10 Abs 1 RAO, § 400 UGB). Zwar war es ua Ziel der drei Teilnovellen zum ABGB (1914, 1915, 1916) eine (Teil-)Anpassung an das deutsche Gesetzbuch herbeizuführen,[113] eine allgemeine (Verbots-)Regel des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung wurde jedoch nicht übernommen. Vielmehr war in der österreichischen Judikatur[114] und dem hiesigen Schrifttum[115] nach Anerkennung der konstruktiven Möglichkeit des Insichgeschäfts (dazu schon oben I.D.1 [8]) zunächst der Grundsatz seiner generellen Zulässigkeit vorherrschend. Unzulässig war der Abschluss, wenn damit gegen gesetzliche Verbote oder eine ausdrückliche Erklärung des Vollmachtgebers verstoßen wurde, aber auch allgemein bei Vorliegen einer Interessenkollision,[116] sodass es sich im Ergebnis um eine bloße sprachliche Umkehrung des *status quo* (dazu sogleich) handelte. Darüber hinaus wurde im Schutzinteresse des Vertretenen und des Rechtsverkehrs ein Manifestationsakt gefordert, der den Erklärungswillen außer Zweifel setzte und eine geheime und unkontrollierbare Rücknahme ausschloss.[117]

Die heutige Rsp[118] und Lehre[119] stehen auf dem Standpunkt der generellen Unzulässigkeit von Selbstkontrahieren und Doppel- bzw Mehrvertretung[120]. Als Grund

---

[112] Ausf dazu *v Arx*, Insichgeschäft – Schriftlichkeit notwendig, Itera Vision 2010, 35.
[113] *Schey* in *Klang*, ABGB I/1^2, 17.
[114] S zB OGH Ob I 1093/22, SZ 4/114; OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115; OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/114; OGH 3 Ob 511/77, HS 10170; OGH 5 Ob 321/77, HS 11.450; OGH 1 Ob 589/79, SZ 52/104; OGH 3 Ob 84/54, SZ 27/38.
[115] *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1^2, 817 f.
[116] OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115; OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1^2, 818; *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1^2, 278.
[117] RIS-Justiz RS0019684, zB OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115; RIS-Justiz RS0059793, zB OGH 4 Ob 7/92, RdW 1992, 371.
[118] RIS-Justiz RS001963, zB OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; OGH 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315; OGH 3 Ob 647/82, ÖJZ 1983, 159 [EvBl 39]; OGH 5 Ob 83/87, NZ 1988, 54; OGH 5 Ob 70, 71/90, ecolex 1991, 96; OGH 5 Ob 67/92, ecolex 1992, 636; s auch schon OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100.
[119] So bereits *Hupka*, Vollmacht 258 ff; *Wünsch*, Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, in FS Hämmerle (1972) 451, 453 ff; *Koziol/Welser*, Grundriss I^{13}, 215 f; *P. Bydlinski/Koziol* in KBB^3 § 1017 Rz 5; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar^2 § 1009 Rz 3; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB^3 § 1009 Rz 14 ff; s auch *Strasser* in *Rummel*, ABGB^3 § 1009 Rz 21 f, der die Doppelvertretung noch für grundsätzlich zulässig hält; aA *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/228 aE, der betont, dass ein generelles Verbot des Selbstkontrahieren nur in §§ 271 f ABGB enthalten ist.

dafür wird die mit einem Insichgeschäft typischerweise einhergehende Gefahr der Interessenkollision genannt (ausf unten I.D.2 [9]). Nur wenn eine solche ausnahmsweise auszuschließen ist, soll das Rechtsgeschäft – Manifestierung wiederum vorausgesetzt[121] – wirksam sein.[122] Gleiches gelte für die Fälle der vorherigen Gestattung oder der nachträglichen Genehmigung durch den Machtgeber.[123] Andernfalls, wenn also die Gefahr einer Interessenkollision nicht schon von vornherein ausgeschlossen werden kann und auch keine Zustimmung des Vertretenen vorliegt, handle der Vertreter nach herrschender Auffassung ohne Vertretungsmacht; das von ihm abgeschlossene Geschäft sei schwebend unwirksam.[124]

Trotz fehlender allgemeiner gesetzlicher Bestimmung zeigt sich somit im Hinblick auf die grundsätzliche Unzulässigkeit und Unwirksamkeit zivilrechtlicher Insichgeschäfte ein sehr einhelliges Bild. Weniger homogen sind demgegenüber die Begründungen dieser Ansicht. Ein Teil der Rsp und Lehre befürwortet eine Analogie zu §§ 271, 272 ABGB,[125] wonach bei Rechtsgeschäften zwischen einem geschäftsunfähigen minderjährigen Kind und seinem gesetzlichen Vertreter ein Kollisionskurator zu bestellen ist. Das darin zum Ausdruck kommende Schutzbedürfnis des Vertretenen vor Kollisionsgefahr und Beeinträchtigung seiner Interessen bestehe wie bei der gesetzlichen Vertretung auch bei rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht.[126]

---

[120] Zwischenzeitlich wurde zwischen Selbstkontrahieren und Doppel- bzw Mehrvertretung differenziert. Letztere wurde weiterhin für grundsätzlich zulässig gehalten. Ein ausnahmsweise unzulässiges Doppelkontrahieren entfaltete nur nach den Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht Wirkung im Außenverhältnis. Darüber hinaus konnte es den Vertreter schadenersatzpflichtig machen. S dazu noch *Gschnitzer*, AT 229; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 820; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[2] § 1009 Rz 22; *Knöchlein*, Stellvertretung 44; *Thöni*, wbl 1988, 103 in FN 8.

[121] OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141; OGH 3 Ob 647/82, ÖJZ 1983, 159 [EvBl 39].

[122] ZB OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39; OGH 1 Ob 719/80, SZ 54/20: Schenkung eines Reitpferds ist nicht nur mit Vorteilen verbunden; *P. Bydlinski/Koziol* in KBB[3] § 1017 Rz 5.

[123] ZB OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; OGH 3 Ob 647/82, ÖJZ 1983, 159 [EvBl 39]; OGH 6 Ob 56/05m, ecolex 2006, 134; OGH 3 Ob 521/84, ÖJZ 1986, 308 [EvBl 86]; *U. Torggler*, wbl 2000, 391: „*volenti non fit iniuria*".

[124] S ua OGH 5 Ob 119/92, ÖJZ 1993, 208 [EvBl 47]; *P. Bydlinski/Koziol* in KBB[3] § 1017 Rz 5; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar[2] § 1009 Rz 3; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 12; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14; vgl aber *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21: Die Unzulässigkeit wirke grundsätzlich nur im Innenverhältnis; da jedoch im Bereich der rechtsgeschäftlichen Vertretung Innen- und Außenverhältnis regelmäßig zusammenfallen, komme kein Vertrag zustande. Zu Recht hält *Strasser* indes fest, dass die Rechtslage eine andere wäre, wenn es sich um eine „unbeschränkbare Vollmacht" handle, wie jene eines Geschäftsführers.

[125] OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 216; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB[3] § 272 Rz 10; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 272 Rz 2; *Hopf* in KBB[3] § 272 Rz 1; *Knöchlein*, Stellvertretung 50.

[126] Ob dies auch auf Fälle von organschaftlicher Vertretungsmacht zutrifft, wird in Kapitel II.E.8 (76) ausf untersucht. Bejahend die hA und stRsp, zB *Wünsch* in FS Hämmerle 454; *Knöchlein*, Stellvertretung 50 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 159 f; OGH 2 Ob 126/04z, GesRZ 2005, 136; 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141.

Demgegenüber stellt ein anderer Teil des Schrifttums auf den erklärten bzw mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers ab.[127] Ist der Vollmachtserteilung in Bezug auf die Zulässigkeit von Insichgeschäften keine einschlägige Aussage zu entnehmen, müsse aus dem mutmaßlichen Parteiwillen geschlossen werden, dass immer dann, wenn eine Interessenkollision und damit eine abstrakte Gefährdung der Interessen des Machtgebers besteht, im Zweifel keine ausreichende Vertretungsmacht gegeben und das dennoch abgeschlossene Rechtsgeschäft unwirksam wäre.[128]

Eine weitere Begründung, welche aber soweit ersichtlich nur in Kombination verwendet wird, stützt sich darauf, dass eigenmächtig selbst- oder doppelkontrahierende Vertreter idR gegen ihre Treupflicht verstoßen.[129] Zwar berührt ein solcher Verstoß nur das Innenverhältnis, dennoch gelangen auch diese Autoren zum Ergebnis der Unwirksamkeit des Vertrags.[130] Der Zwischenschritt wird meist nicht erwähnt, dürfte jedoch darin bestehen, dass im Bereich der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht Innen- und Außenverhältnis regelmäßig zusammenfallen und so die Unwirksamkeit auf das Außenverhältnis durchschlägt.[131]

Im Ergebnis zeigt sich also im österreichischen Vollmachtsrecht – unabhängig davon, welchem der drei entwickelten Lösungsansätze man folgt – ein der deutschen Rechtslage des § 181 BGB vergleichbares Ergebnis.

---

[127] Ausdr *Hupka*, Vollmacht 284 ff; insb 286, 288; vgl auch schon *Behrend*, Lehrbuch des Handelsrechts I 344 f in FN 3 sowie *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 279, die beide auf die Schranken der Ermächtigung abstellen; vgl weiters *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21: „Sich aus Treuepflicht, *Vertrag* oder Gesetz ergebende Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens […]“ (Hervorhebung durch die Autorin).

[128] Ausf *Hupka*, Vollmacht 284 ff; insb 286, 288.

[129] *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar[2] § 1009 Rz 3 sieht im Selbstkontrahieren ein „besonders eklatantes Verstoßen gegen die Treuepflicht“; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14; vgl auch *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21: „Sich aus *Treuepflicht*, Vertrag oder Gesetz ergebende Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens…“ (Hervorhebung durch die Autorin).

[130] S die Nw bei FN 65.

[131] S *Hupka*, Vollmacht 285 ff; dazu auch *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21.

II. Teil: Mehrpersonen-GmbH

A. Einleitung

Insichgeschäfte des Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH haben in § 25 Abs 4 GmbHG eine ausdrückliche Regelung erfahren. Danach haftet der Geschäftsführer für den der Gesellschaft „aus einem Rechtsgeschäfte erwachsenen Schaden, das er mit ihr im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen hat, ohne vorher die Zustimmung des Aufsichtsrates oder, wenn kein Aufsichtsrat besteht, sämtlicher übriger Geschäftsführer erwirkt zu haben“. Wenngleich Regelungen von Insichgeschäften in der österreichischen Rechtslandschaft eher rar gesät sind (insb existiert keine der deutschen Regelung des § 181 BGB vergleichbare allgemeine Bestimmung), will das Gros der in Österreich vertretenen Ansichten auf Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze angewendet wissen, wonach Insichgeschäfte nur dann zulässig und wirksam sind, wenn der Vertretene zustimmt oder eine Gefährdung seiner Interessen von vornherein ausgeschlossen werden kann. Widrigenfalls handle der Vertreter ohne Vertretungsmacht; das Geschäft sei nicht nur pflichtwidrig, sondern auch schwebend unwirksam ist.[132]

Überprüfungsbedürftig ist, ob § 25 Abs 4 GmbHG damit nicht zu stiefmütterlich behandelt wird. So ist zwar richtig, dass die Gefahrensituation sowohl im Zivil- als auch im Gesellschaftsrecht die gleiche ist (in beiden Fällen läuft der Vertretene Gefahr, aufgrund der Interessenkollision seines Vertreters übervorteilt zu werden; darüber hinaus besteht in beiden Situationen das Risiko, dass der Vertreter die Konditionen des Geschäfts nachträglich verändert; ausf dazu s oben I.D.2 [9]). Die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten, insb die Entstehungsgeschichte des § 25 Abs 4 GmbHG sowie die Qualität der organschaftlichen Vertretungsmacht, werden damit jedoch vollständig unter den Tisch gekehrt.

Der nun folgende Teil der Arbeit, der nach einer kurzen Abgrenzung des (unmittelbaren) Anwendungsbereichs von § 25 Abs 4 GmbHG (II.B [21]; „formelle“

[132] S zB RIS-Justiz RS0028129 T 1, OGH 3 Ob 511/77, HS 10.170; OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; OGH 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*]; OGH 4 Ob 241/04a, ÖBA 2005,491 [*Zollner*]; OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548 [*Wilhelm*]; OGH 3 Ob 2325/96z, ecolex 1998, 138; OGH 1 Ob 2044/96m, GesRZ 1997, 254; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *C. Nowotny*, ecolex 2007, 5, 6; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Krejci*, GesR I 153 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/230.

Insichgeschäfte“) auf die einzelnen Voraussetzungen eines Insichgeschäfts eingeht (Manifestationsakt [II.C (24)], Protokollierung [II.D (33)] und Zustimmung [II.E (37)]), will eben jene von der hM weitgehend negierten Spezialitäten wieder in den Fokus rücken und dabei klären, ob und (wenn ja) wann und warum sie eine Andersbehandlung bedingen.

Vorauszuschicken bleibt noch, dass die vorliegende Arbeit Fälle des Selbstkontrahierens und jene der Doppelvertretung gleichbehandeln wird. Dies entspricht nicht nur schon dem Wortlaut des § 25 Abs 4 GmbHG („im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen“; vgl außerdem den wertungsähnlichen § 39 Abs 4 GmbHG: „weder im eigenen noch im fremden Namen das Stimmrecht“), sondern auch der mittlerweile hM[133] und findet seine Rechtfertigung darin, dass die Gefahrensituation für die Gesellschaft unabhängig davon besteht, ob ihre Interessen mit jenen des Geschäftsführers selbst oder mit jenen eines (ebenfalls vom Geschäftsführer vertretenen) Dritten kollidieren.

B. („Formelle“) Insichgeschäfte des Geschäftsführers

Wie schon unter I.D.1 (8) ausgeführt, liegt ein Insichgeschäft immer dann vor, wenn der Vertreter, hier also der Geschäftsführer, durch Erklärung an sich selbst rechtsgeschäftliche Wirkungen für bzw gegen den Vertretenen, die GmbH, herbeiführt.[134] Entscheidend ist demnach, dass der Geschäftsführer auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts agiert (s aber zu den „materiellen Insichgeschäften“ unten IV [203]), wobei er jedenfalls auf Seiten der GmbH im fremden Namen handelt. Ob er die Gesellschaft dabei als Einzelvertreter oder als einer von mehreren Gesamtvertretern vertritt, ist nicht relevant. Jedoch darf nicht völlig auf eine Mitwirkung des befangenen Geschäftsführers verzichtet werden. Vielmehr liegt in Fällen, in denen die Gesellschaft von einem oder mehreren anderen Geschäftsführern vertreten wird, kein Insichgeschäft vor (auch kein

[133] So bereits *Hupka*, Vollmacht 258 ff; *Wünsch* in FS Hämmerle (1972) 451, 453 ff; *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 215 f; *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 231; *Kalss*, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – Insichgeschäfte eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung gem. § 17 Abs. 5 PSG, Kathrein & Co Stiftungsletter 2009, 4, 5; *P. Bydlinski/Koziol* in KBB[3] § 1017 Rz 5; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar[2] § 1009 Rz 3; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14 ff. Zwischenzeitlich wurde zwischen Selbstkontrahieren und Doppel- bzw Mehrvertretung differenziert. Letztere wurde weiterhin für grundsätzlich zulässig gehalten. Ein ausnahmsweise unzulässiges Doppelkontrahieren entfaltete nur nach den Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht Wirkung im Außenverhältnis. Darüber hinaus konnte es den Vertreter schadenersatzpflichtig machen. S dazu noch *Gschnitzer*, AT 229; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 820; *Knöchlein*, Stellvertretung 44; *Thöni*, wbl 1988, 103 in FN 8; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21 f.

[134] *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 215 f; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 817 ff; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1017 Rz 12; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 809.

„materielles“;[135] dazu aber später mehr [IV (203)]). Gleiches gilt mE, wenn vertretungsbefugte Prokuristen, die nicht (nur) vom befangenen Geschäftsführer selbst bestellt wurden (s dazu ausf unten II.E.9 [145]),[136] für die GmbH handeln, oder wenn der Aufsichtsrat von seinem ihm in diesen Fällen ausnahmsweise zukommenden Vertretungsrecht Gebrauch macht (§ 30l Abs 1 GmbHG; s dazu unten II.E.3.a [40]). Überprüfungsbedürftig ist demgegenüber die (auch im deutschen Schrifttum kritisierte)[137] Ansicht des BGH, wonach der mit der GmbH kontrahierende Geschäftsführer einen anderen mit ihm kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer dazu ermächtigen könne, das Geschäft mit ihm abzuschließen, sodass der Tatbestand des Insichgeschäfts nicht erfüllt sei.[138] Der deutsche Gerichtshof begründet dies damit, dass die organschaftliche Gesamtvertretungsmacht durch die Ermächtigung für den darin umschriebenen Geschäftsbereich zur Alleinvertretungsmacht erstarke,[139] welche nach allgemeinen Grundsätzen unbeschränkt und unbeschränkbar wäre, sodass sie auch den Geschäftsabschluss mit einem im eigenen Namen kontrahierenden Geschäftsführer umfasse. Letzterer wirke daher auch nicht an dem Geschäft mit, wie es § 181 BGB erfordern würde, „er enthalte sich vielmehr gerade einer Mitwirkung und überläßt dem anderen die Alleinvertretung“.[140] Auf die österreichische Rechtslage lassen sich diese Überlegungen – zumindest nach der hier vertretenen Auffassung – nicht erstrecken. So handelt es sich bei der Ermächtigung richtigerweise nicht um eine Erweiterung der organschaftlichen Vertretungsmacht, sondern um die Einräumung von selbständiger/unmittelbarer[141] Untervertretungsmacht,[142] deren Charakteristikum es ist,

[135] S aber *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, ecolex 2009, 920, 922.

[136] Vgl *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 64; s BGH VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085, der ua ausführt: „Die Prokuristen einer GmbH sind indessen nicht als Unterbevollmächtigte des Geschäftsführers anzusehen, sondern erfüllen ihre Vertretungsaufgabe in eigener Verantwortung gegenüber der Gesellschaft“; für Vertretungs- und Genehmigungsbefugnis der Prokuristen auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 136; *Schneider* in *Scholz*, GmbHG[10] § 35 Rz 92; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts[3] (2007) § 23 Rz 22; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 200; dagegen *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 34; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 50; so wohl auch *Wilhelm*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548.

[137] S dazu ausf *Reinicke*, Gesamtvertretung und Insichgeschäft, NJW 1975, 1185, 1187; *Plander*, Rechtsgeschäfte zwischen Gesamtvertretern, DB 1975, 1493, 1495; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 51; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 135; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 204; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 35 Rz 62.

[138] BGH II ZR 80/73, NJW 1975, 1117; so auch *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 35 Rz 79; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 139.

[139] So auch die hL in D, s zB *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 44; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 35 Rz 97; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 120; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 93; *Hübner*, Zur Zulässigkeit der Generalvollmacht bei Kapitalgesellschaften, ZHR 143 (1979) 1, 15.

[140] BGH II ZR 80/73, NJW 1975, 1117.

[141] S dazu *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 226.

[142] Diese ist zwar entgegen hM durchaus rechtsgeschäftlicher Natur (vgl § 28 Abs 1; zutr *Kastner/Doralt/Nowotny,* Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] (1990) 384 f; aA zB *Wünsch*,

dass der Untervertreter direkt im Namen des Vertretenen auftritt und auch diesen unmittelbar berechtigt und verpflichtet.[143] Die Erteilung hat im Namen der Gesellschaft[144] durch beide kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer zu erfolgen.[145] Dabei liegen seitens des ermächtigten Kollektivvertreters zwar Züge eines Insichgeschäfts vor; in seiner Sphäre fehlt jedoch der typische Interessenkonflikt. Denn er selbst wird nicht Geschäftspartner der Gesellschaft, sodass es an gegenläufigen Interessen fehlt.[146] Solche verfolgt indes der ermächtigende Geschäftsführer-Vertragspartner. Weil Letzterer aber nicht am Vertretungsakt der Gesellschaft mitwirkt, ist der Tatbestand des Insichgeschäfts – rein formell betrachtet – tatsächlich nicht erfüllt. Dennoch gleicht die Gefahrensituation jener beim Insichgeschäft. Denn der ermächtigte Geschäftsführer ist insofern vom Willen des ermächtigenden Pendants abhängig, als die Ermächtigung von Letzterem analog § 1020 ABGB auch alleine widerrufen werden kann, enthält diese doch trotz „Selbständigkeit" der Untervertretung Züge einer Bevollmächtigung im eigenen Namen.[147] An einer anderen Stelle wird daher zu prüfen sein, ob die Regeln über Insichgeschäfte analog Anwendung finden müssen („materielle Insichgeschäft", s dazu unten IV.B.1.b [205]).[148] Formell betrachtet liegt jedoch tatsächlich kein Insichgeschäft vor, weshalb auch die nun folgenden Voraussetzungen zulässiger Insichgeschäfte auf diesen Fall (zunächst, s dazu unten IV.B.1.b [205]) keine Anwendung finden.

GmbHG § 18 Rz 25), bewirkt aber wegen des Gesetzeszwecks, die organschaftliche Vertretung zu erleichtern (oben Rz 1), dass der Ermächtigte im Umfang der Ermächtigung (§§ 1017, 1029 ABGB; § 54 UGB) als alleinvertretungsbefugt gilt und namentlich auch solche Vertretungshandlungen wirksam setzen kann, die der organschaftlichen Vertretung vorbehalten sind (insofern zutr hM, zB *Hannak,* Alleinvertretung durch ein gesamtvertretungsbefugtes Organmitglied, GesRZ 1982, 107; RIS-Justiz RS0059910). S zum Ganzen auch *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 3.

[143] Der unselbständige/mittelbare Untervertreter wird demgegenüber nur im Namen des „Hauptvertreters" (und damit nicht im Namen der Gesellschaft) tätig, er leitet seine Rechte und Pflichten nach dem aus dem Corpus Iuris Civilis (D. 50, 17, 54) stammenden Grundsatz „*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*" vom „Hauptvertreter" ab; s zum Ganzen *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 226.

[144] EB GmbHG 67.

[145] *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 4: „in vertretungsbefugter Zusammensetzung (vgl auch § 71 Abs 2 S 2 AktG)".

[146] Ausf *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger,* UGB § 48 Rz 124; *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 4; s auch *Wünsch* in FS Hämmerle 451, 460 ff.

[147] So schon *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 6; ebenso *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 160 mwN.

[148] Vgl *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 47; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 135; *Plander*, DB 1975, 1493, 1495 f.

C. Abschluss: Manifestation

1. Bekundung des Geschäftswillens

§ 25 Abs 4 GmbHG setzt zunächst voraus, dass ein Insichgeschäft „abgeschlossen" wird.[149] Dabei kann dem vom Wortlaut geforderten Abschluss nicht schon durch den bloßen internen Willensentschluss des Vertreters genügt werden.[150] Denn schon nach allgemeinen Grundsätzen kommen Rechtsgeschäfte durch Austausch empfangsbedürftiger Willenserklärungen zustande (§ 861 ABGB). Dem innerlichen Entschluss des Geschäftsführers fehlt demgegenüber der auf Herbeiführung bestimmter Rechtsfolgen gerichtete Geschäftswille.[151] Bei Abschluss eines Insichgeschäfts besteht aber insofern eine Besonderheit, als der Austausch von Willenserklärungen gar nicht möglich ist. Denn Angebot und Annahme oder genereller Abgabe und Annahme von Willenserklärungen fallen in der Person des Vertreters zusammen. Um dennoch ein Insichgeschäft abschließen zu können, muss der Geschäftswille des Vertreters nach außen in Erscheinung treten. Es bedarf des Manifestationsakts, dem nach einer altbewährten Formel der Rsp, der im Wesentlichen auch die Lehre beinahe einhellig folgt,[152] immer dann entsprochen wird, wenn der Abschlusswille des Vertreters derart nach außen zum Ausdruck gebracht wird, dass seine Erklärung unzweifelhaft feststeht und nicht mehr unkontrollierbar zurückgenommen werden kann.[153]

Die Anforderungen an den Manifestationsakt werden damit zu Recht hoch gesetzt. Denn erst wenn die Gefahr nachträglicher Manipulation oder Verschleierung vollständig ausgeschalten wurde, ist von einem Geschäftswillen des Vertreters und damit von einem

---

[149] Nicht unbedingt erforderlich ist, dass das Insichgeschäft *wirksam* abgeschlossen wurde.

[150] *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 278; *Hupka*, Vollmacht 277 f; *U. Torggler* in *Straube*, Fachwörterbuch 178; *ders*, GesRZ 2007, 273; *ders* wbl 2000, 390; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 35; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 16; vgl *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 290; *Geist*, Das Insichgeschäft des GmbH-Geschäftsführers nach dem EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, SWK 1996 B 99, 102.

[151] S dazu nur *Hupka*, Vollmacht 278.

[152] HM, *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 35; *ders*, wbl 2000, 389, 390 mwN; ausf *Geist*, SWK 1996 B 99, 102; *Thöni*, wbl 1998, 102, 103 ff; *Umfahrer*, GmbHG[6] Rz 233; weniger streng *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 290 mit FN 212, der eine Erklärung ausreichen lässt, die für eine Dritten feststellbar ist und sich damit der dhL annähert. Das vom OGH – aus seines Erachtens überbetonten Verkehrsschutzinteressen – aufgestellte Erfordernis des Ausschlusses einer geheimen und unkontrollierbaren Rücknahme hält er für nicht erforderlich, zumal Verkehrsschutzinteressen nicht mehr als sonst Beachtung verdienen.

[153] Grundlegend RG I 82/81, RGZ 6, 11; stRsp RIS-Justiz RS0108252; RS0049183; RS0019684; RS0059793; zB OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100; OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; OGH 3 Ob 2325/96z, RdW 1997, 721; OGH 3 Ob 2106/96v, SZ 71/27; OGH 1 Ob 115/02x, ÖBA 2003, 226; OGH 6 Ob 298/05z, RdW 2006, 761; OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308; OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y; OGH 5 Ob 39/10m; GesRZ 2011, 46.

Abschluss des Insichgeschäfts auszugehen. Hat es der Geschäftsführer indes nach wie vor in der Hand, bereits Vertrag gewordene Haupt- oder Nebenleistungen einseitig zu seinen Gunsten zu ändern oder sogar zu behaupten, der Vertrag sei nie abgeschlossen worden, was insb dann denkbar wäre, wenn der Vertreter nach Vertragsabschluss mit der GmbH von einem Dritten ein besseres Angebot erhält und sich diesen Vorteil nicht entgehen lassen will, liegt keine rechtlich bindende Erklärung vor.[154]

2. Schutzobjekt

Durch den Manifestationsakt geschützt wird in erster Linie der Vertretene,[155] den die Beweissicherung vor nachträglichen, geheimen Änderungen des einmal erklärten Geschäftswillens bewahrt. Doch auch Dritte, wie bspw die Gläubiger von Vertretenen und Vertreter haben ein – im Fall der Forderungsabtretung oder der Exekutionsführung in das jeweilige Vermögen besonders deutliches – schützenswertes Interesse daran, dass einmal abgeschlossene Verträge nicht nachträglich verändert oder bestritten werden.[156] Nicht zu vergessen ist, dass eine entsprechende Offenlegung auch für den Vertreter selbst von Vorteil ist, weil sie ihm die Beweisführung im Rechtsstreit über ein Insichgeschäft deutlich erleichtert. Aufgrund seines Beweissicherungszwecks[157] liegt der Manifestationsakt damit allgemein im Interesse der Verkehrssicherheit[158].

3. Anforderungen

Bezüglich der Anforderungen an den Manifestationsakt differenzieren die Ansichten. Im Sinne stRsp gefestigt ist nur die abstrakte Formel, wonach die Erklärung des Vertreters unzweifelhaft feststehen muss und nicht unkontrollierbar zurückgenommen

---

[154] Vgl *Hupka*, Vollmacht 278.

[155] *Thöni*, wbl 1998, 102, 104, bezieht den Schutz ausschließlich auf den Vertretenen. Dritte können laut *Thöni* schon deshalb nicht in den Schutzkreis miteinbezogen werden, weil zum einen bestimmte Formen des Manifestationsakts, wie bspw die Anzeige des Geschäftsabschlusses gegenüber dem Vertretenen, gar keine Publizität für sie entfalten und sie zum anderen nicht stärker zu schützen sind, wie bei „normalen" Stellvertretungsgeschäften, wo die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung und damit die Möglichkeit von Vermögensverschiebungen ohne Ankündigung stets gegeben ist. Vgl auch OGH 4 Ob 71/00w, RdW 2000/505: auch die Gläubiger des Vertretenen werden in den Schutzbereich miteinbezogen.

[156] S dazu *Hupka*, Vollmacht 277 ff, insb 281; *Wünsch* in FS Hämmerle 451, 457; *Hübner*, Interessenkonflikt 14 ff; 164.

[157] OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68.

[158] Ausdr OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100; OGH 6 Ob 10/92, wbl 1992, 402; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG 4. Lfg § 18 Rz 35; *ders*, wbl 2000, 389, 390; *Hupka*, Vollmacht 280 f; *Umfahrer*, GmbHR[6] Rz 233 aE; *Gellis/*Feil, GmbHG[7] § 20 Rz 9; auch die dhM erkennt die Gefährdung Dritter durch unerkennbare Insichgeschäfte an und folgert aus dem Gebot der Rechtssicherheit, dass ein solches Geschäft in irgendeiner Weise erkennbar sein muss; s zB *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 41; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 65.

werden darf.[159] Welche Abschlussmodalitäten diesen Anforderungen *in concreto* gerecht werden, ist indes noch nicht abschließend geklärt und soll im Folgenden untersucht werden.

Zuvor lohnt ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland, wo sich ein weniger strenges Bild zeigt. Zwar verlangt auch die dortige hM, dass Insichgeschäfte „kundbar zu machen"[160] sind; es soll hierfür jedoch „jede Art der Manifestation"[161] genügen. Einzige Anforderung sei, dass „ein mit den Verhältnissen Vertrauter [so etwa der Vertretene selbst oder ein Dritter] die Vornahme [des Insichgeschäfts] erkennen könnte".[162] Nicht entscheidend sei demgegenüber, ob tatsächlich jemand Kenntnis vom Geschäftsabschluss erlangt hätte. Selbst eine Kundgabe, die der Vertreter wieder beseitigen könnte, bevor jemand Dritter davon erfahren hätte, solle genügen.[163] Diese vergleichsweise liberalen Anforderungen dürften auf die Materialien zum BGB zurückzuführen sein, die eine „Aenderung im Bestande des einen oder anderen Vermögens, insb. durch Zahlung usw." als ausreichend ansahen.[164]

Für Österreich kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Zwar ist auch hierzulande nicht unbedingt erforderlich, dass der Vertretene selbst Kenntnis vom Geschäftsabschluss erlangt, der Vertragsinhalt muss aber zweifelsfrei und endgültig erklärt werden. Ausweislich der Materialien zum EU-GesRÄG 1996 ist eine Möglichkeit, diesen Erfordernissen zu genügen, die Protokollierung iSd § 18 Abs 5 GmbHG (dazu ausf unten III.C.3 [183]).[165] Aber auch mündlich kann ein Manifestationsakt gesetzt werden, so etwa dadurch, dass der Vertreter die Gesellschaft über das Rechtsgeschäft in Kenntnis setzt.

---

[159] RIS-Justiz RS0108252; RS0049183; RS0019684; RS0059793; zB OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100; OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; OGH 3 Ob 2325/96z, RdW 1997, 721; OGH 3 Ob 2106/96v, SZ 71/27; OGH 1 Ob 115/02x, ÖBA 2003, 226; OGH 6 Ob 298/05z, RdW 2006, 761; OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308; OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y; OGH 5 Ob 39/10m; GesRZ 2011, 46.

[160] So zB *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 60.

[161] *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 809 f, insb 810. Seine Argumentation beruht darauf, dass Rechtsgeschäfte auch sonst vielfach wirksam sind, obwohl es der Abschließende in der Hand hat, die Erklärung nachträglich unbemerkt zurückzunehmen. Die strengere Ansicht in D fordert hingegen ebenfalls eine Manifestation, die nicht jederzeit wieder vernichtet werden kann, so zB *Hupka*, Vollmacht 278.

[162] ZB RG VII 21/33, RGZ 140, 223 ff, 230.

[163] So ausdr *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 60 f; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 67.

[164] Motive zum allgemeinen Theil des BGB § 115, zitiert nach *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899) 476.

[165] S JAB 133 BlgNR 20. GP 4: „Die in der Vorschrift geforderte Urkunde kann den nach der allgemein zivilrechtlichen Lehre über das Selbstkontrahieren erforderlichen Manifestationsakt darstellen, ist aber nicht Gültigkeitserfordernis.".

Entgegen der Auffassung des OGH[166] genügt es hierfür nicht, wenn der Geschäftsführer im Vorfeld die Zustimmung gem § 25 Abs 4 GmbHG einholt. Denn damit steht der nachträgliche Abschluss nicht fest. Vielmehr könnte sich der Geschäftsführer nach wie vor umentscheiden und vom Geschäftsabschluss Abstand nehmen. Demgegenüber stellt die bei Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgte Inkenntnissetzung eines Mitgeschäftsführers, eines Gesellschafters oder eines Aufsichtsratsmitglieds sehr wohl eine ausreichende Manifestierung dar.[167] Da es bei der Wissenszurechnung von Machthabern[168] nicht darauf ankommt, ob das Wissen dienstlich oder außerdienstlich erworben wurde, ist es zudem unerheblich, ob der Mitgeschäftsführer, das Aufsichtsratsmitglied oder der Gesellschafter in eben dieser Funktion informiert wurde oder bei einem „Plauscherl" unter Freunden am Golfplatz von dem Geschäft erfahren hat. Sehr wohl erforderlich ist es mE, dass der Vertreter selbst für eine entsprechende Mitteilung sorgt. Erfährt einer der hier angesprochenen Organwalter auf andere Art vom Abschluss des Insichgeschäfts, genügt dies noch nicht dem Publizitätserfordernis. Denn zum einen spricht schon die Terminologie des Manifestations*akts* dafür, dass ein aktives Handeln des Vertreters erforderlich ist. Zum anderen ginge damit auch die der Manifestierung inhärente spezialpräventive Wirkung, den Vertreter vor nachträglichen Manipulationen abzuhalten, verloren.

Teilweise wird darüber hinaus vertreten, dass jede Artikulation des Abschlusswillens gegenüber einem Dritten ausreichend sei.[169] Dem kann mE nur unter der Zusatzvoraussetzung gefolgt werden, dass es sich bei dem Dritten um eine vom Geschäftsführer *unabhängige* Person handelt. Denn andernfalls hätte es der Vertreter erst wieder in der Hand, über den „Umweg" der Einflussnahme auf den Dritten auch auf den Vertragsinhalt Einfluss zu nehmen, sodass der Bindungswille nicht ausreichend gewährt

[166] OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115. Insb in letzter Entscheidung erweckt der OGH fälschlicherweise den Anschein, dass eine Mitteilung an den Vertretenen die einzige zulässige Form eines Manifestationsakts darstellt.

[167] OGH 2 Ob 126/04z, GesRZ 2004, 136. Zwar ist iSd traditionellen Organtheorie das Wissen (nach zutr hM jedes einzelnen [*Koppensteiner* in *Straube*, WK UGB[4] § 125 Rz 24 mwN auch der Rsp]) vertretungsbefugten Organmitglieder gleichzeitig das Wissen der juristischen Person (*Flume*, Juristische Person[3], 399 FN 119 mwN). Auf das Wissen des kontrahierenden Geschäftsführers kann es in diesem Fall aber nicht ankommen, würde es dann doch immer noch in seiner Macht stehen, das Rechtsgeschäft unkontrolliert rückgängig zu machen oder zu manipulieren. Zur Wissenszurechnung s *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 90 ff, insb 92.

[168] Dazu, dass nicht nur organschaftliche Vertreter der GmbH in den Kreis der Machthaber iSd § 337 ABGB miteinzubeziehen sind, sondern darüber hinaus auch Mitglieder anderer Organe, s *Iro*, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3, 9; *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 533.

[169] *Geist*, SWK 1996 B 99, 102; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 37; aA *Hupka*, Vollmacht 278.

wäre.[170] Eine Abgrenzung fällt hier freilich schwer. Führt man sich die Beweissicherungsfunktion des Manifestationsakts vor Augen, sollten jedenfalls all jene Personen ausgenommen werden, denen in Verfahren (zur Vermeidung von familiären Gewissenskonflikten) ein Aussageverweigerungsrecht zusteht (§ 321 Abs 1 Z 2 ZPO, eingeschränkt durch § 322 ZPO)[171]. Demnach scheiden solche Personen als Erklärungsempfänger aus, die mit dem Vertreter verheiratet oder in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Adoption verbunden sind; ferner die Pflegeeltern und Pflegekinder des Vertreters sowie die mit der Obsorge für ihn betrauten Personen, seine Sachwalter oder seine Pflegebefohlenen. Dem Ehegatten gleichgestellt und damit ebenfalls kein tauglicher Erklärungsempfänger ist der eingetragene Partner (s § 1, § 43 Abs 1 EPG, ErlRV 485 BlgNR 24. GP 4) sowie eine Person, die mit dem Vertreter in Lebensgemeinschaft lebt (§ 72 Abs 2 StGB).[172] Gleichfalls kein adäquates Erklärungs-Vis-à-Vis ist eine Person, die in anderer als familiärer Hinsicht vom Geschäftsführer abhängig ist, so etwa ein von ihm bestellter (Unter-)Vertreter oder sein Strohmann (vgl IV.B.1 [205], IV.B.2 [206]).

Die Artikulation gegenüber einem vom Geschäftsführer unabhängigen Dritten genügt demgegenüber sehr wohl dem Beweis- und damit dem Publizitätserfordernis. In dieser Hinsicht unproblematisch ist die Erklärung gegenüber einem Dritten, der ein öffentliches Amt bekleidet, wie etwa ein Notar. Geht damit die Errichtung einer Urkunde einher (was wohl in aller Regel der Fall sein wird), handelt es sich dabei um einen Manifestationsakt durch Protokollierung (§ 18 Abs 5 GmbHG, s dazu ausf III.C.3 [183]),[173] die für den Vertreter mE „sicherste“ Form, seinen Geschäftswillen zu artikulieren, weil sich dabei später die wenigsten Beweisprobleme stellen (III.C.3 [183]). Aber auch jede Anzeige gegenüber einer öffentlichen Stelle,[174] wie etwa die Anmeldung zum Firmenbuch[175] oder eine Anzeige beim Grundbuch,[176] Finanzamt,[177] Patentamt[178]

[170] Ebenso *Hupka*, Vollmacht 278.
[171] Dazu auch *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] §§ 321 – 322 Rz 3. Der eingetragene Partner ist vom Wortlaut der §§ 321, 322 ZPO grundsätzlich nicht erfasst. S aber § 43 Abs 1 Z 25 EPG, wonach auf ihn das Aussageverweigerungsrecht der §§ 321, 322 ZPO sinngemäß Anwendung findet.
[172] AA hM, s zB *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 7; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] §§ 321 – 322 Rz 3.
[173] So zB im Falle eines Notariatsakts oder einer notariellen Beurkundung.
[174] So auch *U. Torggler*, wbl 2000, 389, 390; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 37; *Hupka*, Vollmacht 278 f.
[175] Bsp: Der Geschäftsführer erwirbt im Wege des Selbstkontrahierens eigene Anteile der Gesellschaft. Eine entsprechende Anmeldung zum Firmenbuch kann einen ausreichenden Manifestationsakt darstellen.
[176] Bsp: Der Geschäftsführer erwirbt ein Grundstück der Gesellschaft und stellt ein entsprechendes Grundbuchsgesuch.
[177] Bsp: Der Geschäftsführer macht der Gesellschaft ein meldepflichtiges Geschenk und meldet dies dem Finanzamt.

oder Gemeindeamt,[179] stellt eine sichere Form der Manifestierung dar. Wenngleich weniger sicher, aber dennoch ausreichend ist die Artikulation gegenüber einer Person, die zum Vertreter in keinerlei Ehe-, Angehörigen- oder Abhängigkeitsverhältnisses steht.

Zu bedenken ist jedoch, dass die Gefahr der unkontrollierbaren Rücknahme bei der Artikulation gegenüber *gesellschaftsfremden* unabhängigen Dritten nie völlig ausgeschlossen werden kann. Denn selbst wenn es sich bei dem Dritten um einen Notar handelt, der eventuell sogar einen Notariatsakt errichtet, hätte der Geschäftsführer die Möglichkeit, die Urkunde einfach einzubehalten. Dass dies aber nicht schadet, zeigen die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des EU-GesRÄG 1996.[180] Diese beziehen sich zwar auf den von § 18 Abs 5 geforderten Protokollierungsakt. Weil der Gesetzgeber jedoch hinsichtlich der Anforderungen (vom zusätzlichen Schriftformgebot abgesehen) Anlehnung am Manifestationsakt nahm (dazu unten III.C.3 [183]), können die darin angestellten Überlegungen auch an dieser Stelle fruchtbar gemacht werden. Danach sei bei besonders wichtigen Geschäften die Urkunde notariell beglaubigt zu unterfertigen oder von Zeugen bestätigen zu lassen.[181] Dass die Gefahr der nachträglichen „Verheimlichung" damit nicht völlig beseitigt wird, nimmt der Gesetzgeber also in Kauf, weshalb es auch an dieser Stelle nicht beanstandet werden darf.

Weiters stellt die ordnungsgemäße Aufnahme in die Geschäftsbücher nach zutreffender Ansicht des OGH und der hL einen Manifestationsakt dar.[182] Denn § 190 Abs 4 UGB, der die vollständige und richtige Dokumentation von Geschäftsvorgängen bezweckt, trägt dafür Sorge, dass in Geschäftsbüchern festgehaltene Willenserklärungen nicht nachträglich manipuliert werden können („Radierverbot"[183]). Eintragungen und Aufzeichnungen dürfen nämlich „nicht in einer Weise verändert werden, dass der ursprüngliche Inhalt nicht mehr feststellbar ist" (§ 190 Abs 4 S 1 UGB). Zudem muss sich auch nach Veränderungen feststellen lassen, „ob eine Eintragung oder Aufzeichnung ursprünglich oder zu einem späteren Zeitpunkt gemacht wurde" (S 2 *leg cit*). Dies gilt sowohl für die traditionelle Buchführung in Form von gebundenen Büchern, als auch für

---

[178] Bsp: Der Geschäftsführer schließt mit der Gesellschaft einen Lizenzvertrag und stellt einen Eintragungsantrag beim Patentamt.
[179] Bsp: Der Geschäftsführer kauft ein Grundstück der Gesellschaft und beantragt nun eine Baubewilligung. Zugegebenermaßen handelt es sich dabei um keinen sehr praxisrelevanten Fall, wird doch wohl schon zuvor ein ausreichender Manifestationsakt durch einen Einverleibungsantrag beim Grundbuch gesetzt worden sein.
[180] ErlRV 32 Blg 20. GP 113.
[181] ErlRV 32 Blg 20. GP 113.
[182] So schon RG I 82/81, RGZ 6, 11; OGH 51/85, RdW 1986, 39; OGH 13.3.1996, 7 Ob 2028/96b; so auch *U. Torggler*, wbl 2000, 389, 390; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 37; *Reich-Rohrwig*, GmbHG I^2 Rz 2/229; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 92; *Hupka*, Vollmacht 279.
[183] *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB II^3 § 190 Rz 48.

die EDV-Buchführung, bei der mit speziellen Kontrollprogrammen der (hier wohl größeren) Manipulationsgefahr begegnet werden muss.[184] Weil es sich wegen des Schriftformgebots um einen Manifestationsakt durch Protokollierung (§ 18 Abs 5 GmbHG) handelt, wird darauf noch unter III.C.3 (183) einzugehen sein. Gleiches gilt für das Protokoll über eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung (III.C.3 [183]). Auf die Kenntnisnahme durch einen Dritten kann in diesen Fällen aufgrund der ausreichenden Beweissicherung verzichtet werden.

Auch „neue" Medien können eingesetzt werden. Insb ist hier an Ton- und/oder Bildaufnahmen[185] auf Diktiergeräten, Film- und Digitalkameras oder Smartphones zu denken. Die reine Aufnahme einer entsprechenden Aussage reicht allerdings noch nicht. Zusätzlich muss dafür Sorge getragen werden, dass die soeben dokumentierte Erklärung nicht nachträglich wieder geändert oder einseitig zurückgenommen werden kann. Ausreichend wäre demnach eine Speicherung iSd § 190 Abs 5 UGB.[186]

Auch im Hinblick auf einen möglichen Prozess kommt diesen „neuen" Medien ausreichende Beweisfunktion zu. Denn bei Videoaufzeichnungen, Tonbändern und sonstigen elektronischen Datenspeicherungen handelt es sich nach neuerer Auffassung aufgrund der Verkörperung von Gedanken ohne jegliche Verwendung von Schriftzeichen um sogenannte Auskunftssachen (§ 318 ZPO), die zwar in die Gruppe der Augenscheinsgegenstände fallen, auf die jedoch die Regeln für die Urkundenherausgabe sinngemäß Anwendung finden (§§ 304 ff ZPO).[187] Demnach besteht bei sogenannten gemeinschaftlichen Urkunden,[188] eine (von etwaigen Verweigerungsgründen) unbedingte Vorlagepflicht.[189] Vollstreckbar ist die Pflicht zur Vorlage allerdings nicht;[190] verweigert

[184] Zum Änderungsverbot allg *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB II[3] § 190 Rz 47 ff; *Hilber* in *U. Torggler*, UGB § 190 Rz 28.
[185] Handelt es sich bei der Bildaufnahme nicht um einen Film, sondern um ein Foto des Kaufvertrags oder eines anderen uU auch weniger formellen Dokuments, dem die erforderlichen Eckpunkte zu entnehmen sind – stellt dieses mE einen Manifestationsakt durch Protokollierung iSd § 18 Abs 5 (dazu unten III.C.3 [183]) dar, der mit Hilfe der Bildaufnahme lediglich einem Dritten zur Kenntnis gebracht wird, um den Anforderungen des S 2 HS 1 *leg cit* zu genügen.
[186] S dazu auch unten II.C.3 (25).
[187] *Rechberger/Simotta*, ZPO[8] Rz 794; *Kodek* in *Fasching/Konecny*[2] § 318 ZPO Rz 4; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] § 318 Rz 1, 3.
[188] Gemeinschaftlich ist eine Urkunde gem § 304 Abs 2 ZPO insb für Personen, „in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitigen Rechtsverhältnisse darin bekundet sind".
[189] *Rechberger/Simotta*, ZPO[8] Rz 800.
[190] OGH 3 Ob 142/06p, JBl 2007, 253; *Kodek* in *Fasching/Konecny*[2] § 303 ZPO Rz 1, § 307 ZPO Rz 11; *Rechberger/Simotta*, ZPO[8] Rz 800; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] § 307 Rz 2.

sie der Vertreter, unterliegt dies der freien Beweiswürdigung des Gerichts,[191] das daraus entsprechende Schlüsse ziehen wird.

Soll neben dem Verpflichtungsgeschäft auch das Verfügungsgeschäft in Form eines Insichgeschäfts geschlossen werden,[192] ist dabei gleichsam vorzusorgen, dass der sachenrechtliche Übertragungsakt unzweifelhaft feststeht und nicht unkontrollierbar rückgängig gemacht werden kann. Als Beispiel hierfür nennt der OGH die körperliche Übergabe nach § 426 ABGB (zu denken ist an Fälle, wo sich der vom selbstkontrahierenden Geschäftsführer verkaufte Gegenstand in seiner Wohnung befindet und von ihm in die Räumlichkeiten der Gesellschaft gebracht wird) und den Erwerb nach § 428 ABGB, wonach die Übergabe durch Erklärung erfolgt, so etwa im Fall eines Besitzkonstituts (der Geschäftsführer müsste hier unzweifelhaft und unwiderruflich erklären, dass er den verkauften Gegenstand künftig im Namen der Gesellschaft innehat) oder einer *traditio brevi manu* (hier erklärt der Geschäftsführer, der bereits vor Abschluss des Geschäfts Inhaber der Sache war, [gleichfalls unzweifelhaft und unwiderruflich], dass er fortan Besitzer ist). ME genügt auch eine Übergabe durch Zeichen (§ 427 ABGB) dem Erfordernis eines Manifestationsakts. Zulässig ist dies nach allgemeinen Regeln jedoch nur, wenn die Sache ihrer Beschaffenheit, Lage oder Verbindung nach eine körperliche Übergabe nicht zulässt (wie bspw ein Warenlager, das aus mehreren 100 Einzelteilen besteht)[193] oder wenn die körperliche Übergabe wirtschaftlich „untunlich", also mit unverhältnismäßig hohen Kosten oder Mühen verbunden wäre (wie bspw bei Frachtgütern,[194] die sich in weiter Entfernung oder unbestimmter Lage befinden oder Sachen, die ein Dritter berechtigterweise innehat[195] [Entlehner, Pfandnehmer]).[196] Dabei kommen nach dem Wortlaut des § 427 ABGB als Zeichen neben Werkzeugen, die dem Erwerber Verfügungsgewalt über die Sache verschaffen (Schlüssel), und Merkmalen, die die veränderten Beherrschungsverhältnisse erkennbar machen (Schild mit der Aufschrift

[191] *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] § 307 Rz 2.
[192] Dass dies überhaupt möglich ist, hat der OGH bereits in einer früheren Entscheidung judiziert: OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39: „Mag nun auch sicherlich auch die Erwerbsart wiederum als Insichgeschäft bewerkstelligt werden können […]". Dazu, dass auch bei Insichgeschäften die sachenrechtlichen Übertragungsakte einzuhalten sind, s RIS-Justiz RS0011144, zB OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39; OGH 1 Ob 2044/96m, wbl 1997, 302; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/228.
[193] OGH 3 Ob 45/94, ecolex 1994, 755.
[194] So auch der Wortlaut des § 427 ABGB.
[195] OGH 3.1.1860, GlUNF 1046; OGH 4 Ob 174, ZBl 1935, 423: verpfändete Nähmaschine.
[196] S dazu sowie für weitere Bsp aus der Rsp *Spielbüchler* in *Rummel,* ABGB[3] § 427 Rz 3; *Eccer* in KBB[3] § 427 Rz 2; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 427 Rz 2 ff; s auch *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 265 f.

„Eigentum der Steelpower 3000 GmbH"),[197] auch „Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird"[198] in Betracht, worunter die hM ua Wertpapiere, die eine Forderung verbriefen, amtliche Bestätigungen, Teilungsurkunden und die handelsrechtlichen Traditionspapiere, wie zB Konnossement, Lager- und Ladeschein, subsumiert[199].

4. Rechtsfolge fehlender Manifestation: Ungültigkeit

Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn es der Geschäftsführer unterlässt, einen Manifestationsakt zu setzen, ist strittig. ME ist das Rechtsgeschäft ohne Manifestation nicht abgeschlossen. Denn der Manifestationsakt bekundet den Bindungswillen des Vertreters und tritt damit an die Stelle des Austauschs von empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Er ist somit Abschluss- und Gültigkeitserfordernis.[200] Zu weiteren Rechtsfolgen fehlender Manifestation, wie insb Schadenersatzpflichten des Geschäftsführers, s unten II.F (150).

5. Zusammenfassung und Thesen

- Die Setzung eines Manifestationsakts ist Abschluss- und Gültigkeitsvoraussetzung jedes Insichgeschäfts.

- Den Anforderungen an den Manifestationsakt ist nur dann entsprochen, wenn der Geschäftsführer den Abschlusswillen derart nach außen zum Ausdruck bringt, dass seine Erklärung unzweifelhaft feststeht und nicht mehr unkontrollierbar zurückgenommen werden kann.

---

[197] S OGH 8.11.1869, GlUNF 2010: „[…] dass aber Dr. M durch die eigenhändig auf das Paquet gesetzte Aufschrift den Inhalt desselben als Eigenthum des Beklagten und sich selbst als Depositar wirklich erkennbar gemacht hat"; vgl auch RG VII 283/05, RGZ 63, 16, 17; RG II 342/26, RGZ 116, 198, 202: Das Einlegen von Geld in einen mit besonderer Aufschrift versehenen Umschlag ist ausreichend.

[198] UFS Linz RV/0999-L/02, Findok 8873.

[199] *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 427 Rz 14; *Eccer* in KBB[3] § 427 Rz 3; *Spielbüchler* in *Rummel,* ABGB[3] § 427 Rz 4. Urkunden, die bloße Beweisfunktion haben, kommen für eine Übergabe gem § 427 ABGB nicht in Frage; s zB OGH 5 Ob 123/69, SZ 42/72.

[200] S zB *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 92; *U. Torggler* in WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 35; *ders*, wbl 2000, 390; *ders*, GesRZ 2007, 273; *ders/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 53; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 115; s weiters OGH 3 Ob 647/82, ÖJZ 1983, 159 [EvBl 39]; aA *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 18 Rz 56, der zwar zunächst eingesteht, dass ohne nach außen hin für Dritte erkennbaren Tatbestand keine Willenserklärung und damit kein Rechtsgeschäft vorliegt, sich dann aber auf § 18 Abs 5 GmbHG und insb die Ausnahmeregelung des Abs 6 beruft, woraus seines Erachtens folge, dass ein Manifestationsakt weder für alle Insichgeschäfte schlechthin erforderlich, noch dass dieser Gültigkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts wäre; für Insichgeschäfte des Alleingesellschafters auch *Thöni*, wbl 1998, 102, 108.

- Dabei kann der Manifestationsakt schriftlich (durch Protokollierung iSd § 18 Abs 5 GmbHG: Notariatsakt, notariell beglaubigte oder bei einem öffentlichen Amt eingereichte Urkunde, Protokoll über eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung, in [elektronische] Buchführung aufgenommener Beleg über das Geschäft, Privaturkunde, über deren Inhalt ein vom Geschäftsführer unabhängiger Dritte in Kenntnis gesetzt wurde; ausf dazu unten III.C.3 [183]) oder mündlich (Informieren eines Gesellschafters, Aufsichtsratsmitglieds, weiteren Geschäftsführers oder anderen [unabhängigen] Dritten, Ton- und Filmaufnahmen auf entsprechenden Speichermedien) gesetzt werden.

- Der Manifestationsakt dient der Beweissicherung und liegt damit allgemein im Interesse der Verkehrssicherheit.

D. Dokumentation

1. Protokollierung analog § 18 Abs 5 GmbHG?

Gem § 18 Abs 5 S 1 GmbHG ist „…[ü]ber Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, […] unverzüglich eine Urkunde zu errichten". Wenngleich der Wortlaut nur Geschäfte (in Form des Selbstkontrahierens; auf die Doppelvertretung findet die Bestimmung keine analoge Anwendung; s dazu unten III.C.2 [178]) des Alleingesellschafters erfasst, wird die Bestimmung von Teilen der Lehre auch auf Insichgeschäfte des Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH angewendet.[201] Mit den europäischen Vorgaben der Einpersonen-RL, welche durch § 18 Abs 5 f GmbHG umgesetzt wurden, ist dies grundsätzlich konform. Zwar wurde das in Art 5 der Richtlinie geregelte Protokollierungsgebot nach der Begründung des Rates auf die „zwischen dem einzigen Gesellschafter und der von ihm vertretenen Gesellschaft abgeschlossenen Verträge […] begrenzt", um „die den kleinen Unternehmen auferlegten Formalitäten auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken",[202] woraus auf einen abschließenden Charakter der Regelung geschlossen werden könnte. Ein Blick in die überarbeiteten Erwägungsgründe zeigt jedoch, dass Art 5 nur einen Mindeststandard enthält. Demnach war es den Mitgliedstaaten freigestellt,

[201] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 210; *U. Torggler*, wbl 2000, 390 mwN, *ders* in *Straube*, WK GmbHG 4. Lfg § 18 Rz 36; *ders*, GesRZ 2007, 274; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 16 aE.
[202] Begründung des Rates vom 28.6.1989, Ratsdokument 7459/89 ADD 1, Seite 4 Punkt III.2.

weitere Regeln aufzustellen, um den möglichen Gefahren eines Insichgeschäfts zu begegnen.

Angesichts des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte von § 18 Abs 5 GmbHG ist allerdings fraglich, ob es dem Plan des österreichischen Gesetzgebers entsprach, das Protokollierungsgebot auch auf Geschäfte eines (Gesellschafter-)Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH zu erstrecken. So regelte die Regierungsvorlage zunächst noch allgemein Fälle des Selbstkontrahierens eines Gesellschafters.[203] Die Erläuternden Bemerkungen hielten sogar ausdrücklich fest, dass die Vorschrift nicht auf den Einpersonengesellschafter beschränkt sei.[204] Erst der Justizausschuss brachte diesbezüglich eine Änderung und beschränkte den Anwendungsbereich von § 18 Abs 5 f GmbHG auf Einpersonengesellschaften.[205] Vor diesem Hintergrund erscheint es freilich naheliegend, daraus den Schluss zu ziehen, dass die Protokollierungspflicht mangels Vorliegens einer Lücke auf Mehrpersonengesellschaften keine (analoge) Anwendung findet.

Dennoch gilt es die Auffassung von *Aicher/U. Torggler* zu bedenken. Danach habe der Gesetzgeber bei der im Justizausschussbericht vorgenommenen Einschränkung auf Einmanngesellschaften primär an die grundsätzliche Zulässigkeit des Selbstkontrahierens gedacht, nicht jedoch an das Formgebot im Fall des erlaubten Selbstkontrahierens in einer Mehrpersonengesellschaft, sodass das Vorliegen einer Lücke nicht von vornherein auszuschließen sei.[206] Bestätigt sehen die beiden Autoren ihre Annahme darin, dass selbst im noch weiteren Anwendungsbereich der Regierungsvorlage nur an Insichgeschäfte eines *Gesellschafter*-Geschäftsführers gedacht wurde, nicht hingegen an die in dieser Hinsicht wertungsmäßig gleichgelagerten Insichgeschäfte eines *Fremd*geschäftsführers.[207]

Wenngleich dieser Auffassung insofern zuzustimmen ist, als die Entstehungsgeschichte tatsächlich nicht hinreichend deutlich ist, um das Vorliegen einer Lücke auszuschließen, ist sie im Ergebnis dennoch abzulehnen – und zwar aus teleologischen Erwägungen. Denn mE ist es Zweck des Schriftformgebots, dem in

[203] Entsprechend der Regierungsvorlage (32 BlgNR 20. GP 33) sollte § 18 Abs 5 zunächst wie folgt lauten: „Über Rechtsgeschäfte, die ein Gesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, ist unverzüglich eine Urkunde zu errichten. Dabei ist vorzusorgen, daß nachträgliche Änderungen des Inhaltes und Zweifel über den Zeitpunkt des Abschlusses ausgeschlossen sind; die Bestellung eines Kurators ist nicht erforderlich.“.
[204] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 113.
[205] JAB 133 BlgNR 20. GP 4: „Entgegen der Regierungsvorlage wird der Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Einpersonengesellschaft beschränkt.“.
[206] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 210 bei und in FN 77; so auch *U. Torggler*, wbl 389, 390, *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 36.
[207] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 210 in FN 77 aE.

Einmanngesellschaften besonders großen Bedürfnis nach Beweissicherung[208] nachzukommen, das sich daraus erklärt, dass in solchen Gesellschaften die Gefahr von Vermögensvermischungen[209] besonders groß ist.[210] Insb besteht das (erhöhte)[211] Risiko, dass der Alleingesellschafter gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt – er also die „Todsünde" des Kapitalgesellschaftsrechts begeht –, indem er mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließt, die einem Drittvergleich nicht standhalten. §§ 82 f GmbHG ordnen zwar die Nichtigkeit solcher „vermögensauskehrender" Geschäfte an, doch hilft dies wenig, wenn nachträglich gar nicht mehr festgestellt werden kann, ob die gewährte Leistung inäquivalent oder doch angemessen war. Im schlimmsten Fall kann nachträglich nicht einmal mehr festgestellt werden, ob *überhaupt* eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat. Demgegenüber zeigt sich im Bereich der Mehrpersonen-GmbH selbst bei Abschluss durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer kein gleichartig erhöhtes Risiko einer Vermögensvermischung oder Einlagenrückgewähr. Freilich besteht auch hier die Gefahr nachträglicher Manipulation oder einer Verschleierung des Rechtsgeschäfts. Diesem Bedürfnis nach Beweissicherung kann mE aber auch mit den Anforderungen des ohnedies zu setzenden Manifestationsakts ausreichend begegnet werden. Zudem ist im Bereich der Mehrpersonengesellschaft stets (zu den Ausnahmen s II.E.6 [62]) die Zustimmung eines unbefangenen Gesellschaftsorgans (§ 25 Abs 4 GmbHG) einzuholen, was das Bedürfnis nach Beweissicherung ebenfalls nicht so eklatant erscheinen lässt wie im Einpersonen-Pendant, in dem jegliche Zustimmung und damit jegliche Einbindung

[208] Allg dazu, dass das Protokollierungsgebot der Beweissicherung dient, s zB *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 70; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 35; *ders*, wbl 2000, 391 f; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 202 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 2, 23a.

[209] Obiter zur Anerkennung der Vermögensvermischung als einen Fall der Durchgriffshaftung s zB OGH 6 Ob 313/03b, GeS 2005, 19 [*Fantur*]: „[…] wenn das Prinzip der Trennung von Vermögen der Gesellschaft und der Gesellschafter verletzt wird. S weiters BGH II ZR 16/93, NJW 1994, 1801: „[…] wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist; denn dann können die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 II [d]GmbHG) ist, nicht funktionieren.".

[210] Allg zur Vermögensvermischung s *U. Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85, 87: „Im Wesentlichen dürfte es um Gesellschaften (meist Einpersonengesellschaften) gehen, bei denen aufgrund fehlender oder äußerst mangelhafter Buchführung die stattgefundenen Bewegungen zwischen dem Verbandsvermögen und dem Privatvermögen der Gesellschafter nicht nachvollziehbar sind."; s weiters *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 13 Rz 134 sowie die Nw in der folgenden FN.

[211] Natürlich kann es auch in der Mehrpersonen-GmbH durch ein Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr kommen. Häufiger ist dies jedoch in Einmanngesellschaften der Fall, zumal dort die mangelnde Unterscheidbarkeit von Gesellschafts- und Privatvermögen ein typisches Problem darstellt (dazu *Thöni*, wbl 1988, 102, 107; vgl *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 108). Zum Ganzen s auch *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 201 ff; *U. Torggler*, wbl 2000, 391; *Kalss*, Erste, Zweite, Elfte und Zwölfte Richtlinie, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht I: Gesellschaftsrecht (1994) 119, 302.

einer dritten Person, die nachträglich über den Geschäftsinhalt Auskunft erteilen kann, entbehrlich ist (§ 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG).

2. Dokumentation gem § 25 Abs 1 GmbHG

Dass die Frage der analogen Anwendbarkeit von § 18 Abs 5 GmbHG soeben verneint wurde, bedeutet jedoch nicht, dass der Geschäftsführer bei Abschluss eines Insichgeschäfts von jeglicher Dokumentationsobliegenheit befreit wäre. Denn sehr wohl einschlägig ist die Bestimmung des § 25 Abs 1 GmbHG, wonach Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Damit geht auch die Obliegenheit einher, dass Geschäftsführer die Motive ihrer Handlungen und Entscheidungen nachvollziehbar machen.[212] Im Gegensatz zu § 18 Abs 5 GmbHG geht es dabei jedoch weniger darum, die genauen Vertragskonditionen unwiderruflich und unveränderlich festzuhalten (dafür trägt wie schon ausgeführt im Bereich der Mehrpersonen-GmbH der Manifestationsakt ausreichend Sorge), sondern vielmehr um die genaue Dokumentation der Beweggründe des Geschäftsabschlusses. Auszuführen ist demnach, warum sich der Geschäftsführer für einen Verkauf an sich selbst und gegen einen Verkauf an einen gesellschaftsfremden Dritten entschieden hat. Insb sind die Umstände offenzulegen, die einen späteren Preisvergleich erlauben, und die zeigen, ob der Vertreter zum Schaden der Gesellschaft gehandelt oder doch zu marktüblichen Preisen abgeschlossen hat.[213] Die Anforderungen des § 18 Abs 5 sind dabei nicht einschlägig. Vielmehr empfiehlt sich, die Genauigkeit der Aufzeichnungen an das damit einhergehende Haftungsrisiko anzupassen.[214] Geschützt wird durch die Dokumentation primär der Geschäftsführer selbst, der sich in einem etwaigen Haftungsprozess gem § 84 Abs 2 S 2 AktG analog freizubeweisen hat und dabei auf eine genaue Dokumentation seiner Beweggründe angewiesen ist (vgl demgegenüber § 18 Abs 5 GmbHG, der primär die Gläubiger der Gesellschaft schützen soll)[215].[216]

---

[212] *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/108 f; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 103.
[213] OGH 8 Ob 563/89, HS 20.249.
[214] *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/108.
[215] RIS-Justiz RS0124490, OGH 2 Ob 246/08b, RdW 2009, 466; OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94; *Koppensteiner*, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in FS Claussen (1997) 213, 217; *Geist*, SWK 1996 B 101; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 210 f; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 39; *ders*, wbl 2000, 391; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23a; *Kalss* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht I 304; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 49; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 70.
[216] *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 104; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/108 f.

3. Zusammenfassung und Thesen

- Die Protokollierungspflicht des § 18 Abs 5 f GmbHG ist auf Insichgeschäfte des (Gesellschafter-)Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH nicht analog anzuwenden.

- Zwar ist die Entstehungsgeschichte der Norm nicht hinreichend deutlich, um das Vorliegen einer Lücke von vornherein auszuschließen. Jedenfalls zu verneinen ist jedoch die Gleichheit des Schutzbedürfnisses, sodass der Analogieschluss (spätestens) an dieser Voraussetzung scheitert.

- Sehr wohl zu dokumentieren hat der Geschäftsführer die Gründe, die ihn zum Abschluss des Insichgeschäfts bewegt haben (§ 25 Abs 1 GmbHG). In einem etwaigen Haftungsprozess kann er so leichter beweisen, dass der Geschäftsabschluss der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entsprach.

E. Zustimmung der Gesellschaft

1. Allgemeines

Gem § 25 Abs 4 GmbHG hat der Geschäftsführer vor Abschluss eines Insichgeschäfts die Zustimmung des Aufsichtsrats oder der übrigen Geschäftsführer (zur Zustimmungskompetenz der Gesellschafter s II.E.3.c [44]) einzuholen, um eine etwaige Haftpflicht für Schäden aus dem Geschäft auszuschließen. Mit der Einschaltung neutraler Organe bezweckt die Bestimmung den Schutz der Gesellschaft vor Interessenkollisionen ihrer Geschäftsführer und der damit einhergehenden Gefahr einer Übervorteilung.[217] Ob das Insichgeschäft *ex post* betrachtet tatsächlich nachteilig war, ist irrelevant; es genügt die abstrakte Gefahr, dass die Interessen der GmbH verkürzt werden könnten.[218] Liegt eine entsprechende Zustimmung vor, ist das Geschäft nach herrschender Ansicht zulässig und wirksam.[219] Begründet wird dies oft mit den „allgemeinen Bestimmungen“, wonach

[217] S zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 272 f; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 159.
[218] *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 232 mwN aus der Rsp.
[219] S dazu zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Krejci*, GesR I 154; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 231.

Insichgeschäfte grundsätzlich der Zustimmung des Vertretenen bedürfen.[220] ME folgt die Zulässigkeit eines gestatteten Insichgeschäfts aber schon aus der Regelung des § 25 Abs 4 GmbHG selbst. Denn entgegen vereinzelter Auffassungen im Schrifttum handelt es sich dabei weder um eine bloße Haftungsnorm,[221] noch nennt die Bestimmung nur jene Organe, welche die nach den „allgemeinen Bestimmungen" erforderliche Zustimmung erteilen können (s dazu auch die besondere Rechtsnatur der Zustimmungserklärung; II.E.2 [40])[222]. Vielmehr regelt § 25 Abs 4 GmbHG neben der Haftung auch die Geschäftsführungsbefugnis beim Abschluss von Insichgeschäften (ausf unten II.E.8.b.i.2.b [83]).[223] Holt der Vertreter die von § 25 Abs 4 GmbHG geforderte Zustimmung ein, handelt er im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis und somit pflichtgemäß; der Geschäftsabschluss ist zulässig und – Vertretung in vertretungsberechtigter Zusammensetzung vorausgesetzt – wirksam.

Voraussetzung für die Zulässigkeit ist freilich, dass der Zustimmungsbeschluss verbindlich ist.[224] Er muss also entweder mangelfrei zustande kommen und daher unanfechtbar sein, oder doch zumindest unanfechtbar geworden sein.[225] Bei einem auf einem Gesellschafterbeschluss basierenden Insichgeschäftsabschluss während der Anfechtungsfrist bzw eines etwaigen Anfechtungsprozesses hat der Geschäftsführer genau zu prüfen, ob der Abschluss des Geschäfts in diesem Zeitraum der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entspricht (§ 25 Abs 1 GmbHG).[226] Zudem riskiert er, dass der Zustimmungsbeschluss nach erfolgreicher Anfechtung *ex tunc* wegfällt und das Geschäft so zu behandeln ist, als wäre es ohne Zustimmung abgeschlossen worden.[227]

---

[220] S zB *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *C. Nowotny*, ecolex 2007, 5, 6; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Krejci*, GesR I 153 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/230.

[221] So aber ausdr *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 93; *Knöchlein*, Stellvertretung 116 ff; wohl auch *Harrer*, RdW 1991, 167 ff, wenngleich Letzterer auch zugesteht, dass die Bestimmung des § 25 Abs 4 „- zumindest implizit – die Grenzen des Selbstkontrahierens verdeutliche".

[222] *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/230.

[223] Ebenso *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18; *Thöni*, wbl 1988, 105; RIS-Justiz RS0028072 T 8, OGH 29.4.1998, 9 ObA 86/98g; OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222; RIS-Justiz RS0028072 T 11, OGH 6 Ob 56/05m, ecolex 2006/55; OGH 8 Ob 4/08h, AnwBl 2008/8165; OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46 [*C. Nowotny*].

[224] Vgl *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 20 Rz 28; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 9. Dazu, dass auch ein nichtiger Beschluss haftungsentlastend sein kann, s unten II.F.1.d (159).

[225] Vgl *U. Torggler*, JBl 2006, 92 bei und in FN 91; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30.

[226] Vgl dazu *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 9.

[227] Allg zu den Rechtswirkungen einer stattgebenden Anfechtungsklage s *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 42 Rz 11.

Dass die Zustimmung dabei nicht vom befangenen Vertreter selbst erteilt werden darf, sollte mE klar sein, wird aber sowohl in Judikatur[228] als auch im Schrifttum[229] immer wieder ausdrücklich betont, weshalb es auch hier nicht unerwähnt bleiben soll. Dies gilt mE auch dann, wenn der Geschäftsführer etwa in seiner Funktion als rechtsgeschäftlicher Stellvertreter eines Gesellschafters,[230] oder als gesetzlicher Vormund desgleichen auftritt, weil der Interessenkonflikt, dem § 25 Abs 4 GmbHG entgegentreten will, auch in einem solchen Fall besteht. Auch die Tatsache, dass der Selbst- oder Doppelkontrahent der einzige Geschäftsführer der Gesellschaft ist und es mangels Aufsichtsrats und weiterer handlungsfähiger Gesellschafter kein anderes zustimmungsberechtigtes Organ gibt, befreit ihn mE nicht vom Zustimmungsvorbehalt, besteht doch immer noch die Möglichkeit der Bestellung eines Kollisionskurators.

Dafür, dass der Aufsichtsrat bzw die übrigen Geschäftsführer ihre Zustimmung nicht zu leichtfertig erteilen, sorgt der Umstand, dass die gestattenden Organwalter ihrerseits für eine Zustimmung, die nicht der jeweiligen Sorgfaltspflicht entspricht, haftbar gemacht werden können; sie übernehmen also die Mitverantwortung für das Rechtsgeschäft. Der Maßstab ihrer Haftung richtet sich dabei nach den allgemeinen Regeln (§ 25 Abs 1, § 33 GmbHG). Zusätzlich wird auch der Umstand, dass sowohl Aufsichtsratsmitglieder als auch Geschäftsführer von den Gesellschaftern abberufen werden können, dafür sorgen, dass diese ihre Zustimmung nicht zu vorschnell erteilen. Die Gesellschafter selbst, die ebenfalls zustimmungsberechtigt sind, tragen demgegenüber als „Eigentümer“ der Gesellschaft ohnedies die Eigenverantwortung. Denn ein für die Gesellschaft nachteiliges Rechtsgeschäft mindert automatisch den Wert ihrer Beteiligung.

Die Rechtsfolgen fehlender Zustimmung werden in einem eigenen Kapitel erörtert (II.E.8 [76]). Um sich jedoch die Bedeutung des Zustimmungsvorbehalts und damit des nun folgenden Teils der Arbeit schon an dieser Stelle vor Augen zu führen, darf vorweg und in aller Kürze darauf hingewiesen werden (Spannungseinbußen seien mir verziehen), dass Insichgeschäfte ohne Zustimmung grundsätzlich pflichtwidrig sind und den Geschäftsführer schadenersatzpflichtig machen. Das Insichgeschäft kann jedoch aufgrund der Tatsache, dass § 25 Abs 4 GmbHG die Vertretungsmacht grundsätzlich unberührt lässt und auch die allgemeinen zu zivilrechtlichen Insichgeschäften entwickelten Grundsätze

[228] RIS-Justiz RS0019350, zB OGH 3 Ob 647/82, ÖJZ 1983, 159 [EvBl 39], OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97, OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90, OGH 3 Ob 2106/96v, SZ 71/27.
[229] *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung[2] (2011) Rz 2/167; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 64; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.
[230] So ausdr *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23.

keine Anwendung finden (ausf dazu unten II.E.8.b [79]), dennoch wirksam zustande kommen. Dass das Zustimmungserfordernis aber keinesfalls unterschätzt werden darf, zeigt die Tatsache, dass ihm in der Praxis regelmäßig durch das Rechtsinstitut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht Außenwirkung zu Teil wird (s dazu ausf II.E.8.d.ii [116]).

2. Rechtsnatur der Zustimmung

Die Erteilung der Zustimmung gem § 25 Abs 4 erfolgt per Beschluss. Nach wie vor strittig ist die Rechtsnatur von Beschlüssen.[231] ME ist von einem mehrseitigen Rechtsgeschäft *sui generis* auszugehen, das auf die „verbindliche Fixierung des gemeinsamen Willens als Willen der Gesellschaft gerichtet"[232] und gegenüber dem zustimmungsbedürftigen Insichgeschäft rechtlich selbstständig ist.[233] Als Organbeschluss ist die Zustimmungserklärung nicht empfangsbedürftig, sodass sie ihre rechtliche Wirkung sofort entfaltet.[234]

3. Zustimmungsberechtigte Organe

a. Aufsichtsrat

Nach dem Gesetzeswortlaut fällt die Zustimmungskompetenz in erster Linie in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats.[235] Ob die Einrichtung desselben gesetzlich angeordnet war oder lediglich freiwillig erfolgte (§ 29 GmbHG), ist dabei nicht relevant. Auch ein Beirat, dem eine aufsichtsratsähnliche Funktion zukommt, ist mE zustimmungsberechtigt.[236] Nur wenn weder ein (obligatorischer oder fakultativer) Aufsichtsrat noch ein entsprechender Beirat existiert, ist die Zustimmung der übrigen Geschäftsführer einzuholen; die Zustimmungskompetenz Letzterer ist also bloß subsidiär (s dazu auch unten II.E.3.b [42]), was in der Rsp oft vertauscht wird.[237] Diese Entscheidung des Gesetzgebers passt einerseits zur Funktion des Aufsichtsrats als

[231] Für einen Überblick zum Meinungsstand s *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30g Rz 87.
[232] OGH 6 Ob 17/91, ecolex 1992, 337; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 34 Rz 3; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 34 Rz 2.
[233] *Bayreuther* in MüKo BGB[6] § 182 Rz 1; *Bub* in BeckOK BGB § 182 Rz 16.
[234] S dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 34 Rz 3; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 47 Rz 5.
[235] „[…] ohne vorher die Zustimmung des Aufsichtsrates oder, wenn kein Aufsichtsrat besteht, sämtlicher übriger Geschäftsführer erwirkt zu haben" (§ 25 Abs 4). S aber zur Kompetenz der Generalversammlung II.E.3.c (44).
[236] S auch *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 35 Rz 66.
[237] Für ein umgekehrtes Verhältnis der Zustimmungskompetenz von Aufsichtsrat und Geschäftsführern s RIS-Justiz RS0059772, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406.

Kontroll- und Überwachungsorgan der Geschäftsführung. Andererseits findet sie auch darin Rechtfertigung, dass sich durch die Entscheidung eines anderen Organs Vorgehensweisen frei nach dem Motto „Eine Hand wäscht die andere“ eher unterbinden lassen, als durch die Entscheidung von Mitgliedern des gleichen Organs. Dennoch wird es in der Praxis nicht oft zu einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat kommen. Zum einen schlichtweg deshalb, weil die wenigsten Gesellschaften mbH einen Aufsichtsrat haben. Zum anderen ist der Aufsichtsrat seit der GmbH-Novelle 1980 dazu „befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern zu vertreten“ (§ 30l Abs 1 GmbHG), und kann dem Rechtsgeschäft des Geschäftsführers damit den Charakter eines Insichgeschäfts nehmen. Wenngleich dies für das GmbHG nicht vertreten wird,[238] soll aufgrund des im Aktienrecht bestehenden Meinungsstreits zu § 97 Abs 1 AktG[239] auch an dieser Stelle betont werden, dass dem Aufsichtsrat dadurch kein Vertretungsmonopol eingeräumt wird. Vielmehr bleibt die Möglichkeit, dass der Geschäftsführer das Geschäft selbst oder mit anderen vertretungsberechtigten Geschäftsführern abschließt, weiterhin bestehen,[240] sodass insofern eine Wahlmöglichkeit besteht, die zu zeitlich parallelen, einander widersprechenden Vertretungshandlungen von Aufsichtsrat und Geschäftsführern führen kann. Werden die Erklärungen dabei gleichzeitig abgegeben, sind sie mE wirkungslos; bei zeitlich versetzten entfaltet nur die früher abgegebene rechtliche Wirkung.[241]

Vertritt der Aufsichtsrat nicht selbst die Gesellschaft, sondern erteilt er seine Zustimmung gem § 25 Abs 4 GmbHG, gelten für die Beschlussfassung die allgemeinen Regeln (§ 30g Abs 5 GmbHG). Die Abhaltung einer Sitzung ist demnach nicht unbedingt erforderlich; auch schriftliche Stimmabgaben sind zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht (§ 30g Abs 3 GmbHG).[242] Beschlüsse sind aber stets ausdrücklich zu fassen.[243] Zwar sind konkludente *Erklärungen* möglich;[244] diese entfalten aber keinesfalls die Rechtswirkungen eines Beschlusses.

---

[238] S dazu nur *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30l Rz 10 mwN.
[239] Für eine konkurrierende Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats s *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 257 bei und in FN 107; *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 71 Rz 8; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] §§ 95 – 97 Rz 71; *Reich-Rohrwig*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern? wbl 1987, 299; für eine ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats *Cernicky*, GesRZ 2002, 179, 182 f; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 97 Rz 8.
[240] HM, *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/397; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 101; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30l Rz 1; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30l Rz 10; *Cernicky*, GesRZ 2002, 179, 182 f.
[241] S dazu auch *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 300.
[242] *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30g Rz 92, 149 ff.
[243] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30g Rz 7; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30g Rz 89; *Wünsch*, GmbHG § 30g Rz 58; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 92 – 94 Rz 52; *Mertens* in KölnerKomm

Gem § 32 GmbHG hat der Aufsichtsrat der jeweils nächsten (nicht unbedingt ordentlichen)[245] Generalversammlung (unaufgefordert)[246] über den Abschluss eines Insichgeschäfts zu berichten.[247] Im Bericht sind neben dem genehmigten Geschäft auch die Gründe, die zur Zustimmung geführt haben, anzugeben.[248] Kommt der Aufsichtsrat seiner Berichtspflicht nicht nach, lässt dies die Pflichtgemäßheit des Insichgeschäfts unberührt. Aufgrund des Verweises auf § 25 Abs 4 GmbHG ist § 32 *leg cit* nicht anzuwenden, wenn der Aufsichtsrat das Geschäft im Namen der Gesellschaft (selbst) abschließt (§ 30l Abs 1 GmbHG).[249]

b. Geschäftsführer

Hat die Gesellschaft keinen Aufsichtsrat, ist für ein pflichtgemäßes Selbst- bzw Doppelkontrahieren die Zustimmung „sämtlicher übriger Geschäftsführer" zu erwirken (§ 25 Abs 4 GmbHG).[250] Dies gilt mangels gesetzlicher Differenzierung auch dann, wenn einzelgeschäftsführungsbefugte Geschäftsführer vorhanden sind.[251] Eine teleologische Reduktion der Norm auf Fälle, in denen Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller übrigen Geschäftsführer herrscht, scheitert an der mit der ausgelegten Norm korrelierenden Zielsetzung des Gesetzgebers, Insichgeschäfte im Innenverhältnis an gewisse Schranken zu binden. Alleinvertretungsmacht eines anderen Geschäftsführers (B) kann jedoch insofern eine Rolle spielen, als dieser die Gesellschaft bei einem Rechtsgeschäft mit dem Geschäftsführer A selbst vertreten kann, sodass der Tatbestand des Insichgeschäfts gar nicht erfüllt ist (s oben II.B [21]) und die („normale") Geschäftsführungsregelung gilt. Die besondere Geschäftsführungsregelung des § 25 Abs 4 GmbHG (ausf dazu unten II.E.8.b.i.2.b [83]) findet diesfalls weder unmittelbar noch analog (ausf dazu unten IV.C [223]) Anwendung. Freilich bleibt in solchen Konstellationen die Gefahr bestehen, dass

---

AktG[2] § 108 Rz 12; *Hüffer*, AktG[10] § 108 Rz 4; vgl auch *W. Doralt,* Transparenz und Kontrolle bei related party transactions, JBl 2008, 759, 764.

[244] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 92 Rz 79; *Hüffer*, AktG[10] § 108 Rz 4.

[245] *Wünsch*, GmbHG § 32.

[246] *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/396.

[247] *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 390; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/396.

[248] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 32 Rz 1 f; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 32 Rz 3 ff.

[249] *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 32 Rz 3; *Wünsch*, GmbHG § 32 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 32 Rz 2.

[250] *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *Seikel*, Umfang, Grenzen und Nachweis der Vertretungsmacht bei privaten und öffentlichen Rechtsträgern in Österreich (1998) 126. Für ein umgekehrtes Verhältnis der Zustimmungskompetenz von Aufsichtsrat und Geschäftsführern, das jedoch in eindeutigem Widerspruch zum Gesetzeswortlaut steht, s RIS-Justiz RS0059772, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; so auch OGH 3 Ob 521/84, ÖJZ 1986, 308 [EvBl 86]; OGH 6 Ob 298/05z, ecolex 2007/56. Zur zusätzlichen Zustimmungskompetenz der Gesellschafter s auch unten II.E.3.c (44).

[251] Vgl (verlagert auf die Ebene der Vertretungsmacht) RIS-Justiz RS0059477, zB OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97; OGH 3 Ob 2106/96v, SZ 71/27; OGH 20. 8. 2002, 4 Ob 146/02b.

sich Geschäftsführer gegenseitig „einen Gefallen erweisen“. Eine diesbezügliche Beschränkung ihrer Befugnisse findet jedoch keine gesetzliche Stütze und ginge mE zu weit. Auch lässt sich ein hierbei möglicher Missbrauch nicht generell abstrakt nach objektiven und einwandfrei feststellbaren Merkmalen erfassen, wie das für die Anwendung des § 25 Abs 4 zu verlangen ist.[252] Vielmehr hat sich das Vertrauen der Gesellschafter, das sie Geschäftsführern mit dem Einräumen von Einzelgeschäftsführungsbefugnis und Einzelvertretungsmacht schenken, auch auf Rechtsgeschäfte mit (anderen, ihrerseits nicht die GmbH vertretenden) Geschäftsführern zu erstrecken. Gleiches gilt, wenn Geschäftsführer in geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Zusammensetzung (B und C vertreten gemeinschaftlich) das Rechtsgeschäft mit A abschließen. Sobald jedoch der von der Kollision betroffene Geschäftsführer (A) am Geschäftsabschluss mitwirkt, er also auf beiden Seiten des Geschäfts steht, kommt die besondere Geschäftsführungsregelung des § 25 Abs 4 GmbHG zum Tragen, die zwar grundsätzlich das Außenverhältnis unberührt lässt (dazu II.E.8.b [79]), intern jedoch die Zustimmung sämtlicher übriger Geschäftsführer vorschreibt und damit Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Geschäftsführer anordnet. Besteht ohnedies Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Geschäftsführer (§ 21 Abs 1 GmbHG), bringt § 25 Abs 4 GmbHG insofern also keine Verschärfung.

Ob es ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des § 25 Abs 4 GmbHG ist, dass die darin zur Zustimmung berufenen Geschäftsführer auch eigenständig geschäftsführungsbefugt sein müssen, ist mE zu verneinen. Der OGH[253] hat dies – bezogen auf die Vertretungsbefugnis, die seines Erachtens ebenfalls von § 25 Abs 4 GmbHG beschränkt werde – jedoch bejaht. Ihm zufolge sei jedenfalls dann, wenn nur zwei gesamtvertretungsbefugte Geschäftsführer bestellt wurden, nach anderen Vertretungs- und Genehmigungsmöglichkeiten zu suchen, weil der einer Gesamtvertretung inhärente Zweck der gegenseitigen Kontrolle durch die Zustimmung eines gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführers nicht gewahrt werde.[254] „Gibt es keinen Aufsichtsrat und nur einen einzigen Geschäftsführer, oder ist kein weiterer Geschäftsführer da, der [...] eigenverantwortlich mit der Angelegenheit befaßt werden könnte, ist die Genehmigung der

[252] Vgl BGH VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085.
[253] OGH 5 Ob 67/92, RdW 1992, 369.
[254] OGH 5 Ob 67/92, RdW 1992, 369. Dies entspricht auch der hM, s zB *Seikel*, Vertretungsmacht 126; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/230; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Blasche/König*, Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot im Einzelfall und Genehmigung von Rechtsgeschäften nach Verbotsverstößen, NZG 2012, 812, 815 ff; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 51.

Gesellschafter einzuholen", so der OGH.[255] Dass dem nicht zu folgen ist, zeigt schon die Überlegung, dass sonst im gesetzlichen Regelfall der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis eine Zustimmung durch „sämtliche übrige Geschäftsführer" – wie sie Abs 4 vorsieht – nie möglich wäre. Eine im gesetzlichen Regelfall unanwendbare Regelung darf dem Gesetzgeber aber freilich nicht unterstellt werden. Zudem spricht auch der Wortlaut dagegen. Denn dieser fordert lediglich, dass sämtliche übrige Geschäftsführer dem Geschäft zustimmen und ordnet damit nichts anderes als Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Geschäftsführer an, die – und das ist der springende Punkt – auch dann gewahrt ist, wenn der zweite von zwei gesamtgeschäftsführungsbefugten Geschäftsführern dem Geschäft zustimmt. Insofern kann auch er „sämtliche übrige Geschäftsführer" repräsentieren.

Im Schrifttum kontrovers behandelt wird die Frage, ob der Aufsichtsrat auch im Fall der Zustimmungserteilung durch die übrigen Geschäftsführer der jeweils nächsten Generalversammlung einen Bericht darüber vorzulegen hat (§ 32 GmbHG; s dazu schon oben II.E.3.a [40]).[256] Teilweise wird sie mit dem Argument verneint, dass der Bericht Kenntnis über den Geschäftsabschluss voraussetze und § 32 GmbHG daher nur jene Fälle erfasse, in denen der Aufsichtsrat selbst die Zustimmung erteilt.[257] Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich die Frage jedoch gar nicht. Denn wenn die übrigen Geschäftsführer zustimmungsberechtigt sind, heißt dies aufgrund der vom Gesetz selbst vorgegebenen Rangordnung (s dazu oben II.E.3.a [40]) gleichzeitig, dass kein Aufsichtsrat existiert, wäre doch sonst primär dieser zur Zustimmung berufen.

c. Gesellschafter

i. Allgemeines

Wenngleich § 25 Abs 4 GmbHG dies nicht ausdrücklich vorsieht, entspricht es stRsp und hM, dass auch die Gesellschafter als „[o]berstes Willensorgan der Gesellschaft"[258] Insichgeschäften ihre Zustimmung erteilen können.[259] Dass der

[255] OGH 5 Ob 67/92, RdW 1992, 369.
[256] Bejahend *Wünsch*, GmbHG § 32 Rz 1; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 4/396; vgl HHB GmbHG I 10, wonach es allgemeine Pflicht des Aufsichtsrats sei, die Geschäftsführung „einer durchgreifenden Kontrolle zu unterziehen".
[257] *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 32 Rz 4; s auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 32 Rz 2.
[258] OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58; s auch *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/275.
[259] RIS-Justiz RS0059772, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406, OGH 6 Ob 298/05z, ecolex 2007/56; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG^2, 291; *Seikel*, Vertretungsmacht 126 f; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/230; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 20 Rz 23; *Wünsch* in FS Hämmerle 470; *ders*, GmbHG § 25

Gesetzgeber diese Möglichkeit in Abs 4 unerwähnt ließ, ist mE schlichtweg damit zu begründen, dass er eine Genehmigung durch die Gesellschafter wohl für selbstverständlich hielt, stellen sie doch in ihrer Gesamtheit wirtschaftlich den „Vertretenen" dar, den es zu schützen gilt. Zudem sind sie als „Eigentümer" der Gesellschaft die wahren Leidtragenden aus einem die Gesellschaft benachteiligenden Rechtsgeschäft. An ihrer Zustimmungskompetenz bestehen also trotz fehlender gesetzlicher Erwähnung keine Zweifel. Eine entgegengesetzte Auffassung ließe sich auch nur schwer mit dem Weisungsrecht der Gesellschafter vereinbaren, welches es Letzteren ermöglicht, die „übrigen Geschäftsführer" dazu anzuhalten, dem Insichgeschäft zuzustimmen, und insofern ihrem Willen zum Durchbruch zu verhelfen.

Die in Deutschland, insb von der Rsp vertretene Auffassung, wonach (sogar) eine auf den Einzelfall bezogene Gestattung durch einfachen Gesellschafterbeschluss nur dann zulässig sein soll, wenn bereits der Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Möglichkeit vorsieht („abstrakte Öffnungsklausel"),[260] ist für die österreichische Rechtslage abzulehnen. Da die Regelung des § 25 Abs 4 GmbHG schon für die Zustimmung durch den Aufsichtsrat oder die übrigen Gesellschafter keine solche Klausel vorsieht, hat dies umso mehr für die Zustimmung durch die Gesellschaftergesamtheit zu gelten, die aufgrund ihrer besonderen Stellung in der Gesellschaft[261] über mehr „Entscheidungsgewalt" verfügt als die dort genannten Organe.

Entsprechend dieser besonderen Stellung der Gesellschafter können sie mE auch dann dem Geschäftsabschluss zustimmen, wenn sich Aufsichtsrat (aufsichtsratsähnlicher Beirat) oder die übrigen Geschäftsführer geweigert haben, die Zustimmung zu erteilen.[262] Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter einen Beschluss, mit dem der Aufsichtsrat oder die übrigen Geschäftsführer das Geschäft gestattet haben, in dem Sinne „overrulen" können, dass der Abschluss letztendlich pflichtwidrig bleibt. Im Hinblick auf

---

Rz 103; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 271, 272; vgl auch schon *Ŝkerlj*, GmbHG[2] § 25 Anm 10. Ebenso die dRsp und dhM, s zB BGH III ZR 53/68, BB 1971, 1212; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 132.

[260] ZB BGH II ZB 3/91, BGHZ 114, 167, 179; OLG Celle 9 W 82/00, NZG 2000, 1034; OLG Köln 2 Wx 33/92, NJW 1993, 1018; *Knöchlein*, Stellvertretung 77 ff; *Priester*, Aktuelle Gestaltungsfragen bei GmbH-Verträgen, DStR 1992, 254, 255 f; für Gestattungen im Einzelfall aA KG 8 U 8644/00, GmbHR 2002, 327; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 35; *K. Schmidt*, GesR[4], 1075; für die Möglichkeit genereller Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot ohne Satzungsermächtigung *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 132; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 52; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 35 Rz 64.

[261] S bereits bei und in FN 258.

[262] Ausdr *Wünsch* in FS Hämmerle 470; *ders*, GmbHG § 25 Rz 103; so wohl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; vgl allg *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 33; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 20; *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG § 30j Rz 14; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 69.

eine Zustimmung des Aufsichtsrats befürwortet die hM (zugegebenermaßen nicht in Bezug auf Insichgeschäfte, sondern vielmehr generell) die Möglichkeit, dass Gesellschafter dem Geschäftsführer trotz Entscheidung des Aufsichtsrats entgegengesetzte Weisungen erteilen können.[263] Dem ist mE zu folgen, ließe sich eine andere Ansicht doch nur schwer mit der besonderen Stellung der Gesellschafterversammlung als „[o]berstes Willensorgan der Gesellschaft"[264] vereinen. Seine Grenze hat dieser Grundsatz mE jedoch dann zu finden, wenn der Geschäftsführer im (berechtigten) Vertrauen auf die erteilte Zustimmung bereits Dispositionen getätigt hat. Gleiches gilt für Zustimmungen seitens der übrigen Geschäftsführer.

Sind ein Aufsichtsrat oder weitere Geschäftsführer nicht vorhanden, stellt der Gesellschafterbeschluss die einzige Möglichkeit für den Geschäftsführer dar, das Risiko einer Haftung iSd § 25 Abs 4 GmbHG auszuschließen.[265] Daraus, dass die Materialien die Zustimmungskompetenz der Gesellschafter nicht erwähnen, ließe sich zwar auch der Schluss ziehen, dass in einem solchen Fall die Zustimmung eines anderen Organs gänzlich entbehrlich wäre;[266] dies fand jedoch weder Eingang in den Gesetzestext,[267] noch ist dies mit dem Normzweck, die Gesellschaft und damit die Gesellschaftergesamtheit vor Vermögensnachteilen zu schützen, zu vereinbaren, stellt der Gesellschafterbeschluss doch die beste Möglichkeit dar, dem Normzweck gerecht zu werden. Dass die Materialien dazu schweigen, lässt sich mE vielmehr damit erklären, dass der Gesetzgeber die Zustimmungskompetenz der Gesellschafterversammlung als selbstverständlich erachtete und er sie aus diesem Grund nicht explizit erwähnte (s schon oben II.E.3.c [44]).

Ist das Insichgeschäft als außergewöhnliches Geschäft zu qualifizieren, empfiehlt sich jedenfalls die Einholung der Zustimmung der Gesellschafter, müssten diese doch ohnedies aufgrund der Außergewöhnlichkeit der Maßnahme ihre Zustimmung erteilen.[268]

---

[263] *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 69; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 27; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 30j Rz 8; *Wünsch*, GmbHG § 30j Rz 91; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 406; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 1/53.

[264] OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58; s auch *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/275.

[265] RIS-Justiz RS0059772, jedoch nicht richtig in Bezug auf das Verhältnis der Zustimmungskompetenz von Aufsichtsrat und Geschäftsführer, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46; ausdr *Škerlj*, GmbHG[2] § 25 Anm 10: „Besteht kein Aufsichtsrat und nur ein Geschäftsführer, so kann dieser das Risiko nur durch Einholung eines Beschlusses der Gesellschafter von sich abwälzen"; s weiters *U. Torggler*, GesRZ 2007, 271, 272; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 103; *ders* in FS Hämmerle 470; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 64; vgl RIS-Justiz RS0059477, zB OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97; OGH 3 Ob 2106/96v, SZ 71/27.

[266] EB GmbHG 66.

[267] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 271, 272.

[268] S dazu zB *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 13 mwN (auch aus der Rsp). Für eine Konsultationspflicht *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 29.

Zu weiteren Vorteilen der Zustimmung dieses Gesellschaftsorgans s unten II.F.1.c.iii (155).

ii. Beschlusserfordernisse

Die Gesellschafter erteilen ihre Zustimmung per Beschluss. Für dessen Zustandekommen gelten die allgemeinen Vorschriften, sodass die Zustimmung entweder in der Generalversammlung mit einfacher Mehrheit erteilt werden kann oder außerhalb der Versammlung mittels Umlaufbeschlusses (§ 34 GmbHG). Allgemein anerkannt ist darüber hinaus auch die formlose (ausdrückliche oder konkludente) Zustimmung aller Gesellschafter,[269] was angesichts der Tatsache, dass Gesellschafterbeschlüsse generell auf diesem Weg gefasst werden können,[270] trotz oftmals anderweitiger Darstellung in Rsp und Schrifttum keine Besonderheit, sondern vielmehr schon die allgemeine Regel ist. Stimmen daher alle Gesellschafter dem Insichgeschäft zu, wäre es nach zutreffender Auffassung des OGH „eine überflüssige Formalität, auch noch die Einhaltung der Formvorschriften für die Generalversammlung oder die schriftliche Abstimmung zu verlangen".[271] Den Formvorschriften kommt in einem solchen Fall daher bloße Beweisfunktion zu.[272] Dass der OGH dabei nicht leichtfertig von einer konkludenten Zustimmung der Gesellschafter ausgeht, zeigt eine Entscheidung, wonach die Genehmigung der Bilanz nicht ohne Weiteres einer konkludenten Genehmigung eines Insichgeschäfts gleichkommt.[273]

---

[269] RIS-Justiz RS0059772, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406, OGH 6 Ob 298/05z, ecolex 2007/56; *Seikel*, Vertretungsmacht 126 f; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/230; vgl *Ŝkerlj*, GmbHG[2] § 25 Anm 10; ebenso die Rechtslage in D, s dazu schon BGH III ZR 53/68, WM 1971, 1082, 1084; *Hübner*, Interessenkonflikt 241; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 51; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 35 Rz 62; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 35; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 131.

[270] RIS-Justiz RS0059958, zB OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76, OGH 9 ObA 358/98g, RdW 1999, 529; OGH 5 Ob 223/00f, RdW 2001, 83; OGH 8 Ob 527/91, HS 22.182; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/278; so auch die dhM, zB *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 48 Rz 40.

[271] OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58; s weiters RIS-Justiz RS0017918, zB OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39, OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76, OGH 6 Ob 175/98y, RdW 199, 144, OGH 9 ObA 273/00p, ecolex 2001/215.

[272] OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58.

[273] OGH 9 ObA 86/98g, ARD 4950/18/98. Dass das Judikat den Fall der nachträglichen Genehmigung betrifft, ist an dieser Stelle insofern unschädlich, als der OGH (entgegen der hier vertretenen Auffassung, unten II.E.5.c [59]) hinsichtlich der Pflichtgemäßheit von Insichgeschäften nicht zwischen Vorweg-Zustimmung und nachträglicher Genehmigung differenziert. S dazu zB RIS-Justiz RS0028129: „Selbstkontrahieren des Vertreters ist nur dann zulässig, wenn es der Machtgeber gestattet hat beziehungsweise nachträglich genehmigt, oder wenn jede Gefährdung des Machtgebers ausgeschlossen ist.", zB OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141. Vgl aber OGH 5 Ob 223/00f, GBU 2001/02/02.

iii. Stimmrechtsausschluss gem § 39 Abs 4 GmbHG

Ist der (selbst- oder doppelkontrahierende) Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter der GmbH, ist § 39 Abs 4 S 2 Var 1 GmbHG[274] zu beachten, wonach ein Gesellschafter von der „Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit […] ihm betrifft",[275] ausgeschlossen ist. Normzweck ist die Vermeidung von Situationen, in denen sich (Geschäftsführer-)Gesellschafter von ihren eigenen (Selbstkontrahieren) oder fremden (Doppelvertretung) Interessen[276] stärker leiten lassen als von jenen der Gesellschaft.[277] Geschützt werden sollen primär Gesellschaft und Gesellschafter; Gläubiger der Gesellschaft nur reflexiv.[278] Wenngleich es hM ist, dass § 39 Abs 4 S 2 Var 1 GmbHG zu weit geraten ist, bestehen bezüglich einer Einschränkung der Norm starke Divergenzen.[279] Für die hier interessierende Frage können diese jedoch ausgeklammert werden. Denn das Stimmverbot findet jedenfalls auf solche Rechtsgeschäfte Anwendung, die auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen werden hätten können,[280] worunter ua Insichgeschäfte fallen. Der selbst- oder doppelkontrahierende Gesellschafter-Geschäftsführer hat demnach bei der Beschlussfassung über das Insichgeschäft kein Stimmrecht.[281] Ein Nachteil für die Gesellschaft ist für die Anwendung der Norm nicht erforderlich.[282] Kann ein solcher jedoch von vornherein ausgeschlossen werden – wie etwa im Fall einer reinen Schenkung

[274] Möglich wäre auch eine Subsumtion unter § 39 Abs 4 S 1 Var 1 (Befreiung von einer Verpflichtung) oder Var 2 (Zuwendung eines Vorteils). S 2 Var 1 (Vornahme eines Rechtsgeschäfts) geht aufgrund des engeren Anwendungsbereichs den beiden letztgenannten Varianten vor (s dazu *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 35). Da S 2 Var 1 sowohl ein- als auch zweiseitige Rechtsgeschäfte erfasst (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 42; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 47 Rz 69), wird im Fall der Beschlussfassung über ein Insichgeschäft in aller Regel diese Variante einschlägig sein.

[275] Zur Frage, wann ein Beschluss ein Rechtsgeschäft „betrifft" s *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder-Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 47 Rz 69.

[276] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 37 betonen zu Recht, dass es unerheblich ist, ob sich der Gesellschafter bei der Abstimmung von eigenen Interessen oder Fremdinteressen leiten lässt.

[277] Zum Normzweck s *Koppensteiner*, Zum sachlichen Anwendungsbereich der Stimmverbote nach § 39 Abs 4 GmbHG, wbl 2013, 61; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 31; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 39 Rz 72; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[11] § 47 Rz 100; *Hüffer* in *Ulmer*, GmbHG § 47 Rz 122; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 47 Rz 76; s auch OGH 3 Ob 402, ÖBA 1960, 58; BGH II ZR 246/88, NJW 1989, 2694, 2696.

[278] *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 39 Rz 73; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 47 Rz 28; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[11] § 47 Rz 100.

[279] S zB *Koppensteiner*, wbl 2013, 64.

[280] *Koppensteiner*, wbl 2013, 61, 64; *Hüffer* in *Ulmer*, GmbHG § 47 Rz 153 ff; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 47 Rz 81.

[281] *Wünsch* in FS Hämmerle 451, 470; *ders*, GmbHG § 25 Rz 103; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 108; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 47 Rz 69.

[282] OGH 6 Ob 169/09k, GesRZ 2010, 273 [*Thöni*]; *S. Schmidt*, Stimmverbote 42 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 42; s aber OGH 5 Ob 288/74, SZ 47/143; *Reich-Rohrwig*, GmbHR 348.

–, ist die Regelung teleologisch zu reduzieren.[283] Im Fall der Beschlussfassung über Insichgeschäfte wird dies freilich eher eine theoretische Möglichkeit bleiben, ist in einem solchen Fall doch gar keine Zustimmung erforderlich, weil schon die Bestimmung des § 25 Abs 4 GmbHG teleologisch zu reduzieren ist (s dazu II.E.6.b [63]).

Auch der Fall, in dem die Gesellschafter nicht über ein konkretes Insichgeschäft mit einem konkreten Gesellschafter-Geschäftsführer abstimmen, sondern eine generelle Ermächtigung zum Abschluss von Insichgeschäften an alle, mehrere einzelne oder einen einzelnen Gesellschafter-Geschäftsführer aussprechen (dazu noch unten II.E.5.b [55]), unterliegt mE dem Stimmverbot des § 39 Abs 4 S 2 Var 1 GmbHG.[284] Denn die Abstimmung „betrifft" auch in diesem Fall (zukünftige und noch nicht konkretisierte) Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter.

Die Frage, ob das Stimmverbot gem § 39 Abs 4 S 2 Var 1 GmbHG abbedungen werden kann, wird in der Literatur nicht einhellig beantwortet.[285] Da die Materialien aber eindeutig anordnen, dass Stimmverbote „ihrer Beschaffenheit" nach die „Ausstattung mit zwingender Kraft" verlangen,[286] ist sie zu verneinen. Stimmt ein Gesellschafter-Geschäftsführer trotz Stimmverbot bei der Beschlussfassung mit, ist seine Stimme ungültig.[287] Wird sie bei der Feststellung des Beschlusses dennoch mitgezählt, ist der Beschluss anfechtbar.[288]

---

[283] *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 36.

[284] Vgl auch *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 36; *Koppensteiner*, wbl 2013, 61, 64, stellt idZ darauf ab, ob „die Umstände des Falles erkennen lassen, dass die Ermächtigung zu Gunsten eines Gesellschafters genutzt werden soll", was bei einer Ermächtigung zum Abschluss von Insichgeschäften mE immer der Fall ist. S auch *dens/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 47 Rz 69. *Knöchlein*, Stellvertretung 85 ff, spricht sich iZm generellen Ermächtigungsbeschlüssen gegen ein Stimmverbot aus. Wird dem Gesellschafter-Geschäftsführer das Selbstkontrahieren generell, also losgelöst von einem konkreten Geschäftsabschluss, erlaubt, könne dieser sehr wohl an der Entscheidungsfindung mitwirken. Bei einer solchen generellen Gestattung handle es sich seiner Ansicht nach ausschließlich um eine Regelung des Vertretungsumfangs, die als korporativer Akt keinen Ausschluss vom Stimmrecht rechtfertigen würde. Vielmehr sei ein solcher Ermächtigungsbeschluss mit der Wahl eines Gesellschafters zum Geschäftsführer zu vergleichen, bei der derjenige Gesellschafter ebenfalls stimmberechtigt ist.

[285] Dafür *Fantur*, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, GeS 2006, 335, 337 f; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 39 Rz 14; *Gaggl/Sigari-Majd*, Abänderung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag, ecolex 2003, 338, 342 f; hM in D, zB *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[11] § 47 Rz 173; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 47 Rz 106; dagegen *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 40; *S. Schmidt*, Stimmverbote 75; *Roth* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 47 Rz 59.

[286] EB GmbHG 70.

[287] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 47; *Koppensteiner*, wbl 2013, 62; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 39 Rz 91; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 39 mwN auch der gegenteiligen Rsp.

[288] *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 39; RIS-Justiz RS0059906; RS0060117.

d. Prokuristen?

Fraglich ist, ob neben Aufsichtsrat (aufsichtsratsähnlichem Beirat), den übrigen Geschäftsführern und den Gesellschaftern auch Prokuristen einem Insichgeschäft des Geschäftsführers ihre Zustimmung erteilen können. Dagegen spricht freilich zunächst der Wortlaut des § 25 Abs 4 GmbHG, der diese Möglichkeit unerwähnt ließ – doch war dieses gesetzliche *datum* auch der Zustimmung durch die Gesellschafter nicht schädlich. Dennoch – die hier gegebene Konstellation ist eine ganz andere: Während nämlich die Gesellschafter als „[o]berstes Willensorgan der Gesellschaft“[289] allen anderen von § 25 Abs 4 GmbHG genannten Organen „übergeordnet“ sind, stehen Letzteren die hier interessierenden rechtsgeschäftlichen Vertreter nicht einmal gleichrangig gegenüber. Die Wertung der Bestimmung, die im Sinne einer Kontrollfunktion die Zustimmung eines übergeordneten oder doch zumindest gleichrangigen Organs verlangt, lässt sich daher nicht auf Prokuristen übertragen,[290] zumal es sich bei Letzteren um gar keine Gesellschafts*organe* handelt. *Ergo* vermag es ihre Zustimmung nicht, dem Insichgeschäft die Pflichtwidrigkeit zu nehmen. Kritische (und idZ geschäftsführerfreundliche) Zungen könnten hier nun aber eine gewisse Inkonsistenz ankreiden, wurde doch schon an einer anderen Stelle erwähnt, dass Prokuristen aufgrund ihrer eigenen Vertretungsmacht durchaus Geschäfte mit Geschäftsführern oder – so im Fall der Doppelvertretung – mit von diesen vertretenen Dritten schließen können, vorausgesetzt die betreffenden Prokuristen wurden nicht (nur) vom befangenen Geschäftsführer bestellt (s dazu II.B [21]). Als ob dem noch nicht genug wäre, wird später auch noch gezeigt, dass Prokuristen in vertretungsberechtigter Zusammensetzung sogar zur Genehmigung eines schwebend unwirksamen Insichgeschäfts befugt sind (s dazu II.E.9 [145]).[291] Doch auch wenn dies

[289] OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58.

[290] So schon *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 55; mit dem gleichen Ergebnis jedoch ohne Begründung *Umfahrer*, GmbH[6] FN 620. Vgl auch die Rsp des schweizerischen Bundesgerichts, wonach Insichgeschäfte (zu ihrer Wirksamkeit) der „Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ“ bedürfen, zB BGE 126 III 361 Erwägungsgrund 3a, zitiert nach http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-361%3Ade, 1.7.2014. S aber auch *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 64, wonach eine Zustimmung „durch den (wirtschaftlich abhängigen) Prokuristen“ nicht ausreiche, sodass im Umkehrschluss die Zustimmung durch einen wirtschaftlich *nicht* abhängigen Prokuristen genügen dürfte.

[291] S *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 64; BGH VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085, der ua ausführt: „Die Prokuristen einer GmbH sind indessen nicht als Unterbevollmächtigte des Geschäftsführers anzusehen, sondern erfüllen ihre Vertretungsaufgabe in eigener Verantwortung gegenüber der Gesellschaft“; für Vertretungs- und Genehmigungsbefugnis der Prokuristen auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 136; *Schneider* in *Scholz*, GmbHG[10] § 35 Rz 92; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts[3] (2007) § 23 Rz 22; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 200; dagegen *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 34; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 50; so wohl auch *Wilhelm*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548.

prima vista inkonsequent erscheinen mag, zeigen doch schon einfache Überlegungen das Gegenteil: So ist zu ersterem Einwand auszuführen, dass § 25 Abs 4 GmbHG zwar für den Fall eines Insichgeschäfts spezielle Geschäftsführungsregeln vorsieht, nicht jedoch für den Fall eines „normalen" Geschäfts mit einem Geschäftsführer. Tritt auf Seiten der Gesellschaft nicht der Vertragspartner- oder Doppelvertreter-Geschäftsführer auf, sondern ein von diesem unabhängiger und selbst vertretungsberechtigter Prokurist, sind die Tatbestandsvoraussetzungen nicht gegeben; die Rechtsfolgen, wie insb der Zustimmungsvorbehalt, werden nicht schlagend. In der zweiten Konstellation liegt indes sehr wohl ein (schwebend unwirksames) Insichgeschäft vor. Da jedoch die Situation bei der nachträglichen Genehmigung weniger jener des § 25 Abs 4 GmbHG, sondern vielmehr jener, in der „von Haus aus" andere Vertreter das Geschäft mit dem Vertragspartner- bzw Doppelvertreter-Geschäftsführer abschließen, gleicht (da wie dort vertritt ein vom Geschäftsführer unabhängiger Vertreter), sind hier die allgemeinen Geschäftsführungs- und Vertretungsregeln einschlägig und nicht die besondere Geschäftsführungsregelung des § 25 Abs 4 GmbHG (ausf unten II.E.8.b.i.2.b [83]). Für die (Vorweg-)Zustimmung zu einem Insichgeschäft ist jedoch § 25 Abs 4 GmbHG zu beachten, dessen Wertung eindeutig gegen eine Zustimmungskompetenz der Prokuristen spricht.

4. Mögliche Satzungsregelungen

Die (generelle oder gattungsmäßige; s dazu unten II.E.5.b [55]) Zustimmung der Gesellschafter zu Insichgeschäften kann nach einhelliger Lehre und Rsp schon im Gesellschaftsvertrag erfolgen.[292] Dabei handelt es sich mE um eine bloße Änderung der Geschäftsführungsbefugnis, die die von Abs 4 angeordnete Pflichtwidrigkeit des Geschäftsabschlusses von vornherein ausschließt.[293] Zu beachten ist, dass es sich selbst bei genereller satzungsmäßiger Gestattung noch lange nicht um einen Freibrief zum Abschluss von Insichgeschäften handelt. Der Geschäftsführer hat nämlich nach wie vor die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers (§ 25 Abs 1 GmbHG) anzuwenden, weshalb der Abschluss eines die Gesellschaft erkennbar benachteiligenden Insichgeschäfts trotz Gestattung in der Satzung haftungsbegründend sein kann; zwar nicht nach Abs 4, jedoch

[292] OLG Wien 4 R 175/65, NZ 1965, 181; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 105; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 292; *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 233; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; s zur dRechtslage BGH II ZB 3/91, BGHZ 114, 167 ff; *Hübner*, Interessenkonflikt 233 f; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 183; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 52; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 35 Rz 62; zwfl *C. Nowotny*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46, 47.

[293] *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 55.

nach Abs 1, 2.[294] Wird eine solche Regelung nicht schon bei Gründung der Gesellschaft getroffen, bedarf es zu einer späteren Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag einer Satzungsänderung und damit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 50 Abs 1 GmbHG).

Die Frage nach der Eintragungsfähigkeit einer derartigen Satzungsregelung wird sowohl vom OGH[295] als auch vom überwiegenden (österreichischen) Schrifttum verneint.[296] Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich die Frage hingegen gar nicht, weil es sich bei der im Gesellschaftsvertrag vorweg erteilten Zustimmung zum Abschluss von Insichgeschäften entgegen herrschender Ansicht nicht um eine Erweiterung der Vertretungsmacht, sondern um eine Erweiterung der (nach § 25 Abs 4 GmbHG eingeschränkten) Geschäftsführungsbefugnis handelt und eine solche schon nach allgemeinen Grundsätzen mangels Verkehrsinteresses nicht im Firmenbuch eingetragen werden kann.[297]

5. Formen der Zustimmung

a. Ausdrückliche und stillschweigende Zustimmung

Die Zustimmungserklärung kann grundsätzlich ausdrücklich („durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen“) oder stillschweigend erteilt werden (§ 863 ABGB).[298]

---

[294] S auch *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 161; *P: Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 292.

[295] RIS-Justiz RS0059088, OGH 6 Ob 10/92, GesRZ 1992, 289; aA OLG Wien 13.12.1991, 33 Ra 81/91.

[296] S etwa *C. Nowotny*, RdW 1987, 35; *Thöni*, wbl 1988, 102; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 111; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 116; jetzt wohl auch *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/234; s aber noch *dens*, GmbHR 121; *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 233. Die dhM spricht sich weitestgehend für eine (deklarativ wirkende) Eintragungspflicht von generellen Befreiungen vom Selbstkontrahierungsverbot aus und beruft sich dabei auf § 10 Abs 1 S 2 dGmbHG („Ferner ist einzutragen, welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben.“); s zB *Priester*, DStR 1992, 254, 256; *K. Schmidt*, GesR[4], 263, 1075; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 30 aE; so auch die dRsp, s zB BGH II ZB 8/82, NJW 1983, 1676; aA *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 35 Rz 75 f. Die Eintragung einer Einzelfallgestattung wird demgegenüber von der hM abgelehnt, s dazu zB *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 133. Eine Satzungsregelung, die bloß zur Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot ermächtigt, ist ebenfalls nicht ins Handelsregister einzutragen; s dazu BayObLG, BReg 1 Z 126/81, WM 1982, 1033; *Blasche*, NZG 2012, 812.

[297] S dazu den (grundsätzlich; s zB OGH 6 Ob 307/05y, wbl 2006, 384; *G. Nowotny* in *Kodek ea*, FBG § 1 Rz 6 f; s aber auch OGH 6 Ob 131/09x, wbl 2009/245) taxativen Katalog der im Firmenbuch eintragungspflichtigen und eintragungsfähigen Tatsachen in § 3 ff FBG; vgl auch *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB § 7 Rz 9.

[298] S zur generellen Gleichstellung von ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen OGH 8 ObA 282/95, DRdA 1996, 302 [*Kerschner*]; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 863 Rz 9; *Bollenberger* in KBB[3] § 863 Rz 2; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 863 Rz 10; ausdr zur stillschweigenden Genehmigung von Insichgeschäften durch sämtliche Gesellschafter s RIS-Justiz RS0017917, zB OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58, 3 Ob 51/58, RdW 1986, 39 (Genehmigung der Bilanz stellt noch keine konkludente Genehmigung dar), OGH 6 Ob 175/98y, RdW 199, 144, OGH 9 ObA 273/00p, ecolex 2001/215; allg zur

Stillschweigende Zustimmung kann aus einer aktiven Handlung folgen (konkludente oder schlüssige Willenserklärung), aber auch aus einem passiven Unterlassen (Schweigen; s dazu den nächsten Abs).[299] Voraussetzung einer konkludenten oder schlüssigen Zustimmung ist, dass der Erklärende solche Handlungen setzt, „welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln übrig lassen" (§ 863 ABGB).[300] Der potentielle Erklärungsempfänger muss das fragliche Verhalten als „unmißverständlichen Ausdruck des Zustimmungswillens"[301] verstehen (und auch verstehen dürfen [objektiver Erklärungswert])[302]. Dem BGH folgend ist dies bspw dann anzunehmen, wenn die beiden einzigen Gesellschafter A und B die Vertragsbedingungen des Rechtsgeschäfts, das der (Gesellschafter-)Geschäftsführer B im eigenen und im Namen der Gesellschaft abschließt, ausgehandelt und den Vertrag unterschrieben haben. Die Mitwirkung des A am Vertragsabschluss stellt eine konkludente Zustimmung der Gesellschaft dar, sodass ein ausdrücklicher, auf Zustimmung lautender Gesellschafterbeschluss entbehrlich ist.[303] Die Mitwirkung an den Vertragsverhandlungen, welche sich letztlich im Vertragsinhalt manifestiert haben (dies ist mE daraus zu folgern, dass die Gesellschafter abschließend den Vertrag unterzeichneten), kann unzweifelhaft als Zustimmung interpretiert werden.

Schweigen gilt in der Regel nicht als Zustimmung.[304] Zwar kommen gem § 863 Abs 2 ABGB auch Unterlassungen als stillschweigende Erklärungen in Frage. Weil Schweigen aber stets mehrere Motive haben kann, ist ihm allein grundsätzlich noch kein Erklärungswert beizumessen.[305] In Rsp und Lehre haben sich jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz entwickelt, sodass bei Vorliegen besonderer Umstände auch bloßes Schweigen als Zustimmung gewertet werden kann;[306] so zB, wenn nach Treu und Glauben

---

Zustimmung durch schlüssiges Verhalten s RG I 129/41, RGZ 170, 233, 237; *Baetzgen*, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, RNotZ 2005, 193, 201; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 51 f; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 48 f, jeweils mwN.

[299] S schon *v Zeiller*, Commentar zum ABGB III/1 § 863 Anm 3.

[300] S dazu auch OGH 1 Ob 564/95, SZ 68/105; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 863 Rz 12.

[301] *Gursky* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 182 Rz 19.

[302] OGH 7 Ob 231/02z, RdW 2003, 495.

[303] BGH III ZR 53/68, WM 1971, 1082; s auch BayObLG BReg 1 Z 69/80, BayObLGZ 1980, 209; KG 8 U 8644/99, BeckRS 2001, 30201128.

[304] S zB OGH 3 Ob 610/90, ÖBA 1991, 458 [*Iro*]; OGH 1 Ob 139/97s, JBl 1997, 789.

[305] *Canaris*, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in FS Wilburg (1975) 75, 78; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 863 Rz 15; *Bollenberger* in KBB[3] § 863 Rz 8; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 863 Rz 19.

[306] S zB *Bollenberger* in KBB[3] § 863 Rz 8; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 863 Rz 20 ff; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 863 Rz 15, 19 f jeweils mwN aus der Rsp.

und der Übung des redlichen Verkehrs mit einem Widerspruch zu rechnen ist.[307] Dies soll bspw dann der Fall sein, wenn ein offensichtlich zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft in Gegenwart der zustimmungsberechtigten Person abgeschlossen wird und Letztere dem Vertragsabschluss nicht widerspricht.[308] Dies ist mE auch im Fall eines Insichgeschäfts möglich. Beim Selbstkontrahieren werden zwar die übereinstimmenden Willenserklärungen in ein und dergleichen Person gebildet, sodass dies schwerlich in Gegenwart zustimmungsberechtigter Personen stattfinden kann; der für eine etwaige Eigentumsübertragung erforderliche Modus bzw der bei jedem Insichgeschäft zu setzende Manifestationsakt sind jedoch Handlungen, die von anderen wahrgenommen werden können, sodass hier die Voraussetzungen für ein sogenanntes „beredtes Schweigen"[309] durchaus denkbar sind. Bloßes Schweigen nach Inkenntnissetzung über den erst zukünftig geplanten Abschluss eines Insichgeschäfts kann demgegenüber noch nicht als (stillschweigende) Zustimmungserklärung gewertet werden. Das hierzu berechtigte Organ könnte sich vielmehr eine gewisse Bedenkzeit vorbehalten oder auch annehmen, dass darüber nochmals gesprochen wird, wenn der Abschluss konkreter wird. Gleiches gilt, wenn der von der Interessenkollision betroffene Geschäftsführer die Gesellschafter, den Aufsichtsrat oder die übrigen Geschäftsführer dazu auffordert, dem Geschäft zuzustimmen. Auch darin ist noch keine Verlagerung der Erklärungslast zu sehen, sodass einem darauffolgenden bloßen Schweigen kein Erklärungswert beigemessen werden darf.[310] Die Rsp, die Schweigen als Zustimmung zu für den Schweigenden vorteilhaften Rechtsgeschäften wertet,[311] spielt beim Abschluss von Insichgeschäften grundsätzlich keine Rolle, sind doch Geschäfte, die dem Vertretenen ausschließlich Vorteile bringen, schon allgemein von der Zustimmungspflicht befreit, sodass sich die Frage nach einer stillschweigenden Willensäußerung gar nicht stellt. Sehr wohl relevant sein können Gepflogenheiten zwischen dem selbst- oder doppelkontrahierenden Geschäftsführer und dem zustimmungsberechtigten Organ,[312] so bspw wenn sich der einseitige Abruf von

[307] S zB OGH 10 Ob 511/95, SZ 68/90; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 863 Rz 15; BGH VII ZR 168/63, WM 1964, 224, 225; *Bayreuther* in MüKo BGB[6] § 182 Rz 14; *Gursky* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 182 Rz 11.

[308] OGH 4 Ob 551/78, JBl 1979, 594 (Veräußerung durch den Vorbehaltskäufer in Gegenwart des Eigentümers); s auch *Gursky* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 182 Rz 11, der idZ das besonders plakative Bsp nennt, dass der Eigentümer dem Verkauf seiner Sache durch einen Nichtberechtigten in seiner Gegenwart nicht widerspricht.

[309] *Frotz*, Schweigen als Zustimmung, in FS Ostheim (1990) 75, 78 stellt dem „beredte[n] Schweigen" das „nackte Schweigen" gegenüber.

[310] So auch *Gursky* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 182 Rz 11.

[311] S zB OGH 4 Ob 2330/96t, ÖBA 1997, 482.

[312] *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 863 Rz 15; *Bollenberger* in KBB[3] § 863 Rz 8.

Vertragsleistungen zwischen den beiden bereits „eingespielt“ hat.[313] Generell ist jedoch festzuhalten, dass selbst- und doppelkontrahierende Geschäftsführer gut damit beraten sind, sich trotz einer ihres Erachtens zweifelsfreien Handlung oder eines ihres Erachtens zweifelsfreien Schweigens der (ausdrücklichen) Zustimmung des entsprechenden Organs zu vergewissern.

Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass im Wege einer konkludenten Handlung nur Gesellschafter und Geschäftsführer zustimmungsbefugt sind. Der Aufsichtsrat kann schon nach allgemeinen Regeln Beschlüsse nur durch ausdrückliche Erklärungen fassen (dazu schon oben II.E.5.a [52]).

b. Generelle, gattungsmäßige und spezielle Zustimmung

Wenngleich aus dem Wortlaut des § 25 Abs 4 GmbHG geschlossen werden könnte, dass Geschäftsführer vor jedem *einzelnen* Insichgeschäft *ad hoc* die Zustimmung der darin genannten Organe einzuholen haben, ist es allgemein anerkannt, dass die Zustimmung auch schon abstrakt im Voraus (generell oder gattungsmäßig) erteilt werden kann.[314] Je nach Art der Zustimmung sind demnach entweder Insichgeschäfte generell, bestimmte Arten oder Gattungen von Insichgeschäften oder nur spezielle Insichgeschäfte erlaubt. Die Zustimmung kann dabei an Bedingungen geknüpft oder auch nur befristet erteilt werden.[315] Sie kann zudem hinsichtlich der einzelnen Geschäftsführer differenzieren, indem zB A und B Selbstkontrahieren und/oder Doppelvertreten ausdrücklich erlaubt wird, C jedoch nach wie vor die Zustimmung im Einzelfall einzuholen hat. Im Fall der erlaubten Doppelvertretung kann darüber hinaus der Kreis der potentiellen Geschäftspartner eingeschränkt werden, etwa auf Konzerngesellschaften.

Die Kompetenz zur generellen Zustimmung kommt dabei nur den Gesellschaftern zu. Denn nach der hier vertretenen Ansicht bewirkt eine vorweg erteilte generelle Zustimmung eine Veränderung der Geschäftsführungsbefugnis:[316] Dem betreffenden Geschäftsführer wird statt der (dispositiv) angeordneten Gesamtgeschäftsführungsbefugnis

[313] RIS-Justiz RS0062161, zB OGH 10 Ob 511/95, SZ 68/90; OGH 28.07.1998, 1 Ob 204/98a; s auch OGH 9 ObA 235/00z, RdW 2001, 556.
[314] S OLG Wien 4 R 175/65, NZ 1965, 181; *Gellis*, GmbHG[2] § 25 Anm 6; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 99; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 35 Rz 58; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 143; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 132; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 35 Rz 64.
[315] S auch *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 182.
[316] Eine Veränderung der (Gesamt-)Vertretungsmacht geht damit nicht automatisch einher. Zur entgegengesetzten Frage, ob mit der Anordnung von Einzelvertretungsmacht im Zweifel auch Einzelgeschäftsführungsbefugnis verbunden ist, bejahend *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/261; *Wünsch*, GmbHG § 21 Rz 16; so wohl auch, wenngleich kritischer *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 21 Rz 8.

(§ 25 Abs 4 GmbHG) Einzelgeschäftsführungsbefugnis eingeräumt; dazu sind (mangels Delegation an ein anderes Organ)[317] ausschließlich die Gesellschafter befugt.[318] Sie haben die Möglichkeit, per satzungsändernden Gesellschafterbeschluss eine entsprechende Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen („Den Geschäftsführern ist es gestattet, Insichgeschäfte abzuschließen.“).

Ob sie auch einen darauf lautenden einfachen Gesellschafterbeschluss fassen können,[319] bedarf mangels einschlägiger Nachweise eines Rückgriffs auf die allgemeinen Grundlagen, die ihrerseits wiederum umstritten sind. So ist nämlich nicht geklärt, ob die Art der Geschäftsführungsbefugnis auch ohne Satzungsermächtigung durch einfachen Gesellschafterbeschluss abweichend geregelt werden kann.[320] Die oftmals im gleichen Atemzug behandelte Frage nach einer zulässigen Ressortverteilung unter gesamtgeschäftsführungsbefugten Geschäftsführern ist davon zu unterscheiden, handelt es sich bei einer solchen Geschäftsverteilung mangels einschlägiger Ermächtigung doch nur um eine Konkretisierung der Mitwirkungspflichten im Rahmen der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und nicht um die Einräumung von Einzelgeschäftsführungsbefugnis. Trotz der im Hinblick auf eine Änderung der Art der Geschäftsführungsbefugnis insofern angebrachten strengeren Sichtweise sprechen sich Teile der Lehre gegen die Notwendigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Verankerung aus[321] und negieren damit den mE klaren Wortlaut des Abs 2[322] („Ist *nach dem Gesellschaftsvertrage* jeder Geschäftsführer für sich allein zur Geschäftsführung berufen,…“)[323], wofür zwar durchaus Praktikabilitätsgründe sprechen, was aber angesichts der eindeutigen Textierung der Norm abzulehnen ist. *Ergo* bedarf es einer Satzungsregelung und damit eines satzungsändernden Beschlusses, wenn die

[317] VwGH 90/15/0123, AnwBl 1992, 493 [*W.-D. Arnold*].
[318] S zB *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 21 Rz 6 mwN.
[319] Die dRsp und ihr folgend ein geringfügiger Teil der Lit verlangen demgegenüber mit dem Argument, dass es sich bei der Beschränkung des § 181 BGB um einen ungeschriebenen, echten Satzungsbestandteil handelt, bei jeder generellen Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot eine Satzungsregelung und somit die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit (§ 53 Abs 2 S 1 dGmbHG; s dazu zB OLG Köln 2 Wx 33/92, NJW 1993, 1018; *Tiedtke*, Zur Form und Gestattung von Insichgeschäften des geschäftsführenden Mitgesellschafters einer GmbH, GmbHR 1993, 385, 387; *Priester*, DStR 1992, 254; vgl *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 145; aA *Altmeppen*, Gestattung zum Selbstkontrahieren in der GmbH, NJW 1995, 1182, 1185; *ders* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 35 Rz 76 f; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 132; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 30).
[320] S dazu zB *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 14 mwN.
[321] VwGH 90/15/0123, AnwBl 1992, 493 [*W.-D. Arnold*]; VwGH 2005/13/0001, GesRZ 2005, 150; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 21 Anm 1; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/266; diff *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 21 Rz 19; aA *Wünsch*, GmbHG § 21 Rz 16; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 381.
[322] Mancherorts wird dies sogar eingestanden; s zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 21 Rz 8; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 21 Rz 19.
[323] Hervorhebung durch die Autorin.

Gesellschafter einem oder aber auch allen Geschäftsführern den Abschluss von Insichgeschäften generell gestatten wollen.[324] Wird nur ein einfacher Beschluss gefasst, ist dieser jedoch noch nicht automatisch nichtig. Vielmehr kommen die (wiederum für sich umstrittenen) Regeln über satzungsdurchbrechende Beschlüsse zur Anwendung.[325] Nach hM ist dabei darauf abzustellen, ob der Beschluss lediglich Wirkungen für den Einzelfall („punktuelle Satzungsdurchbrechung") oder darüber hinausgehende (Dauer-)Wirkungen („zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung") entfaltet[326]. Nur wenn der Gesellschafterbeschluss „einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründet", ist er unwirksam.[327] Erschöpft sich „die Wirkung des Beschlusses in der betreffenden Maßnahme",[328] ist er nach der überwiegenden Meinung bloß anfechtbar; mangels Anfechtung grundsätzlich dauerhaft wirksam.[329] Im hier interessierenden Fall fällt die Abgrenzung mE nicht schwer, hat doch die generelle Vorweg-Zustimmung zu Insichgeschäften stets eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung. Es soll nämlich gerade nicht nur ein konkretes Geschäft für zulässig erklärt werden, vielmehr wird der Geschäftsführer ganz generell dazu ermächtigt, in Zukunft Insichgeschäfte ohne weitere Zustimmungserfordernisse abzuschließen. Ohne Satzungsänderung wäre ein darauf lautender Beschluss daher im Regelfall unwirksam.[330]

Einzelne Gattungen von Insichgeschäften können demgegenüber nicht nur von den Gesellschaftern (dazu gilt das zuvor Ausgeführte, insb die Pflicht, eine entsprechende Regelung in die Satzung aufzunehmen)[331], sondern auch von den Geschäftsführern vorweg

[324] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 21 Rz 8, 11; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 6; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 13 ff. Anderes gilt für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag einfache Beschlüsse genügen lässt oder diese Kompetenz an ein anderes Organ delegiert.

[325] Der *Satzungs*durchbrechung gleichgehalten wird nämlich die Durchbrechung dispositiven Gesetzesrechts (§ 25 Abs 4), das die Gesellschaftsordnung mitbestimmt und insofern satzungsähnliche Wirkung hat. S dazu *U. Torggler*, Die Satzungsdurchbrechung und ihre (Dauer-)Wirkungen, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Verbandsverfassung zwischen Satzung, Syndikatsvertrag und zwingendem Gesellschaftsrecht (2013) 75, 76; *Rauter/Milchrahm* in *Straube*, WK GmbHG § 49 Rz 57; vgl zum Ganzen auch *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 14, § 20 Rz 32.

[326] Die Differenzierung geht auf einen Aufsatz von *Priester* (Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung, ZHR 151 [1987] 40) und eine Grundsatzentscheidung des BGH (II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 19) zurück; s dazu ausf *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Verbandsverfassung 75, 76 f.

[327] BGH II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 19; vgl auch schon OGH 1 Ob 600/53, SZ 26/285; so auch die dhM und ihr folgend Teile des ö Schrifttums, s dazu *Rüffler*, GmbH-Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen, in *Gruber/Rüffler*, Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006) 97, 102 ff mwN.

[328] BGH II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 19.

[329] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 49 Rz 8; s auch *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 14, § 20 Rz 32; vgl auch schon *Priester*, ZHR 151 (1987) 40, 54.

[330] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 21 Rz 8.

[331] Ohne entsprechende Satzungsregelung, ist auch die Vorweg-Zustimmung der Gesellschafter zu gattungsmäßig umschriebenen Insichgeschäften unwirksam, weil auch ein darauf lautender Beschluss Wirkungen für die Zukunft entfaltet und sich nicht in einer bestimmten Maßnahme erschöpft. Eine entsprechende Satzungsregelung könnte wie folgt lauten: „Den Geschäftsführern ist es gestattet, Geschäfte,

für zulässig erklärt werden. Denn schon nach allgemeinen Regeln ist anerkannt, dass die Zustimmung der anderen (gesamtgeschäftsführungsbefugten) Geschäftsführer zu einer oder mehreren Gattungen von Geschäften schon im Vorfeld erteilt werden kann (§ 28 Abs 1 GmbHG)[332].[333]

Ob auch dem Aufsichtsrat die Kompetenz zur gattungsmäßigen Zustimmung zukommt, bedarf einer genaueren Untersuchung. Zunächst lohnt ein Blick in Bestimmungen, die § 25 Abs 4 GmbHG in dieser Hinsicht ähnlich sind und sogenannte „Vorratsbeschlüsse", also Beschlüsse des Aufsichtsrats zu zustimmungspflichtigen aber noch nicht näher konkretisierten Geschäften,[334] ausdrücklich erwähnen. Das erste und soweit ersichtlich auch einzige positivierte Verbot von Vorratsbeschlüssen enthält § 27 Abs 14 BWG, wonach bei zustimmungspflichtigen Großveranlagungen iSd Abs 2 *leg cit* Vorratsbeschlüsse nicht gefasst werden dürfen. § 28 Abs 4 BWG erlaubt demgegenüber, bei Rechtsgeschäften zwischen Kreditinstituten und seinen Geschäftsleitern[335] (Abs 1 Z 1 *leg cit*) die Zustimmung des Aufsichtsrats für „*bestimmte* Rechtsgeschäfte oder *Arten* von Rechtsgeschäften für ein Jahr im voraus"[336] zu erteilen.[337] Eine ähnliche, ebenfalls zeitlich beschränkte Möglichkeit, enthält § 80 Abs 1 S 4 AktG. Demnach kann *gewissen* Kreditgeschäften oder *Arten* von Kreditgeschäften bis zu drei Monaten im Voraus die Einwilligung erklärt werden. Der überwiegende Teil der Lehre[338] hält auch darüber hinaus Vorratsbeschlüsse generell für zulässig; so etwa im Rahmen des § 30j Abs 5 GmbHG, dessen Gesetzestext dazu schweigt. Begründet wird dies damit, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, bei Rechtsgeschäften mit Kreditinstituten und dessen Organwaltern die (gattungsmäßige) Voraus-Zustimmung zuzulassen, auch auf andere Rechtsgeschäfte von

---

die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen werden, im eigenen oder fremden Namen abzuschließen.".

[332] Ausf zu § 28 Abs 1 *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 3 ff.

[333] S dazu *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 9.

[334] Allgemein zur Definition und dem Meinungsstand in der Literatur s *W. Jud*, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrats, ÖBA 1993, 773. 774.

[335] Geschäftsleiter sind iSd Legaldefinition des § 2 Z 1 lit a BWG „[d]iejenigen natürlichen Personen, die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte und zur organschaftlichen Vertretung des Kredit- oder Finanzinstitutes nach außen vorgesehen sind".

[336] § 28 Abs 4 BWG, Hervorhebung durch die Autorin veranlasst.

[337] S auch die Bestimmung des § 9a Abs 3 WGG (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, BGBl 1979/139), die bei gemeinnützigen Bauvereinigungen für Geschäfte mit Organmitgliedern und Anteilsinhabern ausdr die Möglichkeit von Vorratsbeschlüssen vorsieht.

[338] S zB *Kastner*, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht, GesRZ 1982, 213, 215; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 261 FN 123; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 68; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/369 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 23; *Wagner*, Zu § 95 Abs 5 AktG und § 30j Abs 5 GmbHG, NZ 1983, 97, 99; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 95 Rz 46; für die (ausschließliche) Zulässigkeit von Vorweg-Zustimmungen bei Zustimmungserfordernissen, die der Aufsichtsrat selbst initiiert hat *Wünsch*, GmbHG § 30j Rz 145 sowie die dhM, s zB *Habersack*, Die Teilhabe des Aufsichtsrats an der Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, dargestellt am Beispiel der Unternehmensplanung, in FS Hüffer (2010) 259, 262 f.

Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH zu übertragen sei.[339] Dem ist mE zuzustimmen, sind doch Kreditinstitute generell einem strengeren Reglement unterworfen als Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH mit anderem Unternehmensgegenstand. Das gleiche Argument lässt sich aus § 80 Abs 4 AktG gewinnen, wonach selbst bei den vom Gesetzgeber offensichtlich als besonders gefährlich eingestuften Organkrediten Vorratsbeschlüsse zulässig sind, wenngleich unter zeitlicher Beschränkung. Die Wertungen des § 28 Abs 4 BWG und des § 80 Abs 4 AktG lassen sich also auch auf zustimmungspflichtige Insichgeschäfte übertragen, sodass der Aufsichtsrat auch hier seine Zustimmung zu einer oder mehreren bestimmten Gattungen von Insichgeschäften schon im Vorfeld erteilen kann. Eine generelle Vorweg-Zustimmung bleibt indes weiterhin den Gesellschaftern überlassen. Die zeitliche Limitierung, die § 28 Abs 4 BWG und § 80 Abs 4 AktG kennen, kann im hier interessierenden Zusammenhang mE entfallen,[340] findet sie ihre Rechtfertigung doch wohl in der Tatsache, dass sich Kreditkonditionen entsprechend der Wirtschaftslage generell rasch ändern, was zumindest bei Insichgeschäften, die keine Kreditvergabe als Geschäftsgegenstand haben, grundsätzlich nicht der Fall ist.[341] Jedenfalls empfiehlt sich bei gattungsmäßigen Vorweg-Zustimmungen eine klare Formulierung um – was das in FN 331 gewählte Beispiel besonders verdeutlicht – etwaige Auslegungsschwierigkeiten und damit einhergehende Unsicherheiten zu vermeiden.

Die Zustimmung im Einzelfall (spezielle Zustimmung), also jene zu einem bereits konkretisierten Rechtsgeschäft, kann demgegenüber sowohl durch (einfachen) Beschluss der Gesellschafter (die Satzung wäre hierfür ein „unpraktischer Ort“)[342] als auch vom Aufsichtsrat oder (subsidiär) von den übrigen Geschäftsführern erteilt werden (dazu ausf oben II.E.3.c [44], II.E.3.a [40], II.E.3.b [42]).

c. Vorherige und nachträgliche Zustimmung

Nach allgemeiner Auffassung kann die Zustimmung zu Insichgeschäften nicht nur im Vorfeld des Abschlusses, sondern auch nachträglich erteilt werden (Genehmigung).[343]

---

[339] *S. Fida*, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, wbl 2006, 357, 360 bei und in FN 40.

[340] Ebenso in Bezug auf Vorratsbeschlüsse im Rahmen von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern *S. Fida*, wbl 2006, 360 bei FN 40; in Bezug auf § 30j Abs 5 GmbHG und § 95 Abs 5 AktG generell *W. Jud*, ÖBA 1993, 782 ff.

[341] Bei Insich-Kreditgeschäften der Geschäftsführer hat die zeitliche Beschränkung des § 80 Abs 1 S 4 AktG demgegenüber sehr wohl Anwendung zu finden.

[342] *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 132.

[343] S zB OGH 8 Ob 527/91, GesRZ 1992, 51; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/230; *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 232; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 116; *Wünsch* in FS Hämmerle 464.

Dies dürfte darauf beruhen, dass nach herrschender Ansicht Insichgeschäfte, die ohne vorherige Zustimmung eines dazu befugten Organs abgeschlossen wurden, mangels ausreichender Vertretungsmacht schwebend unwirksam sind und so einer nachträglichen Genehmigung offenstehen (§ 1016 ABGB). Für die hier vertretene Auffassung, wonach § 25 Abs 4 GmbHG lediglich die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis beschränkt (s dazu ausf unten II.E.8.b.i.2.b [83]) und die Vertretungsmacht im Außenverhältnis den allgemeinen Regeln (§ 20 Abs 2 GmbHG) folgt, ist es allerdings fraglich, ob die Zustimmung auch nachträglich erteilt werden kann.

Dagegen spricht zunächst der Wortlaut der Norm, wonach „ein Geschäftsführer [...] für den ihr [der Gesellschaft] aus einem Rechtsgeschäfte erwachsenen Schaden [haftet], ohne *vorher* die Zustimmung des Aufsichtsrates oder, wenn kein Aufsichtsrat besteht, sämtlicher übriger Geschäftsführer erwirkt zu haben“[344]. Auch der Blick in vergleichbare Normen lohnt an dieser Stelle. Denn so nennen zwar sowohl § 80 Abs 4 AktG als auch § 28 Abs 4 BWG die Möglichkeit einer nachträglichen Zustimmung (und zwar iZm dem sonst bestehenden sofortigen Rückforderungsanspruch der Gesellschaft). § 30j Abs 5 GmbHG, dessen Wortlaut hinsichtlich des Zeitpunkts der Zustimmung schweigt (vgl wiederum § 25 Abs 4 GmbHG: „vorher“), wird indes nach völlig einhelliger Auffassung so ausgelegt, dass die Zustimmung bereits vor Abschluss des Rechtsgeschäfts eingeholt werden muss.[345] Nur „wenn die Dringlichkeit des Handelns zu einer vorgehenden Zustimmung keine Zeit läßt“ und die Geschäftsführer nach sorgfältiger Beurteilung mit einer nachträglichen Zustimmung tatsächlich rechnen konnten, darf im Vorhinein darauf verzichtet werden.[346] Auch § 79 AktG verlangt nach hM eine Zustimmung im Voraus. So können Vorstandsmitglieder von der Rechtswidrigkeit eines bereits erfolgten Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot (§ 79 AktG) nicht durch nachträgliche Genehmigung des Aufsichtsrats entbunden werden.[347]

Geht es um die Zustimmung durch die übrigen Geschäftsführer können zudem die allgemeinen Geschäftsführungsregeln fruchtbar gemacht werden, wonach im Fall der

[344] Hervorhebung durch die Autorin veranlasst.
[345] *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 66; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 19; *Wünsch*, GmbHG § 30 j Rz 150; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/369; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] §§ 95 – 97 Rz 42; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 95 Rz 97 („unmittelbar vor Durchführung“).
[346] OGH 7 Ob 534/93, HS 24.124; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 19; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 66; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 261 FN 123; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/369; *Wünsch*, GmbHG § 30j Rz 150; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 95 Rz 97.
[347] Str, gegen die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] §§ 77 – 84 Rz 78; so auch die dhL, s zB *Spindler* in MüKo AktG[3] § 88 Rz 25; *Hüffer* in *Hüffer*, AktG[10] § 88 Rz 5; dafür *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 79 Rz 5.

Gesamtgeschäftsführung die Zustimmung der zunächst nicht mitwirkenden Geschäftsführer zumindest *vor* Ausführung der Entscheidung einzuholen ist.[348]

Letztendlich ist die Einholung der Zustimmung *vor* Geschäftsabschluss auch aus teleologischen Überlegungen überzeugend. Denn dem Normzweck des § 25 Abs 4 GmbHG, der darin besteht, für eine gewisse Kontrolle[349] von Interessenkonflikten[350] zu sorgen und Insichgeschäfte, die mit der Gefahr einer Übervorteilung der Gesellschaft einhergehen, hintanzuhalten, kann mE nur durch eine Zustimmung *vor* Geschäftsabschluss entsprochen werden. Auch lässt sich erst *nach* der Zustimmung (oder Verweigerung dergleichen) der Wille der Gesellschaft und damit des zu schützenden Vertretenen erschließen. Freilich können Geschäftsführer versuchen, die Entscheidung der in Frage kommenden Organe zu antizipieren und erst nachträglich deren (im Voraus vermutete) Zustimmung einholen; dabei sind Fehleinschätzungen jedoch vorprogrammiert und von einer Kontrollfunktion kann nicht mehr länger die Rede sein. ME stellt die gebotene Voraus-Zustimmung auch kein „unüberwindbares Hindernis", sondern vielmehr eine Sicherheitsschranke dar, auch für die Geschäftsführer selbst. Denn wird die Zustimmung nicht vor Abschluss des Rechtsgeschäfts eingeholt, ist das Geschäft (von Ausnahmefällen wie bspw reine Schenkungen an die Gesellschaft abgesehen, dazu II.E.6.b [63]), gem Abs 4 *per se* pflichtwidrig (zur Wirksamkeit im Außenverhältnis s unten II.E.8.d [115]), woran auch eine nachträgliche Genehmigung mE nichts ändert (II.E.9 [145]). Insb entfaltet Letztere keine Rückwirkung und lässt somit etwaige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft unberührt. Denn diese entstehen bereits im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Vertragsabschlusses und können ab diesem Moment aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG) oder von einer Minderheit iSd § 48 Abs 1 GmbHG geltend gemacht werden, womit ein nachträglicher Entfall der Pflichtwidrigkeit mE nur schwer vereinbar wäre. Die einzige Möglichkeit, den Geschäftsführer nachträglich von seiner Ersatzpflicht zu befreien, ist demnach die Entlastung, die jedoch nur eingeschränkt möglich ist (s dazu und zur Frage, ob eine nachträgliche Genehmigung in eine konkludente Entlastung umgedeutet werden kann, unten II.F.1.c.iv [158]).

---

[348] S *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 21 Rz 8 aE; aA *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 7; *ders* in *Straube*, HGB[3] § 115 Rz 23; vorsichtiger *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 115 Rz 27.

[349] Vgl auch *Spindler*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – Vorabzustimmung oder nachträgliche Genehmigung, NZG 2011, 334, 336.

[350] Allg zum Begriff des Interessenkonflikts *Diekmann/Fleischmann*, Umgang mit Interessenkollisionen in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, AG 2013, 141, 142 ff.

6. Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt

a. Gefahr in Verzug

Da es sich nach der hier vertretenen Auffassung bei § 25 Abs 4 GmbHG nicht um eine bloße Haftungsnorm, sondern auch um eine Regelung der Geschäftsführungsbefugnis handelt (ausf dazu II.E.8.b.i.2.b [83]), ist zu prüfen, ob auf sie die allgemeine Ausnahmebestimmung des § 21 Abs 1 GmbHG Anwendung findet. Demnach sind bei Gefahr in Verzug trotz (dispositiv) angeordneter Gesamtgeschäftsführungsbefugnis die Zustimmungserklärungen der übrigen Geschäftsführer ausnahmsweise entbehrlich.[351] Voraussetzung ist, dass der Gesellschaft ein Schaden droht, würde der Geschäftsführer mit der Maßnahme bis zu dem Zeitpunkt warten, an dem die Zustimmungserklärung vorliegt.[352] Ein drohender Gewinnentgang ist dem gleichzuhalten.[353]

Zur Lösung ist der *telos* der Bestimmung heranzuziehen. Denn Normzweck gesetzlicher Zustimmungsvorbehalte ist es, die Gesellschaft vor sie schädigenden Geschäften zu schützen, weshalb immer dann davon abzusehen ist, wenn das Einholen der Zustimmung den Schaden nicht verhindern, sondern vielmehr begründen würde. Besteht Gefahr im Verzug, *darf* der Geschäftsführer daher auch ohne die in § 25 Abs 4 GmbHG vorgesehene Zustimmungspflicht mit sich selbst bzw mit einer weiteren von ihm vertretenen Person namens der GmbH kontrahieren. So *darf* der organschaftliche Vertreter der Bäckerei Brioche GmbH auch ohne Zustimmung sämtlicher Mitgeschäftsführer Getreide aus seiner eigenen Erzeugung an die GmbH verkaufen, wenn diese sonst keine Möglichkeit hätte, ihre Vertragspartner mit der vereinbarten Menge Brot zu beliefern, und daher einen Gewinnentgang oder sogar eine Konventionalstrafe befürchten müsste. Ob er die Gesellschaft dabei auch wirksam vertreten *kann*, hängt von seiner allgemeinen Vertretungsmacht ab. So *darf* und *kann* ein einzelgeschäftsführungs- und einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer im Fall der Gefahr im Verzug selbstkontrahieren bzw doppelvertreten. Ein gesamtgeschäftsführungs- und gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer *darf* dies zwar, zur Wirksamkeit des Geschäfts bedarf es jedoch nach wie vor der Mitwirkung der übrigen Geschäftsführer, was aufgrund der Tatsache, dass es in

[351] Vgl *Reich-Rohrwig*, Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung, ecolex 1998, 767, 768.
[352] S dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 21 Rz 3; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 11; *ders/Kucsko* in *Straube*, HGB[3] § 115 Rz 28.
[353] *Hueck*, OHG[4], 125; *Wünsch*, GmbHG § 21 Rz 11; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 21 Rz 11; *ders/Kucsko* in *Straube*, HGB[3] § 115 Rz 28; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 21 Rz 3; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 115 Rz 28; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 2/313; aA *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 21 Anm 1.

diesen Fällen regelmäßig zu einer nachträglichen Genehmigung des anfangs schwebend unwirksamen Geschäfts kommen wird, wenig problematisch sein dürfte.

Liegt Gefahr in Verzug vor, braucht auch die Zustimmung des Aufsichtsrats und der Gesellschafter nicht eingeholt zu werden, verfängt hier doch der Normzweck ebensowenig.[354]

b. Fehlende Schädigungsgefahr

i. Allgemeines

Nach stRsp und hM sind Insichgeschäfte neben dem Fall der Zustimmung des Machthabers auch immer dann zulässig, wenn sie dem Vertretenen lediglich rechtliche Vorteile bringen oder (zumindest) die Gefahr einer Schädigung des Geschäftsherrn auszuschließen ist (vgl auch die Ausführungen zu § 39 Abs 4, denen sich im Folgenden Parallelwertungen entnehmen lassen)[355].[356] An manchen Stellen in Judikatur und Literatur entsteht dabei der Eindruck, dass es sich hierbei um zwei mögliche Alternativen zulässigen Selbst- oder Doppelkontrahierens handelt. In Wahrheit bildet jedoch die fehlende Schädigungsgefahr den weiteren Oberbegriff. Die Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts ist ein Unterfall, wenn wohl auch insofern der wichtigste, als hier aufgrund des offensichtlichen Fehlens einer Benachteiligungsgefahr die Zulässigkeit leicht feststellbar ist. Dennoch können neben vorteilhaften uU auch neutrale Geschäfte für den Vertretenen unschädlich sein (ausf II.E.6.b.ii.4 [72]).

Dogmatische Begründungen für die Zulässigkeit solcher Insichgeschäfte finden sich zweierlei. Einerseits wird vertreten, dass in Fällen, in denen eine Interessenkollision von vornherein nicht zu befürchten ist, die Zustimmung des Vertretenen vermutet werden

[354] Vgl *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 33. Relevant ist dies nur, wenn die GmbH einen (primär zustimmungsbefugten; s dazu oben II.E.3.a [40]) Aufsichtsrat eingerichtet hat.
[355] Dazu zB *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 36: „Kann ein Nachteil für die Ges von vornherein ausgeschlossen werden, ist die Bestimmung uE allerdings teleologisch zu reduzieren (insb reine Schenkung […])".
[356] RIS-Justiz RS0028129, zB OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90, OGH 5 Ob 179/09y, JusGuide 2010/23/7600, OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46; RIS-Justiz RS0108252, zB OGH 1 Ob 115/02x, ecolex 2002/335; RIS-Justiz RS0019684, zB OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115, OGH 5 Ob 70/90, NZ 1991, 109 [*Hofmeister*]; RIS-Justiz RS0019639, zB OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; RIS-Justiz RS0019591, zB OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 90; *ders* in FS Hämmerle 455 ff; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *Thöni*, wbl 1988, 103; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229; s weiters *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 818; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 16.

könne,[357] sodass es sich in Wahrheit nicht um Ausnahmen von der Unzulässigkeit, sondern um weitere Anwendungsfälle der Zustimmungsregelung handelt. Nach anderer Auffassung sei § 25 Abs 4 GmbHG auf solche Fälle teleologisch zu reduzieren, in denen eine zumindest abstrakte Gefährdungseignung gegeben ist, sodass die Bestimmung in Fällen, wo dies vorweg auszuschließen ist, keine Anwendung finde.[358]

ME ist der zweitgenannten Auffassung zu folgen. Denn Normzweck der Vorschrift des § 25 Abs 4 GmbHG ist es, die Gefahren einer Interessenkollision abzuwenden. Ist nun aber eine solche (abstrakte) Interessengefährdung schon von vornherein auszuschließen, tritt auch das Schutzbedürfnis des Vertretenen in den Hintergrund, weshalb die teleologische Reduktion der dogmatisch richtige Ansatz ist. Die im Zivilrecht hinsichtlich der Zustimmungspflicht analog herangezogenen §§ 271, 272 ABGB, die bei Rechtsgeschäften zwischen einer minderjährigen oder sonst nicht voll handlungsfähigen Person die Bestellung eines Kurators anordnen, setzen das Vorliegen eines Kollisionsfalls sogar ausdrücklich voraus („Widerstreiten einander in einer bestimmten Angelegenheit die Interessen…"). Sind mit dem Insichgeschäft daher lediglich rechtliche Vorteile für den Vertretenen verbunden oder ist zumindest die Gefahr seiner Schädigung von vornherein auszuschließen (beweispflichtig ist der Geschäftsführer)[359], unterliegt der Geschäftsführer den allgemeinen Geschäftsführungsregeln, nicht der Spezialnorm des § 25 Abs 4 GmbHG.[360]

Doch wann ist ein Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft? Und genereller, in welchen Situationen ist eine Schädigung des Vertretenen schon von vornherein ausgeschlossen? Hinsichtlich der ersten Frage führt eine „heiße Spur" ins dBGB, *in concreto* zu dessen § 107, in dem sich der Terminus wiederfindet. Demnach bedarf ein Minderjähriger zu einer Willenserklärung, „durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters". Umgekehrt bringt die

[357] *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 89 ff; so auch die frühere dRsp und Lehre; dazu sowie zur weiteren Entwicklung s *Jäger*, Teleologische Reduktion des § 181 BGB (1998) 185 ff: Die verschiedenen Erklärungsansätze reichten von der vermuteten Gestattung über die Annahme einer stillschweigenden Erklärung, einer entsprechenden Verkehrssitte bis zur Behauptung, es handle sich dabei um Gewohnheitsrecht.

[358] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273. Auch in D werden gewisse Fallgruppen mangels Interessenkollision vom Anwendungsbereich des § 181 BGB mit Hilfe einer teleologischen Reduktion ausgenommen, s dazu zB BGH IV ZR 225/69, NJW 1972, 2262, *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 195 ff; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 25 Rz 74; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 30 ff; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 2; vgl zu § 39 Abs 4 *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 36.

[359] Vgl *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1017 Rz 12; OGH 6 Ob 298/05z, RdW 2006/695.

[360] Die Vertretungsmacht bleibt nach der hier vertretenen Auffassung wie im Regelfall unberührt.

Norm zum Ausdruck, dass bei bloß rechtlich vorteilhaften Geschäften das Schutzbedürfnis des Minderjährigen vernachlässigbar sei und ihm für diesen Geschäftsbereich volle Geschäftsfähigkeit zu Teil werde.

Auch das ABGB kennt eine entsprechende Regelung, wenngleich der Wortlaut hier leicht variiert. Gem § 865 ABGB können unmündige Minderjährige (7 – 14 Jahre) „ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen". Das im Zusammenhang mit Minderjährigen stets erhöhte Schutzbedürfnis[361] (§ 21 ABGB) erlaubt es, die dazu angestellten Überlegungen auch an dieser Stelle, an der es um den Schutz des Vertretenen geht, fruchtbar zu machen. Danach steht zunächst fest, dass wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit allein (zB Kauf zum Spottpreis) nicht genügt, um auf den Zustimmungsvorbehalt zu verzichten.[362] Darüber hinaus ist jedoch vieles strittig. Die Frage, ob auch wirtschaftliche oder sonstige Pflichten, Lasten oder Nachteile die bloße Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts auszuschließen vermögen, wird in Österreich mittlerweile überwiegend bejaht.[363] Hierzulande nicht vollständig geklärt ist jedoch, ob rechtliche und wirtschaftliche Verpflichtungen eine gewisse Intensität erreichen müssen, um dem Rechtsgeschäft insgesamt die Vorteilhaftigkeit abzusprechen.[364] Zumindest[365] für den hier interessierenden Fall des selbstkontrahierenden oder doppelvertretenden Geschäftsführers erscheint es unzweckmäßig, schon einem Rechtsgeschäft, mit dem minimale rechtliche oder wirtschaftliche Verpflichtungen für den Vertretenen einhergehen, die Vorteilhaftigkeit abzusprechen. Zu denken ist hier etwa an die Schenkung einer Liegenschaft, bei der der Vertretene nur die Gebühren für die grundbücherliche Einverleibung zu tragen hat.[366] Hier eine Abgrenzung im Sinne eines noch zulässigen Vor-

[361] So schon *v Zeiller*, Commentar zum ABGB III/1 § 865 Anm 7.

[362] HM, zB *Dullinger*, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, ÖJZ 1987, 33, 35; *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004, 81, 83; *Bollenberger* in KBB[3] § 865 Rz 5; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 865 Rz 4; vgl *Mansel* in *Jauernig*, BGB[15] § 107 Rz 2; BayObLG BReg 2 Z 29/78, BayObLGZ 1979, 49, 52.

[363] HM, zB OGH 1 Ob 719/80, SZ 54/20: Kosten für Stall und Futter eines geschenkten Pferdes; *Dullinger*, ÖJZ 1987, 37; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 865 Rz 4; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 865 Rz 5; *Bollenberger* in KBB[3] § 865 Rz 5; aA die dhM (arg § 107 BGB: „lediglich einen rechtlichen Vorteil"; vgl dazu § 865 ABGB: „bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen"), s zB *Knothe* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2011) § 107 Rz 2; *J. Schmitt* in MüKo BGB[6] § 107 Rz 28; für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise wohl nur *Stürner*, Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973) 402 ff.

[364] S dazu *Dullinger*, ÖJZ 1987, 37; *Gitschthaler*, ÖJZ 2004, 83. Die wohl hM in D vertritt die Auffassung, dass schon der kleinste rechtliche Nachteil die Zustimmungspflicht des § 107 BGB auslöst, unabhängig davon, ob die aus dem Geschäft resultierenden Vorteile diesen bei weitem übersteigen, s dazu zB *J. Schmitt* in MüKo BGB[6] § 107 Rz 29; s aber auch BGH V ZB 13/04, NJW 2005, 415.

[365] Der Minderjährigenschutz erfordert eine strengere Beurteilung der Vorteilhaftigkeit; so auch *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 865 Rz 5; *Dullinger*, ÖJZ 1987, 37.

[366] Schlussendlich ist doch sogar mit jeder Schenkung – und sie stellt wohl das Paradebeispiel eines rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäfts dar – die Verpflichtung verbunden, die geschenkte Sache wegen Dürftigkeit

und Nachteil-Verhältnisses zu treffen, fällt freilich schwer, soll jedoch innerhalb der im Folgenden darzustellenden Fallgruppen (II.E.6.b.ii.1 [66] – II.E.6.b.ii.4 [72]) versucht werden. Auch gilt es dabei Antworten auf die zweite eingangs gestellte Frage zu geben, wann eine Schädigung des Vertretenen auszuschließen sei.[367] Da keine taxative Aufzählung sämtlicher Fallkonstellationen vorgenommen werden kann, bleibt die Prüfung der Nachteilsfrage in anderen (Einzel-)Fällen nicht erspart.

ii. Fallgruppen

1. Erfüllung einer Verbindlichkeit

Besteht das Insichgeschäft in der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertreters an den Vertretenen (Fall 1), ist es nach allgemeiner Ansicht auch ohne dessen Einverständnis zulässig.[368] Der Grund ist simpel und liegt auf der Hand: Begleicht der Geschäftsführer eine Forderung der GmbH gegen ihn, kann der Gesellschaft dadurch weder ein rechtlicher noch ein wirtschaftlicher Nachteil erwachsen. Vielmehr ist sie nach Befriedigung der Forderung besser gestellt als zuvor. Das vom OGH idZ aufgestellte Erfordernis der gültig entstandenen und unbestrittenen Verbindlichkeit[369] ist mE zu streng. Zwar muss es sich um eine tatsächlich bestehende Verbindlichkeit des Vertreters handeln, widrigenfalls die Gesellschaft die Verpflichtung zur Rückzahlung treffen würde. Einreden, die dem Vertreter vor Erfüllung zustehen, können hier jedoch außer Acht gelassen werden, geht es doch ausschließlich um den Schutz des Vertretenen. Dem Vertreter steht es mE sogar offen, Naturalobligationen im eigenen Namen zu begleichen.

Im deutschen BGB hat dieser Ausnahmetatbestand sogar eine gesetzliche Verankerung gefunden: Gem § 181 sind Insichgeschäfte generell unzulässig, „es sei denn,

---

des Geschenkgebers (§ 947 ABGB), Verkürzung dessen schuldigen Unterhalts (§ 950 ABGB) oder wegen eigenen Undanks (§ 948 ABGB) wieder zurückzugeben.

[367] S dazu RIS-Justiz RS0028129, zB OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90, OGH 5 Ob 179/09y, JusGuide 2010/23/7600, OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46; RIS-Justiz RS0108252, zB OGH 1 Ob 115/02x, ecolex 2002/335; RIS-Justiz RS0019684, zB OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115, OGH 5 Ob 70/90, NZ 1991, 109 [*Hofmeister*]; RIS-Justiz RS0019639, zB OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; RIS-Justiz RS0019591, zB OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 90; *ders* in FS Hämmerle 455 ff; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *Thöni*, wbl 1988, 103; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229. Für D vgl BGH V ZB 15/74, NJW 1975, 1885, *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 19; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 32; *Mansel* in *Jauernig*, BGB[15] § 107 Rz 6; *J. Schmitt* in MüKo BGB[6] § 107 Rz 33 ff; *Knothe* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2011) § 107 Rz 20; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 193 f: „indifferentes Geschäft".

[368] RIS-Justiz RS0019639, zB OGH 7 Ob 538/81, GesRZ 1981, 174; OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222; *Thöni*, wbl 1988, 103; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.

[369] RIS-Justiz RS0019350 T 5, OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222; ebenso *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 232.

dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht". Bemerkenswert ist, dass die deutsche hM darunter nicht nur Verbindlichkeiten des Vertreters (Fall 1), sondern auch solche des Vertretenen (Fall 2) subsumiert, wie zB Gehalts- oder Aufwandersatzansprüche des Geschäftsführers,[370] was *U. Torggler* für die österreichische Rechtslage bestreitet[371]. ME lautet die entscheidende Frage idZ, ob auch im Fall der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertretenen eine Interessenkollision und damit eine Schädigungsgefahr ausgeschlossen ist, weshalb hier differenziert werden muss: Ist die Forderung des Vertreters fällig und richtig (vgl § 1439 ABGB), tritt eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen mE in den Hintergrund (Fall 2 a). Denn da die Richtigkeit einer Verbindlichkeit ihre Rechtsbeständigkeit[372], Klagbarkeit[373], Unbedingtheit[374] und (zumindest für den hier interessierenden Fall) auch ihre Unbestrittenheit und Liquidität[375] voraussetzt, steht außer Zweifel, dass die Gesellschaft die gegenständliche Verbindlichkeit bei Einmahnung sofort begleichen würde. Der selbstkontrahierende Geschäftsführer entscheidet insofern nur über den Zeitpunkt der Forderungsbegleichung, was insofern keinen Unterschied zu Fall 1 darstellt. Nachteilig kann dies freilich für (andere) Gläubiger der Gesellschaft sein, deren Befriedigung der Geschäftsführer erst nach seiner eigenen veranlasst. Sie sind vom Schutzzweck der Norm jedoch nicht unmittelbar erfasst (dazu II.E.8.b.i.2.b.v [88]), weshalb eine Zustimmung iSd § 25 Abs 4 GmbHG mE entfallen kann. Anderes gilt, wenn ausnahmsweise doch eine Interessenkollision zu befürchten ist. So ist etwa möglich, dass die Gesellschaft bei der Begleichung einer fälligen und richtigen Forderung auf Zeit spielt, weil sie bspw eine andere Verwendungsmöglichkeit für liquide Mittel nutzen möchte oder sie sich derzeit in einer Zahlungsstockung befindet. Gleichsam denkbar ist, dass die Gesellschaft ein Interesse an der vorrangigen Befriedigung eines anderen Gläubigers hat, so zB wenn es sich bei Letzterem um einen neuen Geschäftspartner handelt, dessen Forderung widrigenfalls nicht rechtzeitig beglichen werden könnte und man damit Gefahr liefe, ihn für zukünftige Geschäfte zu verlieren.

---

[370] *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 51; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 35 Rz 58; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG[2] § 35 Rz 87; *Wisskirchen* in BeckOK GmbHG § 35 Rz 78; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 177.

[371] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; bejahend jedoch *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 279.

[372] Eine Forderung ist rechtsbeständig, wenn sie wirksam entstanden und noch nicht wieder untergegangen ist. Einredefreiheit ist nach hA ebenfalls Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit; vgl dazu *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1439 Rz 3 f mwN.

[373] Naturalobligationen sind zwar zahlbar, aber nicht klagbar.

[374] Verbindlichkeiten des Vertretenen, die unter einer aufschiebenden Bedingungen stehen, dürfen demnach nicht eigenmächtig erfüllt werden; vgl zur Unbedingtheit allgemein *Dullinger* in *Rummel*, ABGB[3] § 1439 Rz 4 mwN.

[375] Eine Forderung ist liquide, wenn sie anerkannt bzw rechtskräftig festgestellt wurde oder wenn sie leicht beweisbar ist; s dazu *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1439 Rz 7.

Ist die Verbindlichkeit der Gesellschaft noch nicht fällig oder bestehen noch Einreden, die von der GmbH geltend gemacht werden können, ist eine Benachteiligung des Vertretenen jedenfalls denkbar (Fall 2 b); seine Zustimmung muss eingeholt werden.[376] Gleiches gilt für den Fall, dass die Verbindlichkeit nur noch in Form einer Naturalobligation besteht oder eine aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten ist. Denn die GmbH könnte in diesen Fällen die entsprechende Summe weiterhin nutzen, so also bspw daraus Zinsen lukrieren. Im Fall von bestehenden Einwendungen gegen die Verbindlichkeit, kommt die Erfüllung dergleichen sogar einem Einwendungsverzicht gleich,[377] dessen Nachteile für den Vertretenen besonders deutlich sind. In der Fallgruppe 2 b ist eine Zustimmung des Vertretenen daher unerlässlich. In Fällen der Doppelvertretung, in denen es entweder um die Erfüllung einer Verbindlichkeit des ebenfalls vom Geschäftsführer vertretenen Dritten an die Gesellschaft (Fall 1) oder umgekehrt (Fall 2) geht, gilt im Hinblick auf die Zustimmung der Gesellschaft[378] das soeben Ausgeführte.

Die Leistung an Zahlungs Statt (*datio in solutum*) ist vom soeben erörterten Fall der Erfüllung einer Verbindlichkeit streng zu trennen. Zwar kann auch sie eine bestehende Schuld zum Erlöschen bringen und ist insofern der Erfüllung gleichzuhalten. Soll dies im Wege des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung geschehen, ist die Zustimmung des oder der Vertretenen jedoch keinesfalls entbehrlich.[379] Der Grund dafür liegt schon in der Natur des Rechtsinstituts. Statt der vereinbarten Leistung wird einvernehmlich eine andere Leistung gegeben und genommen, die den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit.[380] Da hier stets zu befürchten ist, dass der Vertretene die Ersatzleistung als nicht gleichwertig beurteilt, kann eine Interessenkollision nicht ausgeschlossen werden; es gilt der Zustimmungsvorbehalt.

---

[376] AA wohl *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 279, der ohne zu differenzieren festhält, dass der Verwalter eines fremden Vermögens seine eigenen Forderungen aus dem verwalteten Vermögen begleichen kann; dhM, s zB *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 51; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 35 Rz 58; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG[2] § 35 Rz 87; *Wisskirchen* in BeckOK GmbHG § 35 Rz 78; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 177.

[377] Vgl *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 57.

[378] Im Hinblick auf die Zustimmung des ebenfalls vom Geschäftsführer vertretenen Dritten ist nach den gleichen Grundsätzen zu prüfen, ob auch für ihn jegliche Gefahr einer Schädigung ausgeschlossen werden kann.

[379] Vgl *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 820; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 58; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 62; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 39, jeweils mwN.

[380] *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 99.

Im Fall der Aufrechnung ist demgegenüber zu differenzieren. Die einverständliche[381] Aufrechnung bedarf mE stets der Zustimmung des Vertretenen. Da ihr kaum Grenzen gesetzt sind und somit auch beliebige Forderungen (bspw noch nicht fällige) gegeneinander aufgerechnet werden können, ist eine Interessenkollision nicht auszuschließen. Bei der einseitigen Aufrechnung[382] zeigt sich indes eine vernachlässigbare Gefahrenlage, setzt sie doch voraus, dass Forderung und Gegenforderung fällig, richtig und gleichartig sind, weshalb (unter Hinweis auf die Zusatzvoraussetzung der Gleichartigkeit) auf die schon zuvor angestellten Überlegungen im Fall der Erfüllung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft verwiesen werden kann. Unabhängig davon, ob die Aufrechnungserklärung vom Vertreter im eigenen Namen oder im Namen des Vertretenen ausgeübt wird, ist eine Zustimmung verzichtbar.

2. (Reine) Schenkungen

Bei Schenkungen, die dem Vertretenen ausschließlich rechtliche und wirtschaftliche Vorteile bringen (reine Schenkungen), kann nach hM ebenfalls auf die Zustimmung eines unbefangenen Organs bzw unbefangener Organwalter verzichtet werden.[383] So darf der Geschäftsführer der von ihm vertretenen GmbH ohne Weiteres seinen gebrauchten Privat-PC schenken. Das Fehlen einer Schädigungsgefahr ist hier offenkundig. Auch darf der Geschäftsführer der Gesellschaft unentgeltlich sein Fachwissen zur Verfügung stellen, indem er bspw eine Maschinenwartung durchführt, zu der sonst externe Facharbeiter engagiert worden wären. Ob Dienstleistungen Gegenstand eines Schenkungsvertrags sein können, ist zwar strittig – Gegenstand einer Schenkung ist grundsätzliche eine „Sache", deren Definition in § 285 ABGB sehr weit gefasst ist –,[384]

[381] Die Rechtsnatur der einverständlichen Aufrechnung ist str. Feststeht nur, dass es sich dabei um einen Vertrag handelt („Erlaßvertrag", „Vertrag *sui generis*"; s dazu *Dullinger* in *Rummel*, ABGB[3] § 1438 Rz 31 mwN), der nach allgemeinen Grundsätzen auch im Wege eines Insichgeschäfts geschlossen werden kann.

[382] Die einseitige Aufrechnung setzt nach hM eine Aufrechnungserklärung voraus und tritt demnach nicht automatisch ein, sobald sich Forderung und Gegenforderung gegenüberstehen (s dazu OGH 3 Ob 782/54, SZ 28/76; *Unger*, Fragmente aus einem System des österr. Obligationenrechts, GrünhutsZ 15 [1888] 529, 543). Die Aufrechnungserklärung wird als empfangsbedürftige Willenserklärung qualifiziert, sodass auch sie ein Insichgeschäft darstellen kann. Allgemein zur Aufrechnungserklärung s *Dullinger* in *Rummel*, ABGB[3] § 1438 Rz 11.

[383] *Wünsch* in FS Hämmerle 455; *ders*, GmbHG § 25 Rz 90; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; vgl OGH 1 Ob 606/91, JBl 1992, 319: „Selbstkontrahieren sei zulässig, wenn dadurch nicht die Interessen des Vertretenen gefährdet werden, insbesondere wenn es dem Vertretenen ausschließlich rechtliche Vorteile bringe"; ebenso OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90; OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; OGH 6 Ob 73/99z, JBl 2000, 528; OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222; vgl zu § 39 Abs 4 *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 36.

[384] Für die Qualifikation als Schenkungsgegenstand *Schubert* in *Rummel*, ABGB[3] § 938 Rz 2 mwN; aA mit der Begründung, dass es sich bei der unentgeltlichen Erbringung von Dienstleistungen um einen eigenen

muss für diese Zwecke jedoch nicht geklärt werden. Denn selbst wenn man die Erbringung einer Dienstleistung nicht unter § 938 ABGB subsumiert, ändert sich nichts an der Tatsache – und allein sie ist hier entscheidend –, dass dem Vertretenen durch ein solches Rechtsgeschäft ausschließlich Vorteile erwachsen, sodass eine Interessengefährdung vorweg ausscheidet. Sind mit der Schenkung (oder der Erbringung einer Dienstleistung) jedoch auch rechtliche oder wirtschaftliche Verpflichtungen verbunden, ist eine Interessenkollision grundsätzlich nicht auszuschließen, das Geschäft daher zustimmungsbedürftig. Ein an dieser Stelle oft zitiertes Beispiel[385] ist die Schenkung eines Reitpferds,[386] womit automatisch die Kosten für Stall, Futter, Tierarzt, Haftpflichtversicherung etc einhergehen. Aber auch an die Schenkung eines Hauses, dessen kostspieliger Umbau baubehördlich angeordnet wurde, ist hier zu denken. Fraglich ist indes, wie eine Schenkung zu beurteilen ist, die zwar einerseits mit Verpflichtungen verbunden ist, sich andererseits im Ergebnis dennoch als wirtschaftlich vorteilhaft gestaltet, wie zB die Überlassung eines Gebrauchtautos, zu dessen Fahrtauglichkeit ein Ersatzteil getauscht werden muss, dessen Kosten sich im Verhältnis zum Wert des Autos kaum bemerkbar machen. Noch plakativer ist der Fall der Schenkung eines Grundstücks, mit dessen Eigentumsübertragung auch die Kosten der Verbücherung und die Entrichtung der Grunderwerbssteuer einhergehen. Feststeht, dass – rein formell betrachtet – mit einem solchen Rechtsgeschäft nicht nur Vorteile verbunden sind und eine solche Schenkung demnach strenggenommen nicht unter die von Rsp und Literatur entwickelte Ausnahmeregelung fällt. ME sind jedoch Fälle, in denen die damit einhergehenden Verpflichtungen so gering sind, dass sie kaum ins Gewicht fallen, sehr wohl darunter zu subsumieren. Die Anforderungen sollten dabei aber hoch gesetzt werden. Denn der Schutz der Gesellschaft verlangt es, in nicht völlig eindeutigen Fällen ihr selbst die Entscheidungsbefugnis einzuräumen.

3. Geschäftsabschluss zu Markt- oder Börsepreis?

Nach Ansicht des OGH und verbreiteter Auffassung im Schrifttum sind Insichgeschäfte darüber hinaus auch immer dann zulässig, wenn die ver- oder gekaufte

---

Vertragstyp handelt (§§ 1151 ff ABGB) *Bollenberger* in KBB[3] § 938 Rz 2; *Binder* in *Schwimann*, ABGB[3] § 938 Rz 11.

[385] So etwa *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 90; *P. Bydlinski/Koziol* in KBB[3] § 1017 Rz 5; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 16 bei und in FN 113.

[386] OGH 1 Ob 719/80, SZ 54/20, s dazu auch *Dullinger*, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ 1986, 202.

Ware einen Markt- oder Börsepreis hat.[387] Da die dem Vertretenen auferlegte Verbindlichkeit bzw die ihm verschaffte Forderung nicht vom Vertreter selbst, sondern von einer neutralen Stelle (Markt, Börse) bestimmt wird, fehle die Gefahr einer Interessenkollision, sodass mangels Schutzbedürfnisses das Zustimmungserfordernis entfallen könnte. Dem ist mE nicht zu folgen. Schon *Hupka*[388] und *U. Torggler*[389] haben zutreffend darauf hingewiesen, dass bei Geschäftsabschlüssen zu Markt- und Börsepreisen immer noch die Entscheidung über das „Ob" einen Interessenkonflikt auslösen kann. So wäre es möglich, dass der Geschäftsführer, motiviert von dem Gedanken, seine private Anlagestrategie zu ändern, der Gesellschaft seine Goldbestände zum tagesaktuellen Goldpreis verkauft, die Gesellschaft mit dem Kaufpreis jedoch Maschinen für eine effizientere Produktion erstehen wollte und nun keine liquiden Mittel hierfür zur Verfügung hat. Freilich kann sie ihre Goldbestände wieder verkaufen; der Mehraufwand, der ihr dadurch entsteht, ist jedoch schnell erkennbar; zudem wäre es möglich, dass der Goldpreis aufgrund seiner Volatilität in der Zwischenzeit gesunken ist, sodass der Gesellschaft auch insofern ein Schaden erwächst.

Auch kann der dem Selbstkontrahieren teleologisch gleichgelagerte § 400 UGB[390] über das gesetzliche Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs idZ nicht fruchtbar gemacht werden. Denn eine Übertragung der Wertung des § 400 UGB scheitert mE daran, dass die Bestimmung insofern anders gelagert ist, als die Ein-/Verkaufsentscheidung und damit die Entscheidung über das „Ob" bereits getroffen wurde; und zwar vom Kommittenten selbst. In den hier interessierenden Fällen entscheidet demgegenüber der Vertreter für die

[387] RIS-Justiz RS0019350 T 3, RS0028072 T 7, zB OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90, OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141, OGH 6 Ob 73/99z, JBl 2000, 528, OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; *Thöni*, wbl 1988, 103; *Umfahrer*, GmbH[6] Rz 232; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 61; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229; *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 216; *P. Bydlinski/Koziol* in KBB[3] § 1017 Rz 5; so wohl auch *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 FN 114.

[388] *Hupka*, Vollmacht 283.

[389] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.

[390] Die Norm erlaubt dem Kommissionär bei Ein- oder Verkauf von Waren, die einen Börse- oder Marktpreis haben, oder Wertpapieren, bei denen ein Börse- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, die Waren oder Wertpapiere selbst zu liefern (Einkaufskommission) oder zu erwerben (Verkaufskommission). Str ist dabei zunächst schon, ob das Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs überhaupt einen Fall des Selbstkontrahierens darstellt. *Ehrenzweig* (Privatrecht I/1[2], 278 Anm 14; dem folgend *Wünsch* in FS Hämmerle 456 f) sprach sich mit dem Argument, dass der Kommissionär als indirekter Stellvertreter des Kommittenten auftrete und beim Geschäftsabschluss im eigenen Namen handle, dagegen aus. Demgegenüber vertrat *Hupka* (Vollmacht 339 bei und in FN 2) der sich dabei auf die Ausführungen *Hahns* (Beitrag zur Lehre vom Kommissions-Geschäft, ZHR 29 [1984] 1) stützte, dass der Kommissionär in diesen Fällen ausnahmsweise als direkter Vertreter des Kommittenten fungiere, und konstruierte damit einen gesetzlichen Ausnahmefall des sonst nach hM geltenden Grundsatzes genereller Unzulässigkeit von Insichgeschäften. Ihm folgend wies *Stanzl* (in *Klang*, ABGB IV/1[2], 817) darauf hin, dass „nicht die rechtliche Konstruktion, sondern das wirtschaftliche Ergebnis, die Interessenlage" ausschlaggebend sei und der Selbsteintritt des Kommissionärs daher durchaus ein (gesetzlich erlaubtes) Insichgeschäft darstelle.

Gesellschaft. Genau darin liegt das Gefährdungspotential dieser Fälle, welches die Schutzmaßnahme des § 25 Abs 4 GmbHG rechtfertigt.

Hupka[391] und *Wünsch*[392] weisen zudem darauf hin, dass sich bei (Ver-)Käufen zu Markt- oder Börsepreisen auch das Problem der Volatilität stelle. Denn aufgrund der Schwankungen, denen diese Preise unterliegen, würde der Zeitpunkt des Abschlusses die Vor- bzw Nachteilhaftigkeit des Geschäfts bestimmen, sodass neben dem „Ob" auch die Entscheidung über das „Wann" eine Interessenkollision zu schüren vermag. Dies überzeugt bei Zugrundelegen der Effizienzmarkthypothese[393] nicht. Denn danach beinhalten Wertpapierpreise zu jeder Zeit alle am Markt verfügbaren Informationen. Kein Marktteilnehmer kann demnach auf Dauer überdurchschnittliche Gewinne lukrieren oder anders formuliert: Der Markt kann nicht langfristig geschlagen werden.[394] Nur unvorhergesehene (zufällige) Ereignisse bedingen unerwartete Kursänderungen. Doch weil diese in einem effizienten Markt auch vom Geschäftsführer nicht vorhergesehen werden können, besteht keine Interessenkollision. Anderes gilt mE nur dann, wenn der Geschäftsführer über Insiderwissen verfügt, der Markt also insofern nicht effizient ist und der Geschäftsführer damit beim (Ver-)Kauf einer Interessenkollision unterliegt. Weil jedoch wie zuvor ausgeführt schon die Entscheidung über das „Ob" das Einholen der Zustimmung bedingt, bleibt diese Differenzierung ohne Einfluss.

4. „Geschäftseintritt"

Stehen sowohl die Geschäftsbedingungen als auch der (Ver-)Kaufwille des Vertretenen von vornherein fest, kann das Zustimmungserfordernis mE entfallen.[395] Denn eine Interessenkollision ist aufgrund der bereits im Vorfeld fixierten Vertragskonditionen und dem (ausdrücklich oder konkludent) erklärten Abschlusswillen des Vertretenen in aller Regel auszuschließen. So darf der Geschäftsführer einer GmbH, die eine Ziegelproduktion und den dazugehörigen Verkauf betreibt, auch an sich selbst Ziegel verkaufen, wenn der Verkaufspreis jenem Preis entspricht, den auch andere Kunden dafür bezahlt hätten. Die

[391] *Hupka*, Vollmacht 283.
[392] *Wünsch* in FS Hämmerle 456, *ders*, GmbHG § 25 Rz 91 aE.
[393] S dazu *F. Schuhmacher*, Sind Wertpapiere stets fair bewertet? – Eine theoretische Untersuchung der Effizienzmarkthypothese, ÖBA 2003, 937 ff, der sich in seinem Aufsatz kritisch mit der Effizienzmarkthypothese auseinandersetzt.
[394] *F. Schuhmacher*, ÖBA 2003, 937 ff.
[395] So schon *Ehrenzweig*, Privatrecht I/1[2], 279 mit dem Bsp, dass sich ein Theaterkassier an sich selbst Karten verkauft; vgl RIS-Justiz RS0019639, zB 7 Ob 538/81, GesRZ 1981, 174; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 91: feststehende Geschäftsbedingungen; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35: „bei Umsatzgeschäften zu den vom Vertretenen im Geschäftsverkehr allgemein gewährten Konditionen".

Interessen der GmbH sind in diesem Fall nicht gefährdet; das Geschäft entspricht vielmehr dem Unternehmensgegenstand (Produktion und Verkauf von Ziegeln) und fördert den Gewinn der Gesellschaft; und zwar in dem gleichen Ausmaß wie es ein Drittgeschäft vermocht hätte. Die Situation erinnert an das schon im vorigen Punkt erwähnte Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs (§ 400 UGB), wonach dieser Waren, die einen bestimmten Preis haben (Börse- oder Marktpreis) und die der Kommittent (ver-)kaufen möchte, selbst liefern (Einkaufskommission) oder erwerben (Verkaufskommission) kann. Der hier interessierende Sachverhalt ist für den Vertretenen sogar insofern ungefährlicher, als der Vertragsgegenstand einen fixen (Kauf-)Preis hat und daher im Gegensatz zu Markt- und Börsepreisen keinen Schwankungen unterliegt. Die Ausnahmeregelung ist daher auch nicht auf Waren und Wertpapiere zu beschränken, sie findet vielmehr auf alle Insichgeschäfte Anwendung, deren Geschäftsbedingungen von vornherein feststehen. Der darüber hinaus erforderliche (Ver-)Kaufwillen des Vertretenen (vgl die Beauftragung des Kommissionärs mit dem [Ver-]Kauf des Kommissionsguts) ist jedenfalls bei Umsatzgeschäften der GmbH gegeben (s vorheriges Beispiel: Verkauf von Ziegel), so aber auch bei allen anderen Geschäften, mit deren Abschluss der Geschäftsführer ausdrücklich beauftragt wird. Voraussetzung ist, dass die Vertragskonditionen bereits im Vorfeld festgelegt wurden: Kauf eines neuen Baggers Marke XY à € 50.000,--. Statt eines Vertragsabschlusses mit einem Dritten kann der Geschäftsführer in das Geschäft „eintreten“ und selbst als Verkäufer des Baggers fungieren; so bspw dann, wenn der Geschäftsführer selbst ein Unternehmen führt, das Bagger der Marke XY vertreibt. Zwar kann sich der Geschäftsabschluss für den Geschäftsführer als vorteilhaft erweisen;[396] entscheidend ist aber, dass der Gesellschaft dadurch kein Nachteil erwächst, wird doch genau jener Preis gezahlt, der auch bei einem Geschäft mit einem Dritten von der Gesellschaft bezahlt worden wäre. Ausschlaggebend für die Frage der Zustimmungspflicht ist allein das abstrakte Gefährdungspotential eines solchen Rechtsgeschäfts, das in den hier beschriebenen Fällen aufgrund des von der Gesellschaft selbst gefassten Rechtsgeschäftswillen und den im Voraus fixierten Vertragskonditionen gerade nicht besteht.

[396] Als Vertragshändler erhält der Geschäftsführer zwar keine Provision pro verkauften Bagger; er vergrößert oder verkleinert aber mit jedem Verkauf seine Gewinnspanne (Differenz zwischen Ankaufs- und Weiterveräußerungspreis), sodass sich auch der Verkauf an die Gesellschaft je nach (dem von der Gesellschaft vorgegebenen) Kaufpreis als vor- oder nachteilig erweisen kann.

7. Zusammenfassung und Thesen

- Grundsätzlich ist jedes Insichgeschäft aufgrund der mit ihm einhergehenden Interessenkollision und der damit verbundenen Gefahr einer Übervorteilung der Gesellschaft zustimmungspflichtig (§ 25 Abs 4 GmbHG).

- Zustimmungsberechtigt sind der Aufsichtsrat, ein aufsichtsratsähnlicher Beirat und sämtliche übrige Geschäftsführer (§ 25 Abs 4 GmbHG); stets aber auch die Gesellschafter. Nicht zustimmungsberechtigt sind Prokuristen.

- Da die Zustimmungskompetenz der übrigen Geschäftsführer gegenüber jener des Aufsichtsrats bloß subsidiär ist, wird sie nur in Gesellschaften ohne Aufsichtsrat schlagend.

- Fehlt ein Aufsichtsrat und gibt es nur einen weiteren Geschäftsführer, genügt mE auch dessen Zustimmung.

- Entsprechend ihrer Stellung als „[o]berstes Willensorgan der Gesellschaft“[397] kann die Gesellschafterversammlung auch dann dem Insichgeschäft zustimmen, wenn der Aufsichtsrat oder die übrigen Geschäftsführer eine Zustimmung verweigert haben. Umgekehrt, wenn also der Aufsichtsrat oder die übrigen Geschäftsführer dem Geschäft bereits zugestimmt haben, kann sich die Gesellschafterversammlung nur bis zu jenem Zeitpunkt darüber hinwegsetzen, an dem der Geschäftsführer im (berechtigten) Vertrauen auf die Zustimmung Dispositionen tätigt.

- Ist der selbstkontrahierende oder doppelvertretende Geschäftsführer selbst Gesellschafter der GmbH, ist er von der Beschlussfassung der Gesellschafter über Insichgeschäfte ausgeschlossen (§ 39 Abs 4 S 2 Var 1 GmbHG).

- Die Zustimmung kann generell, gattungsmäßig oder auf ein bestimmtes Insichgeschäft bezogen (speziell) erteilt werden.

[397] OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58.

- Die Kompetenz zur generellen Zustimmung obliegt dabei ausschließlich den Gesellschaftern. Diese können durch Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Gesellschaftsvertrag Insichgeschäfte einzelnen, mehreren oder allen Geschäftsführern gestatten. Ein einfacher Gesellschafterbeschluss genügt hierfür nicht; dieser wäre aufgrund seiner „zustandsbegründenden Satzungsdurchbrechung“ nichtig.

- Zur gattungsmäßigen Zustimmung sind neben den Gesellschaftern auch die Geschäftsführer (§ 28 Abs 1 GmbHG) und der Aufsichtsrat („Vorratsbeschlüsse“) befugt.

- Gesellschafter und Geschäftsführer können nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, uU sogar durch bloßes Schweigen, zustimmen.

- Jedenfalls muss die Zustimmung *vor* Abschluss des Insichgeschäfts erteilt werden.

- Bei Gefahr im Verzug entfällt der Zustimmungsvorbehalt, soll er doch die Gesellschaft vor Nachteilen bewahren, die in diesem Fall gerade durch das Einholen der Zustimmungserklärung zu befürchten wären.

- Gleiches gilt, wenn die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft von vornherein auszuschließen ist. Insb ist dies bei Geschäften der Fall, die der GmbH ausschließlich – oder doch zumindest weitaus überwiegend – rechtliche und wirtschaftliche Vorteile bringen, wie bspw reine Schenkungen. Dogmatisch handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion des § 25 Abs 4 GmbHG.

- Ein solches für die Gesellschaft ausschließlich vorteilhaftes Geschäft liegt etwa dann vor, wenn der Vertreter eine Verbindlichkeit, die er selbst gegenüber der GmbH hat, erfüllt. Begleicht der Geschäftsführer demgegenüber eine Forderung, die ihm gegenüber der GmbH zusteht, kann der Zustimmungsvorbehalt mE nur dann entfallen, wenn die Forderung richtig (rechtsbeständig, klagbar, unbedingt, unbestritten, liquide) und fällig ist (vgl § 1439 ABGB).

- Keinen Ausnahmetatbestand bilden Geschäftsabschlüsse zu Markt- oder Börsepreisen, vermag hier doch immer noch die Entscheidung über das „Ob“ eine Interessenkollision zu schüren und eine Schädigungsgefahr zu begründen.

- Anderes gilt, wenn der Geschäftsführer bloß in ein Geschäft, das die Gesellschaft mit (irgend-)einem Dritten schließen wollte, eintritt. Da hier neben den Vertragskonditionen auch die (Ver-)Kaufentscheidung der Gesellschaft feststeht, kann mangels Schädigungsgefahr auf das Einholen der Zustimmung verzichtet werden.

8. Rechtsfolge fehlender Zustimmung: (Un-)Wirksamkeit

a. Darstellung der herrschenden Ansicht

Entgegen Teilen der älteren Rsp, wonach die organschaftliche Vertretungsmacht auch unzulässige Insichgeschäfte umfasste und die Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis nur bei Arglist Außenwirkungen entfaltete,[398] entspricht es der heute ganz herrschenden Ansicht, dass Insichgeschäfte, die ohne Zustimmung der Gesellschaft (zu den Ausnahmen s oben II.E.6 [62]) abgeschlossen werden, nicht nur unzulässig, sondern auch unwirksam sind.[399] Der Terminus „herrschende Ansicht“ ist dabei noch vorsichtig gewählt. Denn tatsächlich entspricht es der derzeit beinahe einhelligen Auffassung von Rsp und Schrifttum, dass dem Geschäftsführer sowohl im Fall des Selbstkontrahierens als auch im Fall der Doppelvertretung mangels Zustimmung die Vertretungsmacht fehle und er insofern als *falsus procurator* agiere.[400] An der Vorherrschaft dieser Ansicht dürfte es wohl auch liegen, dass an vielen Stellen sogar auf eine entsprechende Begründung verzichtet wird. Vielmehr scheint es, und das wird freilich durch das soeben erwähnte Phänomen noch verstärkt, es handle sich dabei um einen allseits anerkannten Grundsatz, an dem es schon lange nichts mehr zu rütteln gebe. Dass dieser Schein trügt, soll im Folgenden gezeigt werden. Unverzichtbar ist es daher, zunächst auf die Begründungen der herrschenden Ansicht einzugehen, die sich zumindest vereinzelt finden.

---

[398] S dazu RIS-Justiz RS0060021, OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141.
[399] S zB RIS-Justiz RS0028129 T 1, OGH 3 Ob 511/77, HS 10.170; OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; OGH 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*]; OGH 4 Ob 241/04a, ÖBA 2005, 491 [*Zollner*]; OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548 [*Wilhelm*]; OGH 3 Ob 2325/96z, ecolex 1998, 138; OGH 1 Ob 2044/96m, GesRZ 1997, 254; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/231; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Krejci*, GesR I 153 f; die Frage der Wirksamkeit offenlassend OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*].
[400] RIS-Justiz RS0028129 T 3, OGH 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315.

Im Wesentlichen können zwei Begründungsansätze unterschieden werden, wobei beide den gleichen Ausgangspunkt haben. Einigkeit herrscht nämlich darin, dass der Bestimmung des § 25 Abs 4 GmbHG keine Aussage über die (Un-)Wirksamkeit von Insichgeschäften abgewonnen werden könne.[401] Die Bestimmung bringe lediglich zum Ausdruck, dass der Abschluss eines Insichgeschäfts einerseits möglich[402] und andererseits – hier kann aber schon nicht mehr von Einigkeit gesprochen werden[403] – bei entsprechender Zustimmung auch zulässig und wirksam ist[404]. Was bei fehlender Zustimmung zu gelten hat, insb wie sich dies auf die Vertretungsmacht des Geschäftsführers auswirkt, werde von § 25 Abs 4 GmbHG nach der herrschenden Ansicht nicht geregelt.[405]

Der erste Begründungsansatz[406] interpretiert das Fehlen einer expliziten Rechtsfolgenanordnung als Vorliegen einer Lücke; das Gesetz sei in dieser Hinsicht planwidrig unvollständig. Zwar liest man dies selten so eindeutig; da die Argumentation

---

[401] Ausdr *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 93, 95 ff; *Harrer*, RdW 1991, 167; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 18 Rz 16; s aber OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141, wonach die Folgen des Selbstkontrahierens in § 25 Abs 4 abschließend geregelt und die Gesellschaft damit auf Schadenersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer beschränkt sei.

[402] S dazu RIS-Justiz RS0028072 T 5, OGH 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315; RIS-Justiz RS0028129 T 1, OGH 3 Ob 511/77, HS 10.170.

[403] So vertritt *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 93, dass § 25 Abs 4 nichts über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Insichgeschäfts aussage; die Bestimmung sei eine reine Haftungsregelung. Ebenso *Knöchlein*, Stellvertretung 116 ff, der mit der Auffassung *Wünschs* sein „herausgearbeitete[s] Ergebnis klar bestätigt" sieht, aber gleichfalls anmerkt, dass er sich damit „gegen eine nahezu einmütige Meinung in der österreichischen Lehre" stellt. Ihm zu Folge müsse die Norm des § 25 Abs 4 im Einklang mit dem Rechtsverständnis des Jahres 1906 interpretiert werden, wonach Insichgeschäfte allgemein zulässig waren. Da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden dürfte, dass sich dieser keiner klaren Regelung bedienen könnte, sei davon auszugehen, dass dieser eben keine Aussage über die (Un-)Zulässigkeit solcher Geschäfte getroffen hätte. Die Norm regle ausschließlich die Haftung des Geschäftsführers, welche laut *Knöchlein* (zumindest nach der damaligen Rechtslage) auch in Fällen (allgemein) zulässiger Insichgeschäfte bestehen könnte. AA stRsp und hL, s zB RIS-Justiz RS0028072 T 8, OGH 29.4.1998, 9 ObA 86/98g; RIS-Justiz RS0028072 T 11, OGH 6 Ob 56/05m, ecolex 2006/55; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 87; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23.

[404] S dazu RIS-Justiz RS0028129, OGH 14.6.1950, 1 Ob 318/50; RIS-Justiz RS0059793, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406, OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y, RIS-Justiz RS0028072 T 7, OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90; RIS-Justiz RS0028072 T 9, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 87; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9.

[405] HM, s zB *Harrer*, RdW 1991, 167.

[406] Zu seinen Vertretern zählen zB *Harrer*, RdW 1991, 167; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35 f; *Knöchlein*, Stellvertretung 50 f; *Kalss*, Kathrein & Co Stiftungsletter 2009, 5; *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 216; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB[3] § 272 Rz 10; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 272 Rz 2; *Hopf* in KBB[3] § 272 Rz 1; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1017 Rz 12, vgl auch *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 85; *ders* in FS Hämmerle 453 ff. Die Rsp beruft sich in folgenden Fällen auf eine analoge Anwendung der §§ 271 f ABGB auf den Geschäftsführer einer GmbH: RIS-Justiz RS0028129 T 10, OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; RIS-Justiz RS0009136, OGH 10.11.1965, 8 Ob 327/65; OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100; OGH 7 Ob 538/81, SZ 54/57; HG Wien, 24.6.1965, NZ 1965, 181; OGH 1 Ob 715/81, SZ 54/123; OGH 6 Ob 270/07k, ecolex 2008/193; OGH 4 Ob 71/00w, RdW 2000/505. Allgemein dazu, dass die §§ 271 f ABGB auch in anderen Kollisionsfällen anzuwenden sind, s RIS-Justiz RS0049147, OGH 1 Ob 8/80, SZ 53/136, OGH 17.1.1984, 2 Ob 504/84, OGH 4 Ob 174/99p, ÖJZ 2000, 25 [EvBl 2].

der Vertreter dieses Ansatzes aber das Vorliegen einer Lücke voraussetzt, darf dies zweifelsfrei unterstellt werden. Gestützt wird die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nämlich auf eine Analogie zu den Vorschriften der §§ 271, 272 ABGB, wonach bei Rechtsgeschäften zwischen einem geschäftsunfähigen minderjährigen Kind und seinem gesetzlichen Vertreter ein Kollisionskurator zu bestellen ist, widrigenfalls das Rechtsgeschäft nicht wirksam abgeschlossen werden kann. Das darin zum Ausdruck kommende Schutzbedürfnis des Vertretenen vor Kollisionsgefahr und Beeinträchtigung seiner Interessen bestehe wie bei der gesetzlichen Vertretung auch bei rechtsgeschäftlicher und – dies ist der springende Punkt – organschaftlicher Vertretungsmacht.[407] Doch auch das ist schon mehr an Begründung, als man an vielen Stellen in Judikatur und Schrifttum findet. Oft begnügt man sich mit der Formulierung, dass Insichgeschäfte ohne Zustimmung der Gesellschaft analog §§ 271 f ABGB (schwebend) unwirksam seien. Zwar geht daraus immerhin hervor, dass jene Autoren dem ersten Begründungsansatz, der Analogie, folgen (schon dieses „Outing" ist wie zuvor erwähnt keinesfalls selbstverständlich); warum sie diesen Weg wählen, bleibt dem Leser allerdings schon wieder verborgen, wodurch der bereits eingangs beschriebene Eindruck entsteht, dass es sich dabei um in Stein gemeißelte Regeln handelt, die wegen ihrer unbestrittenen Gültigkeit jeglichen Begründungsbedarfs entbehren. Im neueren Schrifttum ist es einzig *Harrer*[408], der sich mit der analogen Anwendung der §§ 271 f ABGB auseinandersetzt und die seines Erachtens erforderliche Analogie in mehreren Absätzen begründet. Auf die der Frage der Lückenschließung *per analogiam* eigentlich vorgelagerte Frage der Lückenfeststellung verzichtet er jedoch weitgehend, was auch diesen Beitrag unvollständig erscheinen lässt.

Der zweite Begründungsansatz folgert die Unwirksamkeit aus der allgemeinen Überlegung, dass der Abschluss eines Insichgeschäfts aufgrund der damit einhergehenden Interessengefährdung wohl kaum dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspreche und schon deshalb im Zweifel nicht vom Umfang der Vertretungsmacht umfasst sei. Diese Überlegungen gehen auf *Hupka* zurück und waren zunächst für Fälle der rechtsgeschäftlichen Vertretung konzipiert.[409] *P. Doralt* weitete ihren Anwendungsbereich auf den organschaftlichen Vertreter aus. Seiner Ansicht nach sei Letzterer in Bezug auf die mit Insichgeschäften einhergehende Problematik den rechtsgeschäftlichen Vertretern gleichzustellen. Da Verkehrsschutzinteressen wegfallen, könne auch in Fällen der

[407] S die Nw in FN 406.
[408] *Harrer*, RdW 1991, 167 f.
[409] *Hupka*, Vollmacht 282 ff, insb 286 und 288.

organschaftlichen Vertretung auf den Inhalt – korrekter wäre hier wohl: auf den vermuteten Inhalt – der Ermächtigung abgestellt werden.[410]

Fraglich bleibt indes, welchem Begründungsansatz jene Ansichten folgen – und das ist das Gros der vertretenen Auffassungen –, die die Antwort auf die Frage der (Un-)wirksamkeit „aus den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen" ableiten[411]. Statt einer Gesetzeslücke im technischen Sinn dürften sie von einer „einfachen Lücke" im Organisationsgefüge des GmbHG ausgehen, die es durch subsidiäre Anwendung der zivilrechtlichen Regeln zu schließen gilt. Dies sagt jedoch noch wenig über den von ihnen gewählten Begründungsansatz aus. Denn im Zivilrecht ist zwar weitläufig geklärt, dass Insichgeschäfte bei aufrechter Interessenkollision unzulässig und unwirksam sind.[412] Woraus dies folgt, wird jedoch auch dort nicht einheitlich gesehen (s dazu schon oben I.D.3.f [17]). Da es aber im Wesentlichen die gleichen beiden Begründungsansätze sind, die für die Rechtsfolge der Unwirksamkeit herangezogen werden, ist dies hier nicht weiter problematisch, gilt es im Folgenden doch ohnehin beide kritisch zu würdigen.

b. Kritik an der herrschenden Ansicht

i. Begründungsansatz I: Analogie zu §§ 271 f ABGB

1. Einordnung als Analogieproblem

Ausgehend vom ersten Begründungsansatz ist zunächst zu fragen, ob die analoge Anwendung der §§ 271, 272 ABGB auf Fälle der organschaftlichen Vertretungsmacht sachlich gerechtfertigt und dogmatisch begründbar ist.[413] Kritikpunkte stellen sich nämlich zweierlei: Zum einen ist Voraussetzung eines jeden Analogieschlusses[414] das Vorliegen

[410] *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291.
[411] So etwa *Krejci*, GesR I 153; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Umfahrer*, GmbHR[6], 110 f.
[412] S dazu schon oben bei und in FN 124.
[413] Kritisch auch OLG Wien 4 R 175/65, NZ 1965, 181; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 272, 273. In Fällen der rechtsgeschäftlichen Vertretung kann dies aber sehr wohl zutr sein, folgt hier doch die Vertretungsmacht zumindest in den Fällen der Innenvollmacht dem Innenverhältnis; s dazu ausf *Wilhelm*, Der Vollmachtsmissbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449, 454.
[414] Analogie (griechisch, „Entsprechung") ist die Anwendung einer Norm auf einen von ihrem Wortlaut nicht erfassten Sachverhalt. In der herrschenden zivilistischen Methodenlehre wird die Analogie meist als richterliche Rechtsfortbildung oder ergänzende Rechtsfindung *praeter legem* bezeichnet (*Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[6] [1991] 366 ff; *ders/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[3] [1995] 187 ff; *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre[2] [2012] 472 ff; *Kramer*, Juristische Methodenlehre[4] [2013] 183 ff, spricht idZ von „gebundenem Richterrecht"). Insb *Rüffler* übt zutr Kritik an dieser terminologischen Einordnung. Das Wort Rechtsfortbildung indiziere eine Kompetenz des rechtsanwendenden Organs zur Schaffung neuer Rechtsnormen, die ihm jedoch nicht zukommt (*Rüffler*,

einer Lücke – also einer „planwidrigen Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“.[415] Erst wenn eine solche Lücke festgestellt wurde, ist in einem nächsten Schritt zu fragen, ob der *telos* einer positivierten Norm auch den ungeregelten Sachverhalt erfasst, sodass die Lücke *per analogiam* zu schließen ist.[416] Im hier gegenständlichen Fall könnte es also schon am ersten Schritt, der Lückenfeststellung, scheitern. Denn das GmbHG kennt für den Abschluss von Insichgeschäften eine ausdrückliche Regelung: Gem § 25 Abs 4 GmbHG haftet ein Geschäftsführer für den Schaden, der der Gesellschaft aus einem Rechtsgeschäft erwächst, das er mit ihr im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen hat. Im Folgenden muss demnach zunächst untersucht werden, ob nicht schon dieser Bestimmung eine Antwort auf die Frage nach der (Un-)Wirksamkeit unzulässiger Insichgeschäfte entnommen werden kann, sodass sich ein Analogieschluss erübrigt. Unabhängig von dem Ergebnis dieser Untersuchung, erweist sich zum anderen auch der zweite Schritt, die Lückenschließung, *in concreto* die analoge Anwendung der §§ 271 f ABGB, als nicht weniger unproblematisch. Denn Voraussetzung hierfür ist die „Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses“[417]: Nur wenn der ungeregelte Sachverhalt der positivierten Norm hinsichtlich Rechtsgrunds und Schutzbedürfnisses gleichwertig gegenübersteht, kann Zweitere analog angewendet werden. Im hier interessierenden Fall erscheint dies durchaus fragwürdig, muss doch das Schutzbedürfnis von Gesellschaften mbH mit jenem minderjähriger oder sonst nicht voll handlungsfähiger Personen verglichen werden.

Aufgrund des soeben skizzierten Zwei-Schritte-Systems soll auch bei der folgenden Untersuchung zunächst der (von der hM bejahten) Frage nach dem Vorliegen einer Lücke nachgegangen werden. Erst danach gilt es die (von der hM praktizierte) Lückenschließung durch analoge Anwendung der §§ 271, 272 ABGB kritisch zu würdigen. Da weder der erste Schritt der Lückenfeststellung, noch der zweite Schritt der Lückenschließung völlig

---

Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? JRP 2002, 60, 62). Relativiert wird dies freilich dadurch, als nur „gesetzesimmanente“ Rechtsfortbildung gemeint ist, weshalb die Gerichte an die Regelungsabsicht des Gesetzes gebunden sind (*Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 191). Dennoch ist der Analogieschluss nicht dem Bereich der Rechtsfortbildung zuzuzählen. Er stellt vielmehr eine Auslegungsmethode dar, werden doch eine oder mehrere (zur Unterscheidung von Gesamt- [Rechts-] und Einzel- [Gesetzes-]Analogie s *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 477 ff) positivierte Normen so ausgelegt, dass sie auch auf einen vom Wortlaut nicht erfassten Sachverhalt Anwendung finden. Zudem spricht auch die systematische Interpretation von § 7 ABGB, der *sedes materiae* des Analogieschlusses, für eine solche Begriffseinordnung (Titel der §§ 6 – 7 ABGB ist „Auslegung“; s dazu *Rüffler*, JRP 2002, 60, 62 FN 10).

[415] Dazu *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz[2] (1982) 39.

[416] S schon die Nw in FN 414.

[417] OGH 8 Ob 84/65, SZ 38/56; OGH 5 Ob 152/62, SZ 35/102.

einheitlich vollzogen werden, soll in einem der jeweiligen Untersuchung vorgelagerten allgemeinen Teil zunächst erläutert werden, welchen Grundsätzen diese Arbeit folgen wird.

2. Lückenfeststellung

a. Allgemeines

Während *Kelsen* und ihm folgend einige Vertreter der Reinen Rechtslehre noch von der Lückenlosigkeit des Gesetzes ausgingen (werden rechtliche Ansprüche oder Pflichten in keiner Rechtsnorm begründet, existieren sie auch nicht [allgemeiner negativer Satz]),[418] ist es heute hM, dass das Gesetz (in seiner Gesamtheit) lückenhaft ist.[419] § 7 ABGB zeigt, dass auch der Gesetzgeber selbst von einer möglichen planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ausging.[420] Auch was unter einer Lücke zu verstehen ist, darf als weitgehend geklärt betrachtet werden. Nach allgemeinem Sprachgebrauch handelt es sich dabei um „eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts".[421] Das Merkmal der „Planwidrigkeit" zeigt, dass es sich bei der Feststellung einer Lücke stets um ein Werturteil handelt.[422] Neben die Feststellung der Tatsache, dass etwas fehlt – ein Sachverhalt ist also auch nach Ausschöpfung aller Interpretationsmethoden vom äußerst möglichen Wortsinn einer Norm nicht erfasst[423] –, tritt die Vorstellung, dass etwas vorhanden sein sollte. Bewertungsmaßstab ist dabei nach hM die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit.[424]

---

[418] *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 472 mwN.
[419] S zB *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 191; *Larenz*, Methodenlehre[1], 279.
[420] *Rüffler*, Prinzipien eines kodifizierten Umwandlungsrechts, in *B. Jud/Bachner/Bollenberger/Halbwachs/Kalss/Meissel/Ofner/Rabl* (Hrsg), Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung (2001) 111, 116 aE.
[421] *Canaris*, Lücken[2], 16, 39; *Larenz*, Methodenlehre[1], 279 ff, 286.
[422] Allgemeine Meinung, s zB *Larenz*, Methodenlehre[1], 282 f; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 477; *Canaris*, Lücken[2], 16.
[423] *Canaris*, Lücken[2], 23.
[424] ZB OGH 8 Ob 502/93, JBl 1994, 404; *Larenz*, Methodenlehre[1], 282 f; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 473. *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002) 9 ff, 10, stellt indes nicht auf die Gesamtheit der Rechtsordnung ab, sondern auf den in *einer* Norm verfolgten Gesetzeszweck und den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, räumt dabei aber gleichzeitig ein, dass sich seine Ansicht im Kernbereich, also der Feststellung einer Gesetzeslücke mit Hilfe des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, nicht von der hM unterscheidet. Für den Fall der Einzelanalogie, also der Anwendung *einer* bestimmten gesetzlichen Regel auf den von ihrem Wortlaut nicht erfassten, aber ähnlichen Fall, ist das sicher zutr. Generell gesprochen sollte dennoch auf die gesamte Rechtsordnung abgestellt werden, weil es ja immerhin auch Wesensmerkmal der Gesamtanalogie ist, dass aus einer Mehrzahl verwandter Vorschriften ein gemeinsames Prinzip erschlossen wird; s dazu *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 477 ff. Frühere Ansichten stellten noch auf das (subjektive) Rechtsgefühl/-gewissen des Rechtsanwenders oder der Allgemeinheit ab; s dazu *Canaris*, Lücken[2], 31.

Abzustellen ist demnach auf das positivierte Recht,[425] einschließlich seiner im Wege der Interpretation zu ermittelnden *rationes legis*, also der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und Zwecke.[426]

Ergibt sich daher aus einer teleologischen Gesamtbetrachtung der *lex lata*, dass der nicht geregelte Sachverhalt eigentlich eine Regelung erfahren hätte müssen, das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung also planwidrig ist, liegt eine Lücke vor. Wenngleich es richtig ist, im Rahmen der Lückenfeststellung auf die gesamte Rechtsordnung abzustellen, wird dieser Vorgang doch plakativer, wenn man sich den Hauptanwendungsfall vor Augen führt, nämlich die Feststellung der Lückenhaftigkeit anhand des positivrechtlichen Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG).[427] Lassen sich demnach zwischen der positivierten Norm und dem ungeregelten Sachverhalt – Maßstab ist auch hier der *telos* der Norm – keine Gründe für eine Verschiedenbehandlung feststellen, liegt aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots, Gleiches gleich zu behandeln, eine Lücke vor.

Dass nicht jede Unvollständigkeit des Gesetzes eine Lücke darstellt, zeigt das Merkmal der „Planwidrigkeit". So kann es sich beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung auch um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handeln („beredtes" bzw „planmäßiges" Schweigen) oder um ein rechtspolitisches Defizit der Rechtsordnung, also einen Fehler der Gesetzgebung,[428] der auch nur vom Gesetzgeber selbst beseitigt werden kann.[429] Gerade die Abgrenzung der Lücke gegenüber bloßer (individueller oder aber auch kollektiver) rechtspolitischer Wünsche, ist nicht immer leicht zu treffen. Entscheidend ist, ob sich die Unvollständigkeit aus der dem Gesetz immanenten Zwecksetzung ergibt oder aber aus außergesetzlichen Bewertungsgrundsätzen, wie etwa einer kritischen oder

---

[425] Insb den Gleichheitssatz gem Art 7 B-VG; s *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 473: „nicht allein auf Grund der ‚positiven' Rechtsnormen".

[426] *Rüffler*, JRP 2002, 60, 64 FN 25. Jene Autoren, die als Beurteilungsmaßstab auch außerpositive Wertungen, wie etwa Rechtsprinzipien, die Rechtsidee oder eine „Natur der Sache" (grundlegend *Canaris*, Lücken[2], 93 ff), heranziehen, geraten damit in Widerspruch mit Art 18 Abs 1 B-VG, wonach die Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Auch der Wortlaut des § 7 ABGB („natürliche Rechtsgrundsätze") und seine historische Regelungsintention können hierfür nicht ins Treffen geführt werden, weil dieser Bestimmung durch Art 18 B-VG iVm § 1 Verfassungs-ÜbergangsG derogiert wurde bzw sie zumindest verfassungskonform einschränkend auszulegen ist (überzeugend *Rüffler*, JRP 2002, 60, 66).

[427] S dazu *Canaris*, Lücken[2], 71 ff; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 475 f; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht 10.

[428] Vielfach wird auch von „echten", „gesetzesimmanenten" oder „*de lege lata* zu schließenden" Lücken einerseits und „unechten", „rechtspolitischen" oder „*de lege ferenda* zu schließenden" Lücken andererseits gesprochen. Aufgrund der Definition einer Lücke als planwidrige Unvollständigkeit, sollte mE jedoch nur erstere Gruppe als Lücke bezeichnet werden, weshalb diese Terminologie auch für die weiteren Ausführungen gewählt wird.

[429] *Kramer*, Methodenlehre[4], 194; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 187 ff; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 473 f. Zur Möglichkeit einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung durch die Gerichte s *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 232 ff.

politischen Würdigung des Gesetzes.[430] Demnach kann nur dort, wo das Gesetz gemessen an seiner *eigenen* Regelungsabsicht unvollständig ist, eine analogiefähige Lücke festgemacht werden. Andernfalls handelt es sich um die bloße Wunschvorstellung des Gesetzesanwenders, der jedoch mangels Grundlage im Gesetz nicht *per analogiam* zum Durchbruch verholfen werden darf – hat doch jeder Gesetzesanwender ein anderes subjektives Gerechtigkeitsempfinden, welchem aus Gründen der Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen bei der Feststellung von Lücken keine Rolle zukommen kann.[431]

b. Der interpretierte Gesetzestext als Ausgangspunkt

i. Allgemeines

Ausgangspunkt einer jeden Lückenfeststellung ist der interpretierte Gesetzestext;[432] hier also § 25 Abs 4 GmbHG. Erst wenn ihm keine Aussage abgewonnen werden kann, ist weiter zu fragen, ob der ungeregelte Sachverhalt gemessen an einer Gesamtbetrachtung der *lex lata* eine Regelung erfahren hätte müssen. Die hM bejaht dies im Fall von § 25 Abs 4 GmbHG. Sie gelangt bei Auslegung der Norm zwar zum Ergebnis, dass der Abschluss von Insichgeschäften grundsätzlich möglich und bei mangelnder Zustimmung der jeweiligen Organe auch haftungsbegründend sei, daraus jedoch keine Rückschlüsse auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Insichgeschäften gezogen werden können.[433] Da Verträge zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer wertungsmäßig Geschäften zwischen Minderjährigen und deren gesetzlichen Vertretern entsprechen würden und der Gesetzgeber Letztere sehr wohl einer ausdrücklichen Regelung zugeführt hat (§§ 271 f ABGB), sei die Regelung im GmbHG lückenhaft.[434] Dies soll im Folgenden anhand der einzelnen Interpretationsmethoden überprüft werden.

---

[430] *Larenz*, Methodenlehre[1], 282 f; s auch OGH 4 Ob 542/91, JBl 1992, 106.
[431] S die Nw in FN 430.
[432] *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 473; *Canaris*, Lücken[2], 23.
[433] *Knöchlein*, Stellvertretung 43; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts – Entwicklung, Perspektiven, Materialien (2005)100 FN 551.
[434] Zwar wird dies selten so ausdr erwähnt, vgl aber *Harrer*, RdW 1991, 167; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35 f; *Knöchlein*, Stellvertretung 50 f; *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 216; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB[3] § 272 Rz 10; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 272 Rz 2; *Hopf* in KBB[3] § 272 Rz 1; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1017 Rz 12, vgl auch *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 85; *ders* in FS Hämmerle 453 ff.

ii. Wortinterpretation

Der herrschenden Ansicht ist insofern beizupflichten, als der Wortinterpretation auf die Frage nach der Wirksamkeit von Insichgeschäften keine Antwort abgewonnen werden kann. So spricht zwar der Wortlaut *prima vista* für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (*arg*: „abgeschlossen"). Die juristische Terminologie kennt aber auch Vertrags*abschlüsse*, die unwirksam sind. Auch die ausdrücklich normierte Rechtsfolge, dass der Geschäftsführer „für den ihr [der Gesellschaft] aus einem Rechtsgeschäft erwachsenen Schaden" haftet, gibt wenig Aufschluss. Denn der Gesellschaft kann auch aus einem unwirksamen Rechtsgeschäft Schaden erwachsen, man denke nur an Schadenersatzansprüche aus *culpa in contrahendo*.

iii. Systematische Interpretation

Zielführender ist demgegenüber die systematische Interpretation der Norm. § 25 GmbHG ist eine Haftungsnorm; geregelt werden der Sorgfaltsmaßstab des organschaftlichen Vertreters im Rahmen seiner Geschäftsführung (!) und seine Haftungspflicht im Innenverhältnis (!).[435] Schon die systematische Eingliederung der Regelung in § 25 GmbHG lässt daher den Schluss zu, dass es sich bei Abs 4 um eine bloße Geschäftsführungsregel handelt, die ein Kontrahieren ohne Zustimmung für unzulässig und damit pflichtwidrig erklärt, jedoch keine Aussage über die (Un-)Wirksamkeit des dennoch abgeschlossenen Geschäfts enthält.[436]

iv. Historische (subjektiv-teleologische) Interpretation

Besonderes Augenmerk verdient die historische Interpretation. Ihr Ziel ist es, den Willen des Gesetzgebers zu erschließen und die der Norm zugrundeliegenden Vorstellungen und Wertungen zu erforschen.[437] Dabei ist zum einen – und aus ökonomischer Sicht wohl primär – auf die Gesetzesmaterialien, wie insb den Herrenhausbericht, die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage und die Beratungsprotokolle, abzustellen. Zum anderen können aber auch die Entstehungsgeschichte des GmbHG, insb wissenschaftliche Vorarbeiten, Vorentwürfe und

[435] Mit ausf Begründung des Systems der Innenhaftung s EB GmbHG 62.
[436] So auch *Thöni*, wbl 1988, 105; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 54; vgl *ders*, GesRZ 2007, 273; *ders*, ZfRV 2002, 136; OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141.
[437] ZB *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 449.

das rechtliche Umfeld im Zeitpunkt des Erlassens der auszulegenden Norm zweckdienliche Hinweise liefern.[438] Im Folgenden soll chronologisch vorgegangen werden.

Zunächst ist an den Ursprung der Bestimmung zurückzugehen – den Aktiengesetzentwurf 1900.[439] Letzterer fand zwar nie den Weg ins Parlament,[440] enthielt aber erstmals eine Bestimmung über Insichgeschäfte organschaftlicher Vertreter (§ 36 Abs 2 des Entwurfs). Auf Anregung des federführenden Sektionschefs und späteren Justizministers *Franz Klein* wurde diese Bestimmung auch in den Entwurf eines GmbH-Gesetzes übernommen (§ 19 Abs 2),[441] welches (zumindest anfänglich) zeitgleich verhandelt und diskutiert wurde[442]. Dort hieß es: „Bei Rechtsgeschäften, die vermöge ihrer Art oder ihres Umfanges nach den für die Geschäftsführer im Verhältnisse zur Gesellschaft bindenden Bestimmungen oder auch nur nach dem Geschäftsgebrauche nur mit Zustimmung oder unter Mitwirkung eines Geschäftsführers geschlossen werden dürfen, hat jeder Geschäftsführer, der ein solches Geschäft im eigenen oder fremden Namen mit der Gesellschaft einzugehen beabsichtigt, vor Abschluß des Rechtsgeschäftes die Zustimmung sämmtlicher Mitglieder des Aufsichtsrathes oder, wenn kein Aufsichtsrath besteht sämmtlicher übrigen Geschäftsführer zu erwirken. Der abschließende Geschäftsführer darf sich namens der Gesellschaft an dem Geschäftsabschlusse nicht betheiligen.“[443] Die Positionierung der Regel im Vertretungsrecht[444] zeigt, dass der Gesetzgeber anfangs sowohl Innen- als auch Außenverhältnis einer ausdrücklichen Regelung zuführen wollte. Ohne Einholung der entsprechenden Zustimmung (damals wurde noch die Zustimmung „sämmtlicher Mitglieder des Aufsichtsrathes“ gefordert; heute genügt die Zustimmung des Gesamtaufsichtsrats) sollte das Insichgeschäft unwirksam sein; dies interessanterweise auch dann, wenn die Gesellschaft ohne Mitwirkung des Betroffenen, also durch andere Geschäftsführer in ausreichender Zahl, rechtswirksam vertreten wurde; also gar kein

[438] Grundsätzlich *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 449.
[439] Da § 25 Abs 4 auf den Aktiengesetzentwurf 1900 zurückgeht, können die dazu gehörenden Materialien auch als Auslegungshilfe für das heutige GmbHG herangezogen werden; s *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktiengesetzes (2002) 195 bei und in FN 1145.
[440] *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktiengesetzes 191.
[441] Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 829.
[442] Ursprünglich wurden die Aktienreform und die Einführung eines GmbHG als Einheit betrachtet. Im Jahr 1903 erging jedoch die Weisung des Ministerpräsidenten *Körber* an das Justizministerium, die beiden Gesetze voneinander zu entkoppeln und den GmbHG-Entwurf „parlamentsreif zu machen“. Dazu und zu den Gründen für diesen Meinungswechsel s *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktiengesetzes 191 ff, insb 205 ff, wo auch vom „fruchtbaren Wechselspiel der Diskussion über beide Rechtsformen“ die Rede ist.
[443] Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 829.
[444] § 19 Abs 1: „Die Gesellschaft wird durch die von den Geschäftsführern in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet […]“; s dazu den Entwurf eines GmbHG, Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 829.

Insichgeschäft *per definitionem* vorlag,[445] was, wenn man dem Wort „darf" im letzten Satz angesichts der Situierung in der Vertretungsregel des § 19 des Entwurfs ebenso Außenwirksamkeit beimisst, sogar die einzige Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses mit dem Geschäftsführer bzw einem von diesem vertretenen Dritten dargestellt hätte. Der ohne entsprechende Zustimmung im eigenen oder fremden Namen handelnde Geschäftsführer konnte gem Abs 3 innerhalb einer gewissen Frist abberufen werden, wodurch er seinen Anspruch auf Entschädigung verlor.[446] Wenn der Geschäftsführer entgegen des Verbots (Abs 2 letzter Satz) dennoch am Geschäftsabschluss mitwirkte, es sich somit also um ein Insichgeschäft im eigentlichen Sinn handelte, sollte das Rechtsgeschäft wohl jedenfalls, also auch bei Vorliegen einer entsprechenden Zustimmung, unwirksam sein.

In Kraft trat diese (strenge) Regelung jedoch nie. In den folgenden Beratungen wurde die Bestimmung wesentlich aufgeweicht, insb hielt man nicht länger am Verbot des Insichgeschäfts fest: § 19 Abs 2 letzter Satz („Der abschließende Geschäftsführer darf sich namens der Gesellschaft an dem Geschäftsabschlusse nicht betheiligen.") wurde komplett gestrichen,[447] wodurch die Kohärenz mit den damaligen zivilrechtlichen Regeln hergestellt wurde, wonach Insichgeschäfte grundsätzlich zulässig waren.[448] Ebenfalls gestrichen wurde die Bestimmung über den Verlust des Gehalts (§ 19 Abs 3 S 1 des Entwurfs; s dazu FN 446). Für die Zustimmung reichte nun jene des Gesamtaufsichtsrats.[449] Unverändert blieb demgegenüber die durch die Situierung der Regelung in der Vertretungsnorm des § 19 zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers, dass die Zustimmungspflicht auch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers beschränken sollte. Dies wurde vielmehr noch dadurch bekräftigt, dass in § 20 Abs 2 des Entwurfs, worin schon damals die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht geregelt war, eine Ausnahme für Insichgeschäfte aufgenommen wurde. Demnach sollten

[445] S dazu auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 100.

[446] § 19 Abs 3: „Geschäftsführer, welche die nach dem zweiten Satze erforderliche Genehmigung nicht rechtzeitig einholen, haben, wenn ihre Bestellung als Geschäftsführer widerrufen wird, keinen Anspruch auf Entschädigung. Doch muß der Widerruf binnen drei Monaten von dem Tage, an dem sämmtliche Mitglieder Aufsichtsrathes oder die übrigen Geschäftsführer von dem Rechtsgeschäfte Kenntnis erlangen, jedenfalls aber binnen fünf Jahren nach Abschluß des Geschäftes erfolgen."; s dazu Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 829.

[447] S dazu die handschriftlichen Änderungen bei § 19 des Entwurfs; Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 829.

[448] S dazu den Überblick zur geschichtlichen Entwicklung bei *Knöchlein*, Stellvertretung 40 ff mwN.

[449] § 19 Abs 2 lautete nun: „Wenn ein Geschäftsführer im eigenen oder fremden Namen mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte einzugehen beabsichtigt, die vermöge ihrer Art oder ihres Umfanges nach den für die Geschäftsführer im Verhältnisse zur Gesellschaft bindenden Bestimmungen oder nach dem Geschäftsgebrauche nur mit Zustimmung oder unter Mitwirkung eines Geschäftsführers geschlossen werden dürfen, ist vor Abschluß des Rechtsgeschäftes die Zustimmung des Aufsichtsrathes oder, wenn kein Aufsichtsrath besteht, sämmtlicher übrigen Geschäftsführer zu erwirken."; s dazu Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 978.

Beschränkungen der Vertretungsbefugnis dritten Personen gegenüber nur „mit Ausnahme des im § 19 Abs. 2 bezeichneten Falles“ keine rechtliche Wirkung entfalten.[450] Die in § 19 Abs 2 des Entwurfs vorgeschriebene Zustimmungspflicht des „Aufsichtsrathes“ oder „sämmtlicher übrigen Geschäftsführer“ sollte nach dem damaligen Willen des Gesetzgebers demnach immer noch Wirksamkeitsvoraussetzung sein.

Schlagartig geändert hat sich diese Regelungsintention in den nächsten Beratungen, weshalb zu Recht behauptet werden kann, dass sich die für die hier interessierende Frage wohl aufschlussreichsten Änderungen zu diesem Zeitpunkt ereigneten: So wurde der Einschub in § 20 Abs 2 („mit Ausnahme des im § 19 Abs. 2 bezeichneten Falles“), der die Vertretungsmacht beim Abschluss von Insichgeschäften beschränken sollte, wieder gestrichen.[451] Gleichzeitig wurde die Regelung über Insichgeschäfte von der Vertretungsnorm des § 19 in die Haftungsbestimmung des § 25 transferiert, wo sie ihren noch heute gültigen Wortlaut bekam und am 6. März 1906 letztendlich in Kraft trat.[452]

Schon die neue Situierung in der Haftungsnorm, einer Norm, die ausschließlich das Innenverhältnis regelt, lässt erkennen, dass der Gesetzgeber seine ursprüngliche Regelungsintention geändert hat und nunmehr lediglich die Geschäftsführungsbefugnis einer speziellen Regelung zuführen wollte. Die Vertretungsmacht sollte demgegenüber den allgemeinen organschaftlichen Vertretungsregeln folgen, was mit Streichung des Einschubs in § 20 Abs 2 verdeutlicht wurde. Eine Bestätigung findet diese Annahme in den Erläuternden Bemerkungen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses, worin festgehalten ist, dass „in der unterlassenen Einholung ihrer Zustimmung unter allen Umständen mangelnde Sorgfalt erblickt werden [könne].“[453] Der Wille des Gesetzgebers kommt hier klar zum Ausdruck: „[M]angelnde Sorgfalt“ sollte die ausschließliche (*arg*: „unter allen Umständen“) Rechtsfolge sein. Geregelt bzw beschränkt wird also nur die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers. Das Außenverhältnis war demnach nicht mehr länger Gegenstand der speziellen Regelung.

[450] § 20 Abs 2: „Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis, mit Ausnahme des im § 19 Abs. 2 bezeichneten Falles, keine rechtliche Wirkung.“; s dazu Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv Justiz I H 1/1 Karton 883 fol 978, wo der Einschub „mit Ausnahme des im § 19 Abs. 2 bezeichneten Falles“ handschriftlich hinzugefügt wurde. Mein Dank an dieser Stelle gebührt Herrn Ass.-Prof. Dr. *Peter Stockenhuber*, LL.M., ohne dessen Unterstützung ich den (kurrent-)handschriftlichen Eintrag nicht entziffern hätte können.
[451] S § 20 Abs 2 idgF.
[452] § 25 Abs 4 wurde seit Inkrafttreten des GmbHG am 6. März 1906 nicht geändert; s RGBl 1906/58.
[453] EB GmbHG 66.

v. *Objektiv-teleologische Interpretation*

Wenngleich schon sowohl systematische als auch historische (subjektiv-teleologische) Auslegung gezeigt haben, dass es sich bei § 25 Abs 4 GmbHG um eine bloße Geschäftsführungsregel handelt, die die Vertretungsmacht im Außenverhältnis unberührt lässt, darf die methodische Untersuchung an dieser Stelle noch nicht abgebrochen werden.[454] Vielmehr ist der Gesetzestext auch nach objektiv-teleologischen Gesichtspunkten auszulegen. Denn zum einen verlangt es schon das Streben nach Vollständigkeit, den Auslegungskanon auszuschöpfen. Zum anderen liefert der objektive *telos* einer Norm oftmals den entscheidenden Hinweis im „Auslegungsdschungel"[455]. Ob er auch der in den Materialien zum Ausdruck kommenden Absicht des Gesetzgebers den Rang ablaufen kann, ist wohl zu bejahen, muss – wie zu zeigen sein wird – für die Zwecke dieser Arbeit aber nicht vollständig geklärt werden.[456]

Normzweck des § 25 Abs 4 GmbHG ist es, die Gesellschaft vor Interessenkollisionen ihrer Geschäftsführer und damit einhergehender Übervorteilung zu schützen.[457] Die von Insichgeschäften ausgehende erhöhte Gefährlichkeit (ob der Interessenkollision läuft die Gesellschaft regelmäßig Gefahr, dass ihr Geschäftsführer nicht die Gesellschaftsinteressen, sondern seine eigenen [Selbstkontrahieren] bzw jene des Dritten [Doppelvertretung] voranstellt; s dazu schon oben I.D.2 [9]) soll durch die Zustimmungspflicht unbefangener Organe eingedämmt werden. Geschützt wird primär die Gesellschaft, gewährt § 25 GmbHG doch auch nur Letzterer Ansprüche.[458] Mittelbar werden aber auch Gesellschaftsgläubiger geschützt.[459] Denn immerhin liegt es auch in ihrem Interesse, dass die Gesellschaft nicht durch für sie nachteilhafte Geschäfte geschädigt wird. Zu fragen ist nun, welche Rechtsfolgen dem *telos* der Norm am ehesten gerecht werden: Verlangt der Schutzzweck bei fehlender Zustimmung die (schwebende) Unwirksamkeit des Geschäfts oder kann mit der Rechtsfolge des Schadenersatzes das Auslangen gefunden werden?

Erstere Variante hätte es freilich für sich, dass der Gesellschaft für den Fall, dass sich eine ihrer Sachen aufgrund des Rechtsgeschäfts nun im Besitz des Geschäftsführers

[454] S *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 453 f.
[455] Vgl *Tomandl*, Im juristischen Methodendschungel, ÖJZ 2011, 539.
[456] Str, s dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 166. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz 91 mit FN 23, spricht der teleologischen Interpretation den „höchsten" Rang zu.
[457] S dazu zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.
[458] S *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 2 mwN; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 23.
[459] Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 5.

(Selbstkontrahieren) bzw im Besitz des Dritten (Doppelvertretung) befindet, die *rei vindicatio* zustünde. Damit ist sie bei Insolvenz des Geschäftsführers (Selbstkontrahieren) bzw des Dritten (Doppelvertretung) besser gestellt als nach den Regeln des allgemeinen Bereicherungsrechts. Denn aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts kommt es mangels Titels zu keiner Eigentumsübertragung,[460] sodass die Gesellschaft die Sache nach § 366 ABGB herausverlangen kann und nicht auf die Quote im Insolvenzverfahren beschränkt ist. Da jedoch Grenze jedes Auslegungsvorgangs der äußerst mögliche Wortsinn sein muss[461] und § 25 Abs 4 GmbHG allein von der Haftung des Geschäftsführers spricht, scheidet eine solche Interpretation mE aus. Zudem ist die Gesellschaft auch durch jene Rechtsfolge ausreichend geschützt, die tatsächlich Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat. Denn im Schadenersatzrecht gilt das Primat der Naturalrestitution, wonach der Geschädigte *in natura* so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde (§ 1323 ABGB; ausf dazu unten II.F.1.g [164]).[462] Die Gesellschaft kann also auch auf diesem Weg die Rückgabe des Gegenstands verlangen. Zudem wird zu zeigen sein, dass unzulässige Insichgeschäfte oftmals schon nach den allgemeinen Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht (schwebend) unwirksam sind (II.E.8.d.iii [131]), was eine (wie soeben gezeigt ohnedies nicht mögliche) Interpretation der Vorschrift in diesem Sinn überdies auch entbehrlich macht.

c. Ergebnis

Folgende Schlüsse lassen sich nun aus der vorstehenden Auslegung ziehen:

1. § 25 Abs 4 GmbHG regelt die Geschäftsführungsbefugnis und Haftung des Geschäftsführers in Fällen des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung. Das darin vorgesehene Zustimmungserfordernis beschränkt die Geschäftsführungsbefugnis.

Nicht nur die systematische Positionierung in § 25 GmbHG spricht für die Klassifizierung als Geschäftsführungsregelung, auch die Materialien zum GmbHG sind hier eindeutig. In der unterlassenen Einholung der Zustimmung kann „unter allen Umständen mangelnde Sorgfalt erblickt werden“.[463] Der Geschäftsabschluss ist demnach rechtswidrig; der Geschäftsführer haftet bei Vorliegen der weiteren

[460] Zum in Ö herrschenden Prinzip der kausalen Tradition s *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 119 f.
[461] S zB *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2], 441.
[462] *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 321 f.
[463] EB GmbHG 66.

Voraussetzungen für den der Gesellschaft durch sein pflichtwidriges Handeln entstandenen Schaden.

2. § 25 Abs 4 GmbHG enthält keine Aussage über die Frage der (Un-)Wirksamkeit von Insichgeschäften.

Insofern ist der hM zuzustimmen. Insb die historische Interpretation der Bestimmung hat gezeigt, dass der Gesetzgeber entgegen seiner ursprünglichen Regelungsintention auf eine Regelung der Vertretungsmacht letztendlich verzichtet hat. § 25 Abs 4 GmbHG ist demnach keine Vertretungsnorm.

3. Eine Lücke liegt (dennoch oder gerade deswegen) nicht vor.

Zwei Begründungen kommen hierfür in Frage: Zum einen setzt eine Lücke stets die *planwidrige* Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts[464] voraus. *Planwidrig* ist eine Unvollständigkeit des Gesetzes aber immer nur dann, wenn der Gesetzgeber den ungeregelten Fall auch wirklich nicht bedacht hat. Ergibt sich hingegen schon aus den Materialien, dass eine entsprechende Regelung sehr wohl erwogen wurde, sie letztendlich jedoch – aus welchen Gründen auch immer – keinen Eingang in den Gesetzestext fand, handelt es sich um eine *bewusste* Unvollständigkeit des Gesetzes, die selbst dann, wenn es sich dabei um eine unsachliche Differenzierung handelt, vom Rechtsanwender nicht behoben werden darf.[465] Im hier gegenständlichen Fall des § 25 Abs 4 GmbHG kann daher schon deshalb keinesfalls von einer Planwidrigkeit ausgegangen werden. Allein die Tatsache, dass die Regelung anfangs in der Vertretungsnorm des § 19 Abs 2 des Entwurfs positioniert war und sich in der Bestimmung des § 20 Abs 2 des Entwurfs über die grundsätzliche Unbeschränktheit der Vertretungsmacht eine Ausnahme für Insichgeschäfte befand („mit Ausnahme des in § 19 Abs. 2 bezeichneten Falles"), lässt keinen Zweifel daran offen, dass der Gesetzgeber zunächst sehr wohl auch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers regeln wollte, er also sehr wohl auch an die Frage der (Un-)Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts dachte. Der spätere Transfer der (modifizierten) Regelung in die Haftungsnorm des § 25 Abs 4 GmbHG und die damit einhergehende Streichung des soeben erwähnten Einschubs in § 20 Abs 2 sind demnach als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen, die

[464] *Canaris*, Lücken[2], 16, 39; *Larenz*, Methodenlehre[1], 279 ff, 286.
[465] *Kramer*, Methodenlehre[4], 194; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 187 ff; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 473 f.

Vertretungsmacht beim Abschluss von Insichgeschäften eben doch keiner Beschränkung zuzuführen. Nicht zwingend erforderlich ist, dass die Ablehnung der früheren Regelungsintention ausdrücklich in Erscheinung tritt. Vielmehr genügt es, wenn sich aus den Vorarbeiten zum Gesetz entsprechende Überlegungen ergeben, diese schlussendlich jedoch keinen Niederschlag im Gesetzestext fanden. Denn wie *Rüffler* zutreffend betont, ist einem Gesetzgeber im Grundsatz sorgfältiges Handeln zu unterstellen, „sodass man eine Unterlassung trotz Kenntnis als bewusste werten muss".[466] Möglich wäre natürlich, dass sich der Gesetzgeber deshalb gegen eine Regelung entscheidet, weil er Letztere Rsp und Lehre überlassen möchte. Dafür bedarf es allerdings ausdrücklicher Anhaltspunkte in den Materialen, die hier gerade nicht gegeben sind.

Abgesehen davon, dass das Vorliegen einer Lücke damit jedenfalls am Kriterium der Planwidrigkeit scheitert, ist zum anderen schon (die vorgelagerte Frage) zweifelhaft, ob das Gesetz in dieser Hinsicht denn überhaupt *unvollständig* ist. Unvollständigkeit darf nämlich immer nur dann angenommen werden, wenn ein bestimmter Sachverhalt in der Gesamtheit der Rechtsordnung keine Regelung findet.[467] So mag es zwar sein, dass § 25 Abs 4 GmbHG auf die Frage der (Un-)Wirksamkeit eines Insichgeschäfts keine Antwort bietet. Das macht das Gesetz aber noch nicht unvollständig, gibt es doch andere Normen des GmbHG, die hierfür eine Lösung bieten. Mangels spezieller Regelung in § 25 Abs 4 GmbHG haben nämlich nach allgemeinen Grundsätzen die §§ 18 ff *leg cit* Anwendung zu finden, welche die organschaftliche Vertretungsmacht regeln. Würde man hier eine Unvollständigkeit des Gesetzes annehmen, müsste dies auch für die §§ 30j Abs 5, § 35 Abs 1 GmbHG, § 80 AktG etc gelten. Denn auch sie enthalten die Geschäftsführungsbefugnis beschränkende Zustimmungspflichten anderer Organe und verzichten auf eine Regelung des Außenverhältnisses.[468] Hier ist es aber völlig hM, dass keine Lücke vorliegt, sondern vielmehr die allgemeinen Vertretungsregeln zum Einsatz kommen.[469] Dass auch im Fall des Abschlusses

[466] Zum Ganzen ausf *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht 15 f.

[467] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 191; ebenso *F. Bydlinksi*, Juristische Methodenlehre[2], 473: Die Beurteilung darf dabei nicht allein aufgrund der positivierten Rechtsnormen erfolgen; auch Rechtsprinzipien und gewohnheitsrechtliche Grundsätze sind in die Prüfung miteinzubeziehen.

[468] S aber *Thiery*, Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder, ecolex 1993, 88, 89.

[469] Unstr, s zu § 30j Abs 5 zB *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 261; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 18; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 65; *Wünsch*, GmbHG § 30 j Rz 91; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/369; zu § 95 Abs 5 AktG s *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] §§ 95 – 97 Rz 41; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 95 Rz 97, zu § 95 Abs 5 Z 12 AktG s Rz 129 aaO (Differenzierung

eines Insichgeschäfts auf die allgemeinen Regeln abzustellen ist, entspricht – wie schon gezeigt – auch dem historischen Willen des Gesetzgebers. Denn Letzterer nahm von seiner früheren Regelungsintention, der Beschränkung der Vertretungsmacht, bewusst Abstand und sah in der unterlassenen Einholung der Zustimmung fortan bloß noch „mangelnde Sorgfalt“[470]. Und weil Verweise auf andere Bestimmungen fehlen, lässt sich daraus nur der Schluss ziehen, dass im Außenverhältnis die allgemeinen organschaftlichen Vertretungsregeln zur Anwendung kommen sollen.

3. Lückenschließung

a. Allgemeines

Wenngleich bereits gezeigt wurde, dass die von der hM geforderte Analogie schon am Vorliegen einer Lücke, also schon am ersten Schritt scheitert, soll im Folgenden der Vorsicht, aber auch der Vollständigkeit halber untersucht werden, ob – planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes nun (fiktiv) vorausgesetzt – die analoge Anwendung der §§ 271, 272 ABGB sachlich gerechtfertigt und dogmatisch begründbar ist.

Allgemein gilt: Liegt eine Lücke vor, ist diese in einem nächsten Schritt auszufüllen bzw zu schließen. Mittel hierfür ist der Analogieschluss, worunter nach hM die Anwendung einer (Einzelanalogie) oder mehrerer Normen (Gesamtanalogie) auf einen von ihrem Wortlaut nicht erfassten, aber „ähnlichen“ Sachverhalt verstanden wird (§ 7 ABGB).[471] Die Ähnlichkeit der Tatbestände besteht dabei in der „Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses“.[472] Im Fall der hier zu prüfenden Einzelanalogie ist demnach entscheidend, ob der vom Gesetzgeber in der positivierten Norm verfolgte Gesetzeszweck den ungeregelten Sachverhalt gleichermaßen erfasst bzw ob – gemessen am Zweck der Norm und der ihr innewohnenden Interessenabwägung – keine relevanten Sachverhaltsunterschiede vorliegen.[473]

---

zwischen persönlichen und unternehmensbezogenen Geschäften mit einem Aufsichtsratsmitglied); *S. Fida*, wbl 2006, 361; *W. Doralt*, Transparenz und Kontrolle bei related party transactions: Verträge der Gesellschaft mit ihrem Aufsichtsratsmitglied, JBl 2008, 759, 772 ff.

[470] EB GmbHG 66.

[471] *Larenz*, Methodenlehre[1], 287 ff; *Canaris*, Lücken[2], 24 f, 144 ff; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 475 ff.

[472] RIS-Justiz RS0008902; zB OGH 8 Ob 84/65, SZ 38/56; OGH 22.5.1973 4 Ob 527/73; OGH 3 Ob 205/73, SZ 46/123; RIS-Justiz RS0069353, zB OGH 6 Ob 66/60, MietSlg 8253.

[473] S dazu *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht 9 f; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 475 ff; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3], 202 f. Oder anders ausgedrückt: Ist der Sachverhalt zwar nicht vom

b. Analoge Anwendung der §§ 271, 272 ABGB?

i. Gleichheit des Rechtsgrundes?

Zur Wiederholung: §§ 271, 272 ABGB enthalten Kollisionsregelungen. Gem § 271 *leg cit* ist bei Geschäften zwischen minderjährigen oder sonst nicht voll handlungsfähigen Personen und ihres gesetzlichen Vertreters bei widerstreitenden Interessen ein Kurator zu bestellen. § 272 *leg cit* erstreckt das Erfordernis der Kuratorenbestellung auch auf Fälle, in denen zwei oder mehrere nicht voll handlungsfähige Personen dengleichen gesetzlichen Vertreter haben. Bezweckt wird in beiden Fällen der Schutz des Vertretenen vor Interessenkollisionen seines Vertreters.[474] Die Bestimmungen sollen den minderjährigen oder sonst nicht voll handlungsfähigen Vertretenen vor Übervorteilungen durch den befangenen Vertreter schützen.[475] Gleiches gilt für Insichgeschäfte des Geschäftsführers. Auch sie bergen die Gefahr in sich, dass der Geschäftsführer seine eigenen Interessen (Selbstkontrahieren) bzw jene des Dritten (Doppelvertretung) voranstellt und der Gesellschaft damit Schaden zufügt, weshalb die Gleichheit des Rechtsgrundes durchaus zu bejahen ist.[476]

ii. Gleichheit des Schutzbedürfnisses?

Zur Klärung der Frage, ob sich minderjährige oder sonst nicht voll handlungsfähige Personen und Gesellschaften mbH hinsichtlich ihres Schutzbedürfnisses beim Abschluss eines Insichgeschäfts ihres Vertreters gleichwertig gegenüberstehen, empfiehlt es sich zunächst, das allgemeine Schutzniveau zu erforschen, das der Gesetzgeber diesen Personengruppen im Rahmen ihrer Vertretung zu Teil werden lässt. Um daraus Rückschlüsse auf den hier gegenständlichen Fall anzustellen, muss das Augenmerk auf

---

Wortlaut der Norm erfasst, sehr wohl aber von ihrem Zweck, entspricht es dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG), ihn entsprechend gleich zu behandeln. Mit der Berufung auf den positivierten Gleichheitssatz ist zugleich gezeigt, dass es keinesfalls im freien Ermessen des Rechtsanwenders steht, ob er eine Norm entsprechend anwendet oder nicht. Vielmehr besteht bei „Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses" ein Analogie*gebot*. Wenngleich somit im Kernbereich dasselbe Schlussverfahren zur Feststellung und Schließung der Lücke verwendet wird (auf beiden Stufen sind der vom Gesetzgeber in der positivierten Norm verfolgte *telos* und der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz maßgebend), sollte – entgegen vereinzelten Meinungen in der Lit (*Hügel*, Vortrag am 13. Mai 2013 im Rahmen des 20. Seminars zu den aktuellen Entwicklungen im Unternehmens- und Steuerrecht mit dem Themenschwerpunkt: „Eigene Aktien im Spannungsfeld der Rückerwerbsbeschränkungen (§ 65 AktG) und Vermögensbindung (§ 52 AktG)"; diff *Canaris*, Lücken[2], 71 ff, 148 ff) dennoch an dem Zwei-Schritte-Schema festgehalten werden (*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2], 472 ff).

[474] *Harrer*, RdW 1991, 168; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 272 Rz 4 ff.

[475] S dazu zB *Pfurtscheller* in *Schwimman*, ABGB Taschenkommentar[2] § 271 Rz 1 ff; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 272 Rz 4 ff.

[476] Ausdr auch *Harrer*, RdW 1991, 168; *Wünsch* in FS Hämmerle 454 bei FN 21.

Vertretungshandlungen liegen, die gesetzliche Zustimmungsvorbehalte überschreiten. ME entscheidend ist dabei, wen in diesen Fällen das Risiko trifft, dass sich der Vertreter über das Zustimmungserfordernis hinwegsetzt – hat dieses der Vertretene zu tragen, der sich des Vertreters bedient, oder trifft es den Rechtsverkehr, der sich auf ein Geschäft mit dem Vertreter einlässt? Anhand dieser allgemeinen Überlegungen zum Schutzniveau der nicht voll handlungsfähigen Personen einerseits und der Gesellschaften mbH andererseits soll anschließend konkret auf die Gleichheit des Schutzbedürfnisses im Fall des Abschlusses eines Insichgeschäfts Stellung bezogen werden.

Zunächst zu Ersteren: Der Schutz minderjähriger oder sonst nicht voll handlungsfähiger Personen vor nachteiligen Vertretungshandlungen wird vom österreichischen Gesetzgeber zu Recht groß geschrieben (§ 21 Abs 1 ABGB: „[…] stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze"). Gesetzliche Beschränkungen der Befugnisse ihrer Vertreter – wie bspw etwaige Zustimmungsvorbehalte – entfalten grundsätzlich Außenwirkung. Dies liegt schon in der Natur der gesetzlichen Vertretung, wonach für den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht ausschließlich das Gesetz maßgebend ist,[477] findet aber in den meisten Bestimmungen auch ausdrücklich Erwähnung: So ist zwar zB grundsätzlich jeder Elternteil für sich allein berechtigt, das Kind zu vertreten (§ 167 Abs 1 ABGB),[478] besonders wichtige bzw schwer zu widerrufende Vertretungshandlungen, wie bspw die Änderung des Vor- oder Familiennamens oder den Eintritt in eine Kirche oder Religionsgemeinschaft, „bedürfen *zu ihrer Rechtswirksamkeit* der Zustimmung des anderen obsorgebetrauten Elternteils"[479] (§ 167 Abs 2 ABGB). Genauso ist für Vertretungshandlungen und Einwilligungen in Vermögensangelegenheiten, die nicht bloß zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, neben der Zustimmung des anderen obsorgebetrauten Elternteils auch die Genehmigung des Gerichts erforderlich (§ 167 Abs 3 S 1 ABGB), ohne der das entsprechende Geschäft unwirksam ist, woran schon der Wortlaut keinen Zweifel lässt (*arg* „…bedürfen zur ihrer Rechtswirksamkeit…"). Auch die Vertretungsmacht des Sachwalters ist nicht unbeschränkt. Sie umfasst vielmehr nur alljene „Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die dem Sachwalter (Kurator) übertragenen Angelegenheiten zu besorgen" (§ 275 Abs 1 S 1 ABGB). In wichtigen Angelegenheiten hat auch er die Genehmigung des Gerichts einzuholen. Liegt keine Gefahr im Verzug vor,

[477] *Hupka*, Vollmacht 284.
[478] Das nach § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB gebotene Einvernehmen der mit der Obsorge betrauten Personen betrifft nur das Innenverhältnis; s dazu *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar[2] § 167 Rz 4.
[479] Hervorhebung durch die Autorin veranlasst.

sind Maßnahmen, die ohne eine solche Genehmigung getroffen wurden, „unzulässig und unwirksam“ (§ 275 Abs 1 S 2 ABGB).

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften, mit denen der Vertreter gesetzliche Zustimmungsvorbehalte überschreitet, ist eine Entscheidung für den Schutz Minderjähriger und anderer Pflegebefohlenen. Der Schutz des Verkehrs tritt in Fällen der gesetzlichen Vertretung demgegenüber bewusst in den Hintergrund.[480] Das Risiko, dass sich der Vertreter einer minderjährigen oder sonst nicht voll handlungsfähigen Person Zustimmungsvorbehalten widersetzt, trifft demnach klar den Geschäftsverkehr, nicht den Vertretenen. Es gilt der aus § 21 ABGB abgeleitete Grundsatz „Schutz des Pflichtbefohlenen geht vor Verkehrsschutz“.[481]

Auch die Regelung der §§ 271, 272 ABGB über Insichgeschäfte des gesetzlichen Vertreters passt in dieses Konzept. Zwar findet sich darin keine ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung. Dennoch entspricht es der völlig hM, dass ein trotz widerstreitender Interessen ohne Kollisionskurator abgeschlossenes Insichgeschäft (schwebend) unwirksam ist.[482] Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz, dass der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht dem Gesetz folgt.[483]

Im Bereich der organschaftlichen Vertretung zeigt sich in Bezug auf das Schutzbedürfnis des Vertretenen ein anderes, um nicht zu sagen völlig konträres Bild. So ist die Vertretungsmacht der organschaftlichen Vertreter in ihrem Umfang grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 20 Abs 2 GmbHG).[484] Sie erstreckt sich auf

---

[480] S dazu zB *Rabl*, Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte, ÖBA 2008, 83, 84 ff.
[481] S aber auch *Rabl*, ÖBA 2008, 86 bei und in FN 37.
[482] StRsp, s zB OGH 1 Ob 719/80, SZ 54/20; hM, s zB *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB^3 § 272 Rz 8; *Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §§ 271, 272 Rz 9.
[483] *Hupka*, Vollmacht 284.
[484] Rückzuführen ist dieser Grundsatz auf das Bedürfnis des Geschäftsverkehrs, nicht länger den Unklarheiten bezüglich des Umfangs und möglicher Beschränkungen der Vertretungsmacht ausgeliefert zu sein, welches mit der Industrialisierung und der raschen Entwicklung des Handelsverkehrs in der Mitte des 19. Jahrhunderts seinen Höhepunkt erreichte. Schon kurz nach In-Kraft-Treten der neuen Vertretungsregelung wurde diese als eine der gelungensten, aber auch gewagtesten Schritte des ADHGB bzw AHGB bezeichnet. Gelungen, weil durch die im Außenverhältnis geltende Unbeschränkbarkeit die Rechte Dritter umfassend geschützt werden und dadurch der Grundstein für den Aufschwung des handelsrechtlichen Gesellschaftswesens gelegt wurde. Gewagt, weil die Vertretungsbefugnisse des Organwalters von der Gesellschaft nicht beschränkt werden konnten. Ausf zur Entwicklung *Müller-Freienfels*, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt (1982) 60 ff; s auch *Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138, 140 ff; zur Entwicklung am Beispiel der Prokura s *Hofmann*, Missbrauch von Formalvollmachten (2009) 8 ff. Heute wird das Institut der Formalvollmacht zu Recht als „die wohl wertvollste Errungenschaft handelsrechtlichen Vertretungsrechts“ bezeichnet. S dazu *Krejci*, GesR I 151.

sämtliche gerichtliche und außergerichtliche Rechtshandlungen (§ 18 Abs 1 GmbHG).[485] Beschränkungen berühren ausschließlich die Geschäftsführungsbefugnis (rechtliches Dürfen im Innenverhältnis), die Vertretungsmacht (rechtliches Können im Außenverhältnis) bleibt davon unberührt.[486] Bezweckt wird der Schutz des Verkehrs. Letzterem soll es nicht aufgebürdet werden, Informationen über interne Beschränkungen oder etwaige Zuständigkeiten einzuholen, zumal es Dritten in der Regel gar nicht möglich ist, sich über eine gesellschaftsinterne Aufgabenverteilung Gewissheit zu verschaffen.[487] Der Schutz der Gesellschaft tritt demgegenüber in den Hintergrund. Letztere trägt vielmehr das Risiko, dass sich Geschäftsführer über ihre Befugnisse hinwegsetzen.[488] So sind ungewöhnliche Geschäfte[489] genauso wirksam wie Verträge, die im Verhältnis zur Gesellschaft pflichtwidrig sind,[490] weil sie bspw entgegen einer Weisung der Gesellschafter abgeschlossen wurden[491] oder gegen den Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG verstoßen. Die Gesellschaft bleibt dabei auf mögliche Schadenersatzansprüche gegen den pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer beschränkt. Auch positivierte Zustimmungserfordernisse von anderen Organen zeitigen im Außenverhältnis grundsätzlich keine Wirkung (ausf dazu unten II.E.8.c.ii.2 [104]).[492] Vielmehr ist es das Risiko der Gesellschaft, dass sich der von ihr ausgewählte Vertreter über Beschränkungen seiner Befugnisse hinwegsetzt.

Das Duell „Schutz des Vertretenen versus Verkehrsschutz“ gewinnt in Fällen der organschaftlichen Vertretung demnach eindeutig Letzterer, was auch bei Abschluss eines Insichgeschäfts nicht außer Acht gelassen werden darf. Zuzugestehen ist freilich, dass insb beim Selbstkontrahieren, aber auch bei der Doppelvertretung, aufgrund der regelmäßig gegebenen Interessenkollision ein erhöhtes Schutzbedürfnis der Gesellschaft besteht.

---

[485] *Prima vista* scheint es zwar so, als würden Grundlagengeschäfte Ausnahmen von diesem Grundsatz darstellen. Tatsächlich sind sie aber schon von vornherein nicht von der Vertretungsmacht umfasst. Gegenstand solcher Geschäfte ist nämlich nicht die Vertretung der Gesellschaft nach außen, sondern vielmehr die Gesellschaft selbst bzw das Innenverhältnis der Gesellschafter, das neu geregelt werden soll (s dazu auch *Seikel*, Vertretungsmacht 113; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 39; diff *Krejci*, GesR I 156). Darunter fallen bspw Satzungsänderungen und Geschäfte, die zu einer solchen Änderung verpflichten, Umgründungsvorgänge, die Auflösung der Gesellschaft bzw ihre erneute Fortsetzung sowie der Abschluss von Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen (zum Ganzen auch *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 21; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 39).

[486] Allg zu Formalvollmachten s *Bachner*, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005, 282; *Hofmann*, Missbrauch von Formalvollmachten 38 ff.

[487] OGH 1 Ob 243/71, ÖJZ 1972, 156 [EvBl 88]; *Seikel*, Vertretungsmacht 80 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 1; *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 32, 34; *Krejci*, GesR I 151.

[488] *Seikel*, Vertretungsmacht 81.

[489] So schon *Ofner/Thorsch*, GmbHG § 20 Anm 2.

[490] RIS-Justiz RS0059755, OGH 4 Ob 48/76, GesRZ 1977, 66.

[491] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 37 mwN.

[492] S zB *Krejci*, GesR I 157.

Jenem des Geschäftsverkehrs darf es aber aufgrund der allgemeinen Konzeption der organschaftlichen Vertretungsmacht dennoch nicht vorgehen. Kritiker, die an dieser Stelle gerne einwenden würden, dass es in solchen Fällen doch gar keinen Geschäftsverkehr *per definitionem* zu schützen gebe, so wird doch „nur" der Geschäftsführer (Selbstkontrahieren) bzw ein von diesem vertretener Dritter (Doppelvertretung) Vertragspartner der Gesellschaft, müssen an dieser Stelle zunächst noch vertröstet werden. Erst in Kapitel II.E.8.c.iii (106), das sich der Frage, ob auch der Geschäftsführer Dritter iSd § 20 Abs 2 GmbHG sein kann, widmet, kommen sie auf ihre Kosten. Für die Untersuchung hier ist jedoch vorwegzunehmen, dass der Geschäftsführer *per se* noch nicht weniger schutzbedürftig ist als ein außenstehender Dritter. *Ergo* kann grundsätzlich auch er am vom Gesetzgeber etablierten Verkehrsschutz partizipieren. Seine Schutzbedürftigkeit büßt der Geschäftsführer erst bei Hinzutreten weiterer Umstände ein (zum Fehlgebrauch der Vertretungsmacht s II.E.8.d.ii [116]). Dass dies gerade im Fall des Selbstkontrahierens sogar regelmäßig der Fall ist und welche Auswirkungen dies auf die Doppelvertretung hat, soll später untersucht werden (II.E.8.d.iii [131]). Dies ändert aber nichts daran, dass das Schutzbedürfnis des Geschäftsführers und noch mehr jenes des Dritten, der vom Geschäftsführer vertreten wird, grundsätzlich besteht und nicht von vornherein und ausnahmslos negiert werden darf.

c. Ergebnis

Entgegen zahlreicher Stimmen in Rsp[493] und Lehre[494] ist daher als Ergebnis der vorstehenden Untersuchung festzuhalten, dass die für den Analogieschluss zu §§ 271 f ABGB erforderliche Gleichheit des Rechtsgrundes und Schutzbedürfnisses nicht besteht. Zwar stehen sich die beiden Fälle hinsichtlich des Rechtsgrunds gleich gegenüber – hier und dort geht es um den Schutz des Vertretenen vor Interessenkollisionen und damit einhergehenden Übervorteilungen. Das Schutzbedürfnis des Vertretenen variiert jedoch. Während die Regeln über die gesetzliche Vertretung primär den Schutz der minderjährigen oder sonst nicht voll handlungsfähigen Personen vor Augen haben, steht im Rahmen der organschaftlichen Vertretung der Verkehrsschutz im Vordergrund. Die §§ 271 f ABGB

[493] RIS-Justiz RS0028129 T 10, OGH 6 Ob 175/98y, RdW 1999, 141; RIS-Justiz RS0009136, OGH 10.11.1965, 8 Ob 327/65; HG Wien 24.6.1965, NZ 1965, 181; OGH 1 Ob 715/81, SZ 54/123; OGH 6 Ob 270/07k, ecolex 2008/193; OGH 4 Ob 71/00w, RdW 2000/505.

[494] *Harrer*, RdW 1991, 167; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35 f; *Knöchlein*, Stellvertretung 50 f; *Koziol/Welser*, Grundriss I[13], 216; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB[3] § 272 Rz 10; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 272 Rz 2; *Hopf* in KBB[3] § 272 Rz 1; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1017 Rz 12, vgl auch *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 85; *ders* in FS Hämmerle 453 ff.

lassen sich demnach auch aus diesem Grund (dazu, dass es schon an der Lückenfeststellung scheitert, s oben II.E.8.b.i.2 [81]) nicht auf Insichgeschäfte eines Geschäftsführers übertragen. Die ihnen zugrundeliegende Wertung erklärt sich vielmehr aus dem diesen Personengruppen vom Gesetzgeber allgemein eingeräumten besonderen Schutz, der im Rahmen der organschaftlichen Vertretungsmacht gerade nicht besteht.

ii. Begründungsansatz II: Mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn

Nach Widerlegung des ersten Begründungsansatzes, ist nun zu prüfen, ob der zweite Ansatz hält, was er verspricht. Dieser stützt sich wie schon erwähnt auf das allgemeine Argument, dass der Abschluss von Insichgeschäften aufgrund der damit einhergehenden Gefahr der Interessenverletzung wohl kaum dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspreche und im Zweifel demnach nicht vom Umfang der Vertretungsmacht umfasst sei.[495]

Jedenfalls zutreffend erscheint dieser Ansatz in Fällen von zivilrechtlichen Innenvollmachten. Denn hier folgt der Umfang der Vertretungsmacht primär dem erklärten[496] bzw mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn,[497] sodass nur solche Geschäfte von der Vollmacht gedeckt sind, die vom Vertretenen tatsächlich gewollt waren.[498] Der Grund dafür liegt darin, dass mangels eines vom Vertretenen gesetzten äußeren Vertrauenstatbestands kein Verkehrsschutz begründet wird.[499] Der allein auf die Angaben des angeblich Bevollmächtigten vertrauende Vertragspartner des Geschäftsherrn ist nach Ansicht des OGH nicht schutzwürdig.[500] Vielmehr trägt er das Risiko, dass der Vertreter falsche Angaben macht und seine Vertretungsmacht überschreitet.[501] Für den Umfang Letzterer ist in diesem Bereich also ausschließlich die Befugnis im Innenverhältnis ausschlaggebend.[502]

Hat der Geschäftsherr dem Vertreter gestattet, die jeweiligen Geschäfte auch im eigenen oder im Namen einer anderen ebenfalls von ihm vertretenen Person abzuschließen,

---

[495] Grundlegend *Hupka*, Vollmacht 284 ff, 288.
[496] Dazu, dass nicht der wirkliche Wille des Vertretenen entscheidend ist, sondern vielmehr das, was der Vertreter verstanden hat und verstehen durfte, s *Wilhelm*, JBl 1985, 454.
[497] *Hupka*, Vollmacht 284 ff, 288; *Wilhelm*, JBl 1985, 454; *ders*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 625/81, JBl 1982, 197 f; *ders*, Vertretung 61 ff; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1002 Rz 3.
[498] Die Innenvollmacht ist somit auf pflichtgemäßes Handeln des Vertreters beschränkt. S dazu RIS-Justiz RS0019615, OGH 3 Ob 550/94, HS 25.524; *Wilhelm*, JBl 1985, 454.
[499] *Wilhelm*, JBl 1985, 454; *ders*, JBl 1982, 197 f; *ders*, Vertretung 61 ff; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1002 Rz 3.
[500] S zB OGH 3 Ob 550/94, HS 25.524; s weiters *F. Bydlinski* in KBB[3] § 1017 Rz 2.
[501] HM, zB *Thöni*, wbl 1988, 105.
[502] S die Nw in der vorgehenden FN.

besteht kein Zweifel an deren Wirksamkeit. Ebenfalls klar ist, dass der Abschluss eines Insichgeschäfts unwirksam ist, wenn es vom Vertretenen ausdrücklich verboten wurde. Hat der Geschäftsherr aber keine entsprechende Erklärung abgegeben, ist auf seinen mutmaßlichen Willen abzustellen, der im Zweifel den Abschluss von Insichgeschäften aufgrund der damit einhergehenden Interessenkollision nicht erfassen wird, sodass ein dennoch abgeschlossenes Insichgeschäft mangels ausreichender Vertretungsmacht schwebend unwirksam wäre.[503]

Ob sich dieses – wie soeben gezeigt – für zivilrechtliche Innenvollmachten konzipierte Argument tatsächlich auch auf die organschaftliche Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers übertragen lässt, wurde schon in Teilen der Lehre[504] verneint und muss im Folgenden genauer untersucht werden. Klar ist zunächst, dass sich das Hauptargument (mangels jeglicher Verkehrsschutzinteressen sei allein die Befugnis im Innenverhältnis für den Umfang der Vertretungsmacht ausschlaggebend) nicht ohne Probleme auf die organschaftliche Vertretungsmacht übertragen lässt. Es „spießt" sich an der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, im Verbandsrecht dem Verkehrsschutz und nicht dem Schutz des Vertretenen den Vorrang einzuräumen.[505] Demnach soll – und dies ist ein wesentlicher Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und organschaftlicher Vertretungsmacht – nicht der Vertragspartner das Risiko tragen, dass der Vertreter seine Befugnisse überschreitet, sondern die Gesellschaft. Letztere wird demnach auch durch pflichtwidrige Vertretungshandlungen ihres Geschäftsführers verpflichtet.[506] Denn die Vertretungsmacht ihres organschaftlichen Vertreters ist unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 20 Abs 2 GmbHG). Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis (rechtliches Dürfen im Innenverhältnis) lassen die Vertretungsmacht des Geschäftsführers (rechtliches Können im Außenverhältnis) unberührt.[507] Dies ist Ausdruck des sogenannten „Abstraktionsprinzips"[508], welches im Bereich der organschaftlichen Vertretung voll verwirklicht wurde, im Bereich der zivilrechtlichen Innenvollmachten demgegenüber mehr als Fremdkörper erscheint. Für die Untersuchung hier stellt es jedenfalls den entscheidenden Unterschied dar. Denn aufgrund des Hinzutretens von

[503] Grundlegend *Hupka*, Vollmacht 284 ff, 288.
[504] Ausdr *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *ders/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 54; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18; s weiters *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21; *Hupka*, Vollmacht 4 f, 284 ff, 288; vgl *Thöni*, wbl 1988, 105.
[505] S dazu zB *Frotz*, Verkehrsschutz 136 ff: „Der Bedeutung nach steht bei der organmäßigen Vertretung der schadensersatzrechtliche Verkehrsschutz an letzter, der vertretungsrechtliche an erster Stelle.".
[506] S zB RIS-Justiz RS0059755, OGH 4 Ob 48/76, GesRZ 1977, 66.
[507] S dazu zB *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 234 f.
[508] Grundlegend zur Abstraktion der Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis s *Laband*, ZHR 10 (1866) 183 ff.

Verkehrsschutzinteressen, welche wie zu zeigen sein wird auch beim Abschluss von Insichgeschäften nicht *per se* negiert werden dürfen,[509] und der damit einhergehenden grundsätzlichen Überwälzung des Risikos pflichtwidriger Handlungen auf den Vertretenen, lässt sich der zweite Begründungsansatz nicht auf Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers übertragen.[510] Wegen der Entkoppelung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ist für die Frage der Wirksamkeit des Insichgeschäfts nicht der mutmaßliche Wille des Vertretenen ausschlaggebend, sondern einzig und allein der Umfang der Vertretungsmacht, der mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung (§ 25 Abs 4 GmbHG regelt nur die Geschäftsführungsbefugnis, s dazu schon oben II.E.8.b.i.2.b [83]) auch beim Abschluss eines Insichgeschäfts grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Entfällt das Verkehrsschutzinteresse des Geschäftsführers bzw des ebenfalls von ihm vertretenen Dritten – was wie zu zeigen sein wird sogar regelmäßig (aber eben nicht automatisch) der Fall ist (s dazu II.E.8.d.iii [131]) –, führt dies zwar zum gleichen Ergebnis – schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts mangels ausreichender Vertretungsmacht –, der Weg ist jedoch ein anderer.

c. Lösungsansatz I

i. Einleitung

Wie soeben gezeigt, lassen sich die im Zivilrecht zur Frage der (Un-)Wirksamkeit entwickelten Grundsätze entgegen der herrschenden Ansicht nicht auf Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers übertragen. So kann im Bereich der organschaftlichen Vertretung weder die Regelung der §§ 271 f ABGB noch das allgemeine Argument, dass Insichgeschäfte im Zweifel nicht vom mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und somit auch nicht vom Vollmachtsumfang gedeckt sind, fruchtbar gemacht werden.[511] Auch der Vorschrift des § 25 Abs 4 GmbHG lässt sich in dieser Hinsicht keine Aussage entnehmen.[512] Klar ist nur, dass Insichgeschäfte *mit Zustimmung* des entsprechenden Organs zulässig und wirksam sind (Handeln in vertretungsberechtigter Zusammensetzung

[509] S dazu unten II.E.8.b.i.3.b.ii (93) sowie II.E.8.c.iii.2 (111).
[510] So auch schon *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *ders/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 54; *S.-F.Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18; s weiters *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1009 Rz 21; *Hupka*, Vollmacht 4 f, 284 ff, 288. Vgl auch *Wilhelm*, JBl 1982, 197 f, der eine Analogie zur Innenvollmacht immer dann für unzulässig erklärt, „sobald irgendein vertretungsrechtlicher Vertrauensschutztatbestand eingreift".
[511] S dazu schon *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *ders/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 54; OLG Wien 4 R 175/65, NZ 1965, 181; s weiters *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18.
[512] Ausdr *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 93, 95 ff; *Harrer*, RdW 1991, 167; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 18 Rz 16.

wird hier und im Folgenden stets vorausgesetzt);[513] *ohne Zustimmung* handelt der selbstkontrahierende bzw doppelvertretende Geschäftsführer pflichtwidrig.[514] Was dies für die Vertretungsmacht bedeutet, verschweigt die Vorschrift jedoch,[515] sodass mangels anderer spezieller Regelungen Ausgangspunkt für die Frage der Wirksamkeit eines ohne Zustimmung abgeschlossenen Insichgeschäfts die allgemeinen organschaftlichen Vertretungsregeln sein müssen,[516] insb § 20 Abs 2 GmbHG, der im Interesse des Rechtsverkehrs die umfängliche[517] Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der organschaftlichen Vertretungsmacht anordnet.

Die Anzahl der Stimmen im Schrifttum, die zur Beantwortung der Frage der (Un-)Wirksamkeit von Insichgeschäften ebenfalls die allgemeinen Vertretungsregeln ins Treffen führen, ist gering, will doch die beinahe absolute Mehrheit im Schrifttum „die allgemeinen im Zivilrecht entwickelten Grundsätze" anwenden, womit die Gegebenheiten im GmbHG – ich denke hier insb an den vom Gesetzgeber groß geschriebenen Verkehrsschutz – ausgeblendet werden. Einzig *Thöni*,[518] *U. Torggler*[519] und *Wünsch*[520] weigern sich den jahrelang ausgetretenen Weg zu gehen und schlagen eine andere Richtung ein, die sich an der früheren Rsp des OGH[521] orientiert und – wie schon im einleitenden Kapitel erwähnt – Anlass für die vorliegende Arbeit war.

Doch auch wenn alle drei Autoren vom gleichen Ausgangspunkt (§ 20 Abs 2 GmbHG) ihre Reise starten, trennt sich auch ihr Weg an der nächsten Kreuzung. Da *Thöni* von der Annahme ausgeht, dass Geschäftsführer nicht „Dritte" iSd § 20 Abs 2 GmbHG sein können, fallen seiner Ansicht nach im Fall des Selbstkontrahierens (die Doppelvertretung klammert er in seinem Artikel aus) Innen- und Außenverhältnis stets

[513] S dazu RIS-Justiz RS0028129, OGH 14.6.1950, 1 Ob 318/50; RIS-Justiz RS0059793, zB OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406, OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y; RIS-Justiz RS0028072 T 7, OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90; RIS-Justiz RS0028072 T 9, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 87; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/229; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 20 Rz 9.

[514] S dazu zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18.

[515] Dazu, dass § 25 Abs 4 nur die Geschäftsführungsbefugnis und die Haftung des Geschäftsführers regelt, s bereits oben II.E.8.b.i.2.b (83).

[516] So auch *Thöni*, wbl 1988, 105; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18; OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141.

[517] Hinsichtlich der Art der Vertretungsbefugnis sind sehr wohl „Beschränkungen" möglich. So kann zB Gesamtvertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer angeordnet werden, sodass ein Geschäftsführer alleine die Gesellschaft nicht wirksam vertreten kann; s dazu zB *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 234, 519 ff.

[518] *Thöni*, wbl 1988, 105.

[519] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34 mwN aus der älteren Rsp; *ders*, ecolex 2009, 921.

[520] *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 95 ff.

[521] S dazu RIS-Justiz RS0060021, OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141.

zusammenfallen, sodass die der Geschäftsführungsbefugnis in § 25 Abs 4 GmbHG gesetzten Grenzen auch die Vertretungsmacht beschränken.[522]

U. Torggler lässt indes die im Innenverhältnis durch § 25 Abs 4 GmbHG gesetzten Schranken der Geschäftsführungsbefugnis nur nach den Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht auf das Außenverhältnis durchschlagen; räumt aber gleichzeitig ein, dass die seines Erachtens erforderliche Voraussetzung der Kenntnis des Vertragspartners von der Kompetenzüberschreitung regelmäßig gegeben sein wird.[523] Der Lösung *Thönis* steht er dabei nicht völlig abgeneigt gegenüber; die Anwendung der Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht sei ihm zu Folge aber die vorzugswürdigere Lösung.[524] Auch *Trenker* und *S. – F. Kraus* konnte er – und nun kehre ich wieder zu meinem zuvor gezeichneten Bild des kleinen Pfads abseits des ausgetretenen Weges zurück – als „Wandergefährten" gewinnen (die beiden mögen mir den Ausdruck verzeihen).[525]

Wünsch differenziert demgegenüber hinsichtlich der beiden Alternativen des Insichgeschäfts. Bei Doppelvertretung sei ihm zu Folge jedenfalls vom Grundsatz der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht auszugehen; im Fall des Selbstkontrahierens gelte nach *Wünsch* zumindest dann das gleiche, wenn Dritte bereits Rechte aus dem Rechtsgeschäft abgeleitet hätten. Da er § 25 Abs 4 GmbHG als bloße Haftungsbestimmung qualifiziert, stellt sich für ihn nicht die Frage, wann die in dieser Bestimmung vorgesehene Zustimmungspflicht die Vertretungsmacht infiziert.[526] Einzig im Kollusionsfall soll ein unzulässiges Insichgeschäft seiner Ansicht nach unwirksam sein.[527]

Auch diese Arbeit steht nun am (Wanderungs-)Ausgangspunkt der Bestimmung des § 20 Abs 2 GmbHG. Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob diese Norm auch im Zusammenhang mit Insichgeschäften einschlägig ist oder ob sie in diesen Fällen schon von vornherein ihren Anwendungsbereich einbüßt, sodass die Vertretungsmacht hier ausnahmsweise der Geschäftsführungsbefugnis folgt.[528]

---

[522] *Thöni*, wbl 1988, 105.
[523] S insb *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34; s weiters *dens*, ecolex 2009, 921; *dens*, GesRZ 2007, 273.
[524] S dazu *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.
[525] Gemeint sind freilich die Ko-Kommentierungen: *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 54; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18.
[526] *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 95 ff.
[527] *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 96.
[528] So *Thöni*, wbl 1988, 105.

ii. Die Regelung des § 20 Abs 2 GmbHG

1. Allgemeines

Gem § 20 Abs 2 GmbHG können Beschränkungen, die im Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrats festgesetzt sind, Dritten nicht entgegen gehalten werden. Die Regelung ist zwingend, gegenteilige Satzungsbestimmungen sind nichtig und können nicht im Firmenbuch eingetragen werden.[529] Ausweislich der Materialien gilt dies auch für Beschränkungen, die sich direkt aus dem Gesetz ergeben; nur zur Vereinheitlichung mit § 37 dGmbHG und § 231 dHGB wurde auf eine entsprechende Aufnahme in § 20 Abs 1 GmbHG verzichtet.[530]

Rechtsfolgen entfalten solche Beschränkungen nur im Innenverhältnis, sodass sie zwar die Geschäftsführungsbefugnis reduzieren (rechtliches Dürfen im Innenverhältnis), die Vertretungsmacht (rechtliches Können im Außenverhältnis) demgegenüber jedoch unberührt lassen.[531] Dementsprechend sind auch Verträge wirksam, die im Verhältnis zur Gesellschaft pflichtwidrig sind,[532] weil sie bspw entgegen einer Weisung der Gesellschafter abgeschlossen wurden oder gegen den Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG verstoßen[533]. Gleiches gilt grundsätzlich für Rechtsgeschäfte, die ohne die erforderliche Zustimmung eines anderen Organs abgeschlossen wurden.[534]

Um zu klären, ob sich diese Wertung auch auf Insichgeschäfte übertragen lässt, gilt es die übrigen gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte, insb ihre Auswirkungen auf die Vertretungsmacht, im Folgenden genauer zu untersuchen.

---

[529] § 4 Abs 2; hM, zB *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 37; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 20.
[530] HHB GmbHG I 7.
[531] S dazu zB *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 234 f.
[532] RIS-Justiz RS0059755, OGH 4 Ob 48/76, GesRZ 1977, 66.
[533] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 37 mwN.
[534] S § 20 Abs 2, wonach Beschränkungen der Vertretungsbefugnis insb für den Fall, „dass die Zustimmung der Gesellschafter, des Aufsichtsrats oder eines anderen Organes der Gesellschaft [...] gefordert wird", keine rechtliche Wirkung entfalten. Davon ist freilich jener Fall zu unterscheiden, in dem die Vertragsparteien die Zustimmung eines Organs einverständlich zur (aufschiebenden) Bedingung des Rechtsgeschäfts erklären; s dazu BGH II ZR 353/95, DStR 1997, 1296 [*Goette*]; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 37; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 37.

2. Zustimmungsvorbehalte versus § 20 Abs 2 GmbHG

Ähnlich wie § 25 Abs 4 GmbHG enthält auch § 30j Abs 5 *leg cit* (§ 95 Abs 5 AktG) eine Zustimmungspflicht; bestimmte Rechtsgeschäfte „sollen“[535] nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats abgeschlossen werden, wobei es ganz hM ist, dass die darin aufgezählten Rechtsgeschäfte auch ohne Einverständnis des Aufsichtsrats, ja sogar entgegen dessen Willen,[536] wirksam zustande kommen.[537] Im Innenverhältnis machen sich die Geschäftsführer wegen der Pflichtwidrigkeit des eigenmächtigen Handelns freilich schadenersatzpflichtig; die Vertretungsmacht bleibt davon jedoch unberührt (§ 20 Abs 2 GmbHG; § 74 Abs 2 AktG). Nur in den Fällen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht (s dazu unten II.E.8.d.ii [116]) schlägt die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis auf das Außenverhältnis durch.[538] Anderes wird von Teilen des Schrifttums iZm § 30j Abs 4 Z 10 GmbHG (§ 95 Abs 5 Z 12 AktG) vertreten. So sollen Vertragsabschlüsse mit Aufsichtsratsmitgliedern, durch welche sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft (oder einem Tochterunternehmen iSd § 228 Abs 3 UGB) zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten, ohne Zustimmung des Aufsichtsrats stets unwirksam sein, und zwar mangels Verkehrsschutzinteressen unabhängig davon, ob das jeweilige Aufsichtsratsmitglied Kenntnis von der fehlenden Einwilligung hatte.[539]

Auch die in § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG vorgesehene Zustimmungspflicht der Gesellschafter zum qualifizierten Erwerb von Anlagevermögen entfaltet ausweislich der Materialien und nach hM im Außenverhältnis keine Wirkung (vgl demgegenüber § 35

[535] Nach ganz hM handelt es sich trotz des Wortlauts („sollen“) nicht um eine sanktionslose Vorschrift, die lediglich Empfehlungscharakter hat; es steht vielmehr außer Zweifel, dass die Geschäfte des § 30j Abs 5 Z 1 – 11 und jene des § 95 Abs 5 Z 1 – 14 AktG nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen; s dazu zB *W. Doralt*, JBl 2008, 759, 772.

[536] *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 65.

[537] Unstr, zu § 30j Abs 5 s zB *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 261; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 18; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 65; *Wünsch*, GmbHG § 30 j Rz 91; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/369; zu § 95 Abs 5 AktG s *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] §§ 95 – 97 Rz 41; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 95 Rz 97, zu § 95 Abs 5 Z 12 AktG s Rz 129 aaO (Differenzierung zwischen persönlichen und unternehmensbezogenen Geschäften mit einem Aufsichtsratsmitglied); *S. Fida*, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, wbl 2006, 357, 361; *W. Doralt*, JBl 2008, 759, 772 ff.

[538] So auch *Fida*, wbl 2006, 357, 361.

[539] So ausdr *W. Doralt*, JBl 2008, 774: „Fehlt die Genehmigung des Aufsichtsrats, ist das Geschäft unwirksam.“ Auch *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008) 175 f, sieht in § 95 Abs 5 Z 12 AktG eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands und bezeichnet die Regelung in der die Geschäftsführungsbefugnis einschränkenden Norm des § 95 Abs 5 AktG als „unglücklich“.

Abs 1 Z 1 – 6 GmbHG: Sozialansprüche und -verbindlichkeiten).[540] Anderes wird von Teilen des Schrifttums angenommen, wenn Vertragspartner der Gesellschaft ein Gesellschafter werden soll[541] (vgl § 30j Abs 4 Z 10 GmbHG; § 95 Abs 5 Z 12 AktG).[542]

Bei Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot (§ 24 Abs 1 GmbHG: Einwilligung der Gesellschaft; § 79 Abs 1 AktG: Einwilligung des Aufsichtsrats) machen sich die ohne Zustimmung handelnden Geschäftsführer (Vorstandsmitglieder) zwar uU schadenersatzpflichtig (§ 24 Abs 2 S 2 GmbHG; § 79 Abs 2 AktG), die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bleiben aber dennoch wirksam.[543]

Auch die in § 80 Abs 1 S 1 AktG angeordnete Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats bei Kreditgeschäften mit Vorstandsmitgliedern, die im GmbHR wohl analog Anwendung findet,[544] entfaltet nach herrschender Auffassung nur Innenwirkung und lässt die Vertretungsmacht des organschaftlichen Vertreters unberührt.[545] Abgesehen von Fällen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht führt die fehlende Zustimmung daher weder zur Nichtigkeit noch zur schwebenden Unwirksamkeit des Kreditgeschäfts. Der in § 80 Abs 4 AktG vorgesehene Rückforderungsanspruch der Gesellschaft ist daher auch kein Bereicherungsanspruch,[546] sondern gesetzliche Ausgestaltung des Kreditvertrags.[547]

Zusammenfassend zeigt sich daher, dass die der Regelung des § 25 Abs 4 GmbHG vergleichbaren gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte grundsätzlich nur die Geschäftsführungsbefugnis beschränken. Die Vertretungsmacht, die allein über das

---

[540] OLG Wien 28 R 305/02g, NZ 2004, 92; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 36; *W. Jud*, GesRZ 1979, 142; diff *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 43; s EB GmbHG 70: „Insoweit die Beschlußfassung der Gesellschafter für irgend einen der hier aufgezählten Gegenstände erfordert wird, berührt dieses Erfordernis nur das interne Verhältnis der Gesellschafter untereinander und zu den Geschäftsführern. Die Handlungs- und Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer nach außen bleibt daneben aufrecht. Handeln sie ohne oder gegen den Beschluß der Gesellschafter, so werden sie diesen verantwortlich, die Giltigkeit des Aktes dritten Personen gegenüber leidet aber darunter nicht. (§ 20.)“.

[541] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 43, zu Folge soll die Vorschrift gem ihrem Zweck überhaupt immer nur in diesen Fällen zur Anwendung kommen; ausdr aA OGH 4 Ob 241/03z, wbl 2004, 291; *W. Jud*, GesRZ 1979, 143: „wobei kein Unterschied darin besteht, ob der Dritte Gesellschafter oder Fremder ist“. Vgl auch *Škerlj*, GmbHG[2] § 35 Anm 12.

[542] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 43.

[543] S *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 24 Rz 14; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 53. Lfg § 24 Rz 32; *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 79 Rz 7 ff; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 77 – 84 Rz 79.

[544] S dazu *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/305; zust *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 17, die jedoch auch darauf hinweisen, dass die Frage nach der analogen Anwendbarkeit des § 80 AktG noch nicht vollständig geklärt sei.

[545] So schon *Schiemer*, Aktiengesetz[2] § 80 Anm 9.1; *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 80 Rz 15; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 77 – 84 Rz 54; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 224.

[546] So ausdr schon *Schiemer*, AktG[2] § 80 Anm 9.1.

[547] S dazu *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 80 Rz 15; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 77 – 84 Rz 54.

rechtliche Können im Außenverhältnis entscheidet, bleibt davon unberührt (zum Fehlgebrauch der Vertretungsmacht s unten II.E.8.d.ii [116]). Der ohne entsprechende Zustimmung kontrahierende Geschäftsführer handelt dementsprechend zwar pflichtwidrig und macht sich in Folge dessen uU[548] schadenersatzpflichtig, das Rechtsgeschäft kommt aber dennoch wirksam zustande.

Was die obige Untersuchung aber auch gezeigt hat, ist, dass die Lehre teilweise anderes vertritt, wenn Vertragspartner der Gesellschaft kein außenstehender Dritter, sondern ein Organ der Gesellschaft wird. Mangels Schutzbedürfnisses des „Insider-Vertragspartners" soll in diesen Fällen der Umfang der Vertretungsmacht jenem der Geschäftsführungsbefugnis folgen, sodass die grundsätzlich nur im Innenverhältnis wirkenden Beschränkungen ausnahmsweise auf das Außenverhältnis durchschlagen.[549] Da auch im Fall des Selbstkontrahierens nicht ein externer Dritter Vertragspartner der Gesellschaft wird, sondern der Geschäftsführer selbst, gilt es im Folgenden zu untersuchen, ob sich auch dieser auf die Unbeschränktheit seiner Vertretungsmacht berufen kann, oder ob jenen Teilen des Schrifttums zu folgen ist, die bei Geschäften mit Organen die Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis für ausschlaggebend erklären.[550]

Für die Fälle der Doppelvertretung lässt sich demgegenüber schon an dieser Stelle ein vorläufiger Schlussstrich ziehen. Vertragspartner der Gesellschaft ist hier ein externer Dritter, der jedenfalls in den Anwendungsbereich des § 20 Abs 2 GmbHG fällt. Dass dieser vom Geschäftsführer seines Vertragspartners vertreten wird, spielt an dieser Stelle noch keine Rolle. Relevant wird dieser Umstand erst bei der Frage, ob ein Fehlgebrauch der Vertretungsmacht vorliegt; doch dazu erst später (II.E.8.d.ii [116]).

iii. Geschäftsführer als Dritter iSd § 20 Abs 2 GmbHG ?

1. Darstellung des Meinungsstands

So viel zur Ernüchterung vorweg: Ob sich Gesellschafter und Organmitglieder der Gesellschaft bei pflichtwidrigen Vertretungshandlungen auf die Unbeschränktheit der

[548] Aber auch ua, vgl § 16 Abs 1; s dazu unten II.F.2 ff (167 ff).
[549] S zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 22; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 20 Rz 55; *Fleischer*, NZG 2005, 529, 530 f, 535 f; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 30; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 41; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 29; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 37 Rz 37; vgl *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, WK UGB[4] § 126 Rz 13; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 126 Rz 14; diff *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/247.
[550] Ausdr zum Selbstkontrahieren s *Thöni*, wbl 1998, 105.

Vertretungsmacht berufen können, ist wie so vieles in der Rechtswissenschaft strittig. Diesem zugegebenermaßen negativ formulierten Eingangsstatement kann aber durchaus auch etwas Positives abgewonnen werden, macht es das folgende Kapital doch umso spannender.

Am Beginn der Untersuchung hat wie immer der Wortlaut der Norm zu stehen. Dieser trifft hier jedoch keine eindeutige Entscheidung. So erklärt § 20 Abs 2 GmbHG Beschränkungen „[g]egen dritte Personen" für unwirksam, enthält aber keine Aussage darüber, ob Gesellschafter und Organmitglieder generell vom Kreis der Dritten auszuschließen sind, oder ob sie in dem Fall, dass sie der Gesellschaft wie jeder andere (dritte) Vertragspartner gegenüber stehen, sehr wohl als Dritte zu qualifizieren sind. Auch Systematik und Historie der Bestimmung lassen auf kein eindeutiges (Auslegungs-)Ergebnis schließen, weshalb auf den Zweck der Norm abzustellen ist, den Verkehrsschutz:[551] Da es Vertragspartnern der GmbH nicht aufzubürden ist, sich über die internen Verhältnisse der Gesellschaft zu informieren, ordnet § 20 Abs 2 GmbHG die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht aller Geschäftsführer an, sodass jegliche Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis, sei es in Form von Satzungsbestimmungen, Klauseln des Anstellungsvertrags oder Anordnungen der Gesellschafter, des Aufsichtsrats oder der Geschäftsführer selbst, den Verkehrsteilnehmern nicht entgegen gehalten werden können.[552] Das Risiko, dass interne Beschränkungen von den Geschäftsführern überschritten werden, trägt somit die Gesellschaft und nicht der Geschäftsverkehr. Dies zu Recht: Denn wäre es Aufgabe der Vertragspartner der GmbH, sich vor jedem Geschäftsabschluss über die internen Befugnisse des jeweiligen Geschäftsführers zu erkundigen, würde dies den (unternehmerischen schnelllebigen) Rechtsverkehr untragbar belasten.[553] § 20 Abs 2 GmbHG geht daher von der (zulässigen) Unkenntnis der Vertragspartner aus und befreit diese von jeglichen Nachforschungspflichten[554].

So weit, so unstrittig. Um nun aber die Eingangsfrage zu klären, muss geprüft werden, ob der Normzweck des Verkehrsschutzes auch dann verfängt, wenn

[551] S zB OGH 1 Ob 243/71, SZ 41/141; *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 34; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 1; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 1, 37; *Zacher*, Beschränkungen und Mißbrauch der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1994, 842, 843; *Fleischer*, NZG 2005, 535 f.
[552] So *kann* ein Geschäftsführer, der nach ausdr Anordnung in der Satzung nur Geschäfte bis zu € 10.000,-- abschließen *darf* (rechtliches Dürfen im Innenverhältnis, Geschäftsführungsbefugnis), auch Aktien im Wert von € 1.000.000,-- erwerben (rechtliches Können im Außenverhältnis; Vertretungsmacht).
[553] HM, s zB *Zacher*, GmbHR 1994, 842, 843.
[554] OGH 6 Ob 127/58, ÖJZ 1958, 468 [EvBl 276]; *Zacher*, GmbHR 1994, 843; *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 34.

Vertragspartner der Gesellschaft kein außenstehender Dritter, sondern ein Geschäftsführer ist. Dies wird einhellig verneint, sofern es sich um sogenannte Sozialansprüche und -verpflichtungen handelt,[555] also um Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis,[556] wie etwa Gehaltsforderungen oder Aufwandsersatzansprüche. In Bezug auf sogenannte „Drittgeschäfte", „Außengeschäfte" oder „Verkehrsgeschäfte", bei denen der Geschäftsführer der Gesellschaft wie ein außenstehender Dritter gegenübersteht (der Geschäftsführer verpachtet der GmbH bspw ein Geschäftslokal), gehen die Meinungen indes auseinander.

Die mittlerweile sowohl in Österreich als auch in Deutschland herrschende Ansicht spricht Geschäftsführern (wie auch Aufsichtsratsmitgliedern und Gesellschaftern) mangels Verkehrsschutzbedürfnisses die Eigenschaft als Dritte iSd § 20 Abs 2 GmbHG (§ 37 Abs 2 dGmbHG) ausdrücklich ab.[557] Begründet wird dies damit, dass Geschäftsführer im Gegensatz zu außenstehenden Verkehrsteilnehmern schon aufgrund ihrer Pflicht, sich über Interna der Gesellschaft zu informieren, die Beschränkungen ihrer Geschäftsführungsbefugnisse regelmäßig kennen würden.[558] Und selbst, wenn ihnen gewisse Beschränkungen ausnahmsweise nicht bekannt wären, stünde ihnen der Einwand eigener Pflichtvergessenheit nicht zu.[559] Die Vorschrift des § 20 Abs 2 GmbHG (§ 37 Abs 2 dGmbHG) wolle nur den *erlaubterweise* unwissenden Verkehrsteilnehmer schützen. *Ergo* seien Geschäftsführer vom Normzweck nicht erfasst. Darüber hinaus dürften sie auch

[555] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40, 41; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 20 Rz 54, 55; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 11. Ebenso, wenn Vertragspartner der Gesellschaft ein Gesellschafter ist; s dazu schon *Škerlj*, GmbHG[2] § 20 Anm 4; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40; vgl auch OGH 1 Ob 623/53, ÖBA 1955, 62; s auch die dhM, zB *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 34; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 41. Anderes vertritt *Fleischer*, NZG 2005, 536, in Bezug auf Aktionäre: Da Letztere nur „verdünnte Informations- und Mitwirkungsrechte besitzen" und auch ihre mitgliedschaftliche Treuepflicht nicht jenes im Personen- und GmbHR bestehende Ausmaß erreiche, seien sie nicht nur bei Drittgeschäften, sondern auch bei Sozialansprüchen und -verbindlichkeiten vom Verkehrsschutz erfasst und somit stets als Dritte zu qualifizieren. Eine Einschränkung müsse allerdings bei Geschäften eines Alleinaktionärs angedacht werden.

[556] *U. Torggler* in *Straube*, Fachwörterbuch 224.

[557] So zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 22; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 20 Rz 55; *Gellis*, GmbHG[2] § 25 Anm 6; *Fleischer*, NZG 2005, 535 f; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 35; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 53; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 41; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 29; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 37 Rz 37; vgl RIS-Justiz RS0061574, OGH 1 Ob 623/53, ÖBA 1955, 62; RIS-Justiz RS0061625, OGH 1 Ob 589/79, SZ 52/104; *Ofner/Thorsch*, GmbHG § 20 Anm 2; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, WK UGB[4] § 126 Rz 13; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 126 Rz 14; Bundesarbeitsgericht 2 AZR 730/93, NJW 1994, 3117, 3119; OLG Zweibrücken 8 U 91/00, NZG 2001, 763; obiter auch BGH II ZR 353/95, NJW 1997, 2678; diff *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/247.

[558] Ausdr *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 29.

[559] Die heute hM wendet dies entgegen dem älteren Schrifttum auch auf Verkehrsgeschäfte an, weil die Pflicht zur Amtstreue insoweit unteilbar sei und somit nicht nur bei Geschäften gelte, die im Zusammenhang mit der Organstellung stehen. S zum Ganzen *Fleischer*, NZG 2005, 535 f mwN.

nicht an Verletzungen der Grenzen ihrer Geschäftsführungsbefugnisse mitwirken, sind sie doch gesetzlich dazu verpflichtet, diese einzuhalten (§ 20 Abs 1 GmbHG, § 37 Abs 1 dGmbHG).[560] Auch insofern fehle das dem Grundsatz der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht zugrunde liegende Verkehrsschutzbedürfnis. Die Bestimmung müsse teleologisch reduziert werden, sodass die Vertretungsmacht bei Geschäften mit „Insidern" der Geschäftsführungsbefugnis folge.[561]

Doch auch die eben dargestellte herrschende Ansicht ist in sich gespalten. So ist nämlich strittig, ob es für das Durschlagen einer internen Beschränkung auf Kenntnis bzw schuldhafte Unkenntnis des „Insider-Vertragspartners" ankommt. Der überwiegende Teil des Schrifttums verneint dies, ua mit dem Hinweis auf entsprechende Informationsmöglichkeiten in der Gesellschaft.[562] Mangels Schutzwürdigkeit könne sich die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit Geschäftsführern (Gesellschaftern oder Aufsichtsratsmitgliedern) stets auf die Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis berufen – so selbst dann, wenn dem Vertragspartner die Beschränkung (ausnahmsweise) nicht bekannt war und nicht bekannt sein musste. Die Gegenauffassung, die demgegenüber (zumindest) nicht vollständig auf subjektive Elemente seitens des „Insider-Vertragspartners" verzichten möchte, differenziert größtenteils[563] hinsichtlich der Art der Geschäftsführungsbeschränkung. So sollen nur Beschränkungen, die in der Satzung

[560] *Seikel*, Vertretungsmacht 83; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/246; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 22; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 37 Rz 37; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 53.

[561] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 22; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 53; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 30, 35; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 41; vgl OGH 1 Ob 623/53, ÖBA 1955, 62; so auch schon *Ofner/Thorsch*, GmbHG § 20 Anm 2, die hinsichtlich Gesellschafter-Vertragspartnern zunächst darauf hinweisen, dass grundsätzlich zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu unterscheiden sei. Bei Ersteren könne sich der Gesellschafter aufgrund seines Naheverhältnisses nicht auf die Unkenntnis der Beschränkung berufen. Demgegenüber sei der Aktionär, der von der Gesellschaft „völlig losgelöst" wäre, sehr wohl als Dritter zu qualifizieren. Die GmbH nehme insofern eine „Zwischenstellung ein, welche die Antwort erschwer[e]". Ebenfalls auf Gesellschafter Bezug nehmend *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 126 Rz 14; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, WK UGB[4] § 126 Rz 13; *Hueck*, OHG[4], 298 f; *Schlegelberger/Geßler* in *Schlegelberger*, HGB[4] § 126 Rz 17; *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 126 Rz 6 ff.

[562] *Ostheim*, Kritisches zum Beschluß des OGH vom 26.2.1980, 5 Ob 515/80, GesRZ 1980, 99, 102; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 22; *Seikel*, Vertretungsmacht 83 f; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 53; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 29; so wohl auch *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 37 Rz 30, 35; für die OG s *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, WK UGB[4] § 126 Rz 13; *Habersack* in GroßKomm HGB[5] § 126 Rz 28.

[563] *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 103 schränken die Ausnahme vom Anwendungsbereich des § 126 UGB auf jene Fälle ein, in denen die Gesellschafter die interne Beschränkung kannten oder kennen mussten; ähnl *Hueck*, OHG[4], 298 f.

vorgesehen sind, jedenfalls auf das Außenverhältnis durchschlagen.[564] Gleiches hat wohl für gesetzliche Beschränkungen zu gelten; ausdrücklich erwähnt wird dies jedoch nicht. Einschränkungen, die sich bspw aus Gesellschafter- oder Aufsichtsratsbeschlüssen oder einem Widerspruch eines Mitgeschäftsführers ergeben, und dem Geschäftsführer daher nicht unbedingt bekannt sein mussten, würden indes nur dann Außenwirkung entfalten, wenn sie der Geschäftsführer kannte oder zumindest schuldhaft nicht kannte.[565] Mit Bezugnahme auf ein subjektives Element seitens des Geschäftsführer-Vertragspartners nähert sich diese Auffassung mE den Grundsätzen über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht, wenngleich sie freilich einen anderen Ausgangspunkt zugrunde legt. Darauf ist später noch einzugehen (s dazu II.E.8.c.iii.2 [111]).

Die frühere stRsp[566] und hL[567] qualifizierte Geschäftsführer (genauso wie Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder) im Rahmen von Verkehrsgeschäften demgegenüber sehr wohl als Dritte iSd § 20 Abs 2 GmbHG (§ 37 Abs 2 dGmbHG). Auch heute finden sich noch Vertreter dieser Ansicht.[568] Geschäftsführer würden demnach wie dritte Personen am Rechtsverkehr teilnehmen und seien nicht *per se* weniger schutzbedürftig als andere Verkehrsteilnehmer.[569] Eine teleologische Reduktion sei daher weder erforderlich noch möglich. Vielmehr gelte auch für den Personenkreis der „Insider-Vertragspartner" der allgemeine Grundsatz der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht. Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis

---

[564] *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/247; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 41; *Wisskirchen/Kuhn* in BeckOK GmbHG § 37 Rz 53; vgl auch *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 297.

[565] *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/247; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 41; *Wisskirchen/Kuhn* in BeckOK GmbHG § 37 Rz 53; vgl auch *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 297.

[566] S zB OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141: Geschäftsführer; RG Rep I 355/82, RGZ 7, 119: Fremdliquidator; RG Rep II 603/09, RGZ 73, 343, 345 f: Aufsichtsratsmitglied; vgl auch ROHG Rep 399/74, ROHGE 14, 89, 91: Hier qualifizierte das ROHG einen Geschäftsführer sogar bei einem Geschäft im Zusammenhang mit seiner Organstellung als Dritten; s aber auch schon ROHG Rep 302/75, ROHGE 19, 334, 336.

[567] S zB *Beitzke*, Anmerkung zu BGH II ZR 209/61, JR 1963, 182, 184; *Fleischer*, NZG 2005, 530 mwN.

[568] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40, 41; *Zacher*, GmbHR 1994, 842; *Jüngst*, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht (1981) 36 ff, zu GmbH-Geschäftsführern 39; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen,* GmbHG[7] § 37 Rz 48; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*[18] § 35 Rz 10, 11, 25; so wohl auch *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 37 Rz 168; vgl *Škerlj*, GmbHG[2] § 20 Anm 4: Gesellschafter; *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 36 ff: Gesellschafter, Aufsichtsratsmitglieder und Angestellte der Gesellschaft als Dritte iSd § 20 Abs 2; *Dellinger*, Liquidation 243, *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB[4] § 151 Rz 13 f, 15: Fremdliquidator als Dritter; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] § 126 Rz 17.

[569] S dazu insb *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40, 41; zum insofern gleichgelagerten Personengesellschaftsrecht s *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] § 126 Rz 17, der nicht zwischen „generell schutzwürdigen Dritten" und „generell schutzunwürdigen ‚Insidern'" differenziert, sondern mE zutr „schutzbedürftige" und „nicht schutzbedürftige" Geschäfte voneinander unterscheidet und als Abgrenzungskriterium auf Kenntnis oder Kennenmüssen des Gesellschafters abstellt.

sollen dieser Ansicht zu Folge nur über das Institut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht auf das Außenverhältnis durchschlagen.[570]

2. Stellungnahme

Der mittlerweile herrschenden Auffassung, die Geschäftsführer (ebenso wie Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder) vom Schutzzweck des § 20 Abs 2 GmbHG generell ausnimmt, ist insoweit zuzustimmen, als das der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht zugrunde liegende Verkehrsschutzbedürfnis bei Rechtsgeschäften mit diesen Personengruppen tatsächlich in den Hintergrund treten kann. Im Gegensatz zu anderen Verkehrsteilnehmern, denen interne Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis selbst bei Einsicht ins Firmenbuch verborgen bleiben (so ist zwar die *Art* der Vertretungsmacht eintragungspflichtig, Angaben zum *Umfang* sind hingegen nicht einmal eintragungsfähig),[571] werden Organmitglieder und Gesellschafter aufgrund ihrer Informationsnähe regelmäßig Kenntnis von der internen Kompetenzverteilung haben. Insb auf die iZm Insichgeschäften besonders interessierenden Geschäftsführer trifft dies zu, unterliegen sie doch der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsleiters (§ 25 Abs 1 GmbHG), die wohl nur dann gewahrt werden kann, wenn sich der Betreffende schon im Vorfeld über seine Befugnisse erkundigt. Dennoch kann es mE Fälle geben, in denen (sogar) der Geschäftsführer keine Kenntnis von der Beschränkung hatte,[572] so zB wenn ihm ein Widerspruch eines Mitgeschäftsführers nicht übermittelt, oder ein Gesellschafterbeschluss oder eine Anordnung des Aufsichtsrats noch nicht an ihn herangetragen wurde. Hier steht er hinsichtlich seines Wissens den übrigen Verkehrsteilnehmern gleich. Aufgrund der Informationsnähe[573] ist es für ihn zwar leichter, sich der Geschäftsführungsbeschränkungen bewusst zu werden, einen generellen Ausschluss vom Anwendungsbereich des § 20 Abs 2 GmbHG rechtfertigt dies mE jedoch noch nicht. Vielmehr würde eine teleologische Reduktion dieser Norm auf außenstehende Geschäftspartner in Fällen, in denen der Geschäftsführer keine Kenntnis von der

[570] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40, 41; *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 36 ff; ausdr auch *Stephan/Tives* in MüKo GmbHG § 37 Rz 168; im Ergebnis auch *Zacher*, GmbHR 1994, 846 f; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 48; zur gleichgelagerten Problematik beim Fremdliquidator s *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB[4] § 151 Rz 14, 15.

[571] S die grundsätzlich taxative (OGH 6 Ob 307/05y, wbl 2006, 384; *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB § 7 Rz 9 aE mwN) Aufzählung des § 3 Abs 1 FBG (insb Z 8 *leg cit*). Die Satzung, aus der sich Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis ergeben könnten, ist zwar im Firmenbuch ersichtlich, ein „Studieren" der Satzung durch den Dritten wird in der Praxis jedoch nur selten stattfinden (*arg* Schnelllebigkeit des unternehmerischen Rechtsverkehrs).

[572] S *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 48.

[573] Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis kann der Geschäftsführer leichter ausfindig machen als gesellschaftsfremde Dritte.

Beschränkung hatte, zu einer unsachlichen Schlechterstellung der Organmitglieder gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern und somit zu einer unzulässigen Pauschalierung führen. Die hM ist daher schon aus diesem Grund abzulehnen.

Aber auch vor dem Hintergrund, dass die Schaffung neuer Ausnahmen mE stets nur *ultima ratio* sein sollte, ist Zurückhaltung geboten, zumal in Rsp und Lehre bereits ein Rechtsinstitut entwickelt wurde, das den hier gegenständlichen Fällen ausreichend Einhalt gebietet: die Lehre vom Fehlgebrauch der Vertretungsmacht[574] (ausf dazu s II.E.8.d.ii [116]). Die dabei vorgesehene Berücksichtigung subjektiver Elemente seitens des Vertragspartners führt mE zu sachgerechteren Ergebnissen, als es die Lösung der herrschenden Ansicht vermag. Denn Letztere nimmt durch den vollständigen Verzicht auf subjektive Elemente auch Fehlentscheidungen in Kauf – zumindest in Fällen, in denen der Geschäftsführer ausnahmsweise keine Kenntnis der internen Beschränkung hatte (widrigenfalls wäre das Geschäft nämlich auch nach den Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht schwebend unwirksam; s dazu II.E.8.d.ii [116]).

Der hier vertretenen Ansicht, die zur Lösung des Problems auf das Rechtsinstitut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht zurückgreift (ausf dazu unten II.E.8.d.ii [116]), ist jener Teil der hL nicht völlig fremd, der zumindest bei bestimmten Beschränkungen hinsichtlich der Frage, ob diese nach außen durchschlagen, auf die Kenntnis bzw schuldhafte Unkenntnis des „Insider-Vertragspartners" abstellt. Unterschiedlich ist jedoch der Ausgangspunkt: ME ist der Untersuchung die Erkenntnis zugrunde zu legen, dass „Dritter" iSd § 20 Abs 2 GmbHG auch der Geschäftsführer sein kann. Beschränkungen seiner Geschäftsführungsbefugnis schlagen demnach nur nach den Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht auf die Vertretungsmacht durch. Demgegenüber spricht jener Teil der hM Geschäftsführern die Dritteigenschaft vorweg ab und lässt Innenbeschränkungen grundsätzlich auf die Vertretungsmacht durchschlagen. Nur bei Einschränkungen, die dem Vertreter nicht bekannt sein mussten, ist ausnahmsweise von der unbeschränkten Vertretungsmacht auszugehen und erst in einem Folgeschritt zu fragen, ob er nicht in diesem konkreten Fall dennoch Kenntnis von der Beschränkung hatte oder

[574] Mit gleichem Ergebnis (wenn auch nicht unter Bezugnahme auf Insichgeschäfte) *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40, 41; *Zacher*, GmbHR 1994, 842; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 48; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*[18] § 35 Rz 25; so wohl auch *Stephan/Tieves* in MüKo § 37 Rz 168; vgl *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 36; *Dellinger*, Liquidation 243.

ihm die Beschränkung zumindest schuldhaft nicht bekannt war[575], sodass die Innenbeschränkung erst wieder auf die Vertretungsmacht durchschlägt.

Zwar wird jener Teil der hM zu sachgerechteren Ergebnissen führen, weil er zumindest in jenen Fällen, in denen der Geschäftsführer die Beschränkung nicht kennen musste, auf dessen Kenntnis bzw schuldhafte Unkenntnis abstellt und somit zumindest nicht vollständig auf subjektive Elemente seitens des „Insider-Vertragspartners" verzichtet. Die Schaffung eines eigenen Ausnahmetatbestands vom Grundsatz der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht ist hier jedoch aufgrund der Ähnlichkeit zu den Wertungen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht noch weniger erforderlich.

Die hier vertretene Ansicht, die für die Frage nach der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, das mit einem Organmitglied abgeschlossen wurde, auf das Institut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht zurückgreift, macht nicht nur die Schaffung eines eigenen Ausnahmetatbestands entbehrlich, sie ist außerdem auch mit Art 9 Abs 2 der Publizitätsrichtlinie vereinbar, wonach „[s]atzungsmäßige oder auf einem Beschluss der zuständigen Organe beruhende Beschränkungen der Befugnisse der Organe der Gesellschaft [...] Dritten nie entgegengesetzt werden [können]". Zwar besteht auch idZ Uneinigkeit, ob der Wortlaut der Richtlinie nur außenstehende Dritte oder auch Organmitglieder erfasst;[576] doch selbst wenn man Ersteres annimmt, erscheint es aufgrund des Zwecks der Richtlinie, den Verkehr zu schützen, und der Tatsache, dass es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, den durch eine Richtlinie vermittelten Schutz noch zu verstärken, unproblematisch, den Verkehrsschutz auch auf andere Personen, namentlich auf Organmitglieder, auszudehnen.[577] Außerdem ist die Ansicht, die Geschäftsführer, Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder von Art 9 Abs 2 ausnimmt, durchaus angreifbar. Begründet wird dies nämlich damit, dass die Richtlinie im sechsten Erwägungsgrund einerseits von Beziehungen „zwischen der Gesellschaft und Dritten" und andererseits von Beziehungen „der Gesellschafter untereinander" spricht.[578] Gemeint sein könnten im zweiten Fall jedoch auch einfach Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis, eben aus dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Und

[575] Dass es im Rahmen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht gerade nicht auf die schuldhafte Unkenntnis ankommen kann, wird später noch zu zeigen sein. S dazu II.E.8.d.ii.4.b.ii (126).
[576] S dazu ausf *Fleischer*, NZG 2005, 534 mwN.
[577] Auch *Fleischer* NZG 2005, 534, betont, dass die Richtlinie nur einen „Mindest- und keinen Höchststandard" vorgibt.
[578] *Fleischer*, NZG 2005, 534.

dass Organmitglieder bei Sozialansprüchen und -verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht wie Dritte gegenüberstehen, ist auch nach der hier vertretenen Auffassung unbestritten.

iv. Zwischenergebnis

Auch beim Abschluss von Insichgeschäften ist demnach zunächst von dem in § 20 Abs 2 GmbHG positivierten Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht auszugehen, womit sich diese Arbeit metaphorisch gesprochen auf dem *Torggler*'schen Weg befindet und damit auf den Spuren der früheren Rsp (s dazu schon oben II.E.8.a [76]). Der erste Lösungsansatz, der die Norm im Zusammenhang mit Insichgeschäften für unanwendbar erklärt, ist demnach abzulehnen. Denn auch hier sind die Vertragspartner „Dritte" iSd Bestimmung. Bei der Doppelvertretung ist dies ohnehin unproblematisch, weil hier ein „externer" Dritter Vertragspartner der Gesellschaft wird, der jedenfalls vom Wortlaut des § 20 Abs 2 GmbHG erfasst ist. Wie gezeigt, ist aber auch der „Insider-Vertragspartner" unter den Begriff des „Dritten" zu subsumieren. Denn Geschäftsführer können als Vertragspartner der Gesellschaft genauso schutzwürdig sein wie andere Verkehrsteilnehmer, weshalb auch sie vom Zweck der Norm erfasst sind. Dehnt man die Reichweite des Verkehrsschutzes entgegen der hM[579] auch auf Geschäfts-Dritte, also Personen, die nicht unmittelbar am Rechtsgeschäft beteiligt, aber von dessen Folgewirkungen betroffen sind, aus,[580] muss dies noch mehr gelten. Die Tatsache, dass sich Geschäftsführer leichter über Beschränkungen informieren können, zerstört mE noch nicht *per se* deren Schutzwürdigkeit, kann es doch (wenn auch nur vereinzelt) Fälle geben, in denen der Geschäftsführer tatsächlich keine Kenntnis seiner Kompetenzüberschreitung hatte. Beim Gros der Insichgeschäfte wird es sich in der Praxis freilich anders verhalten, weshalb der Einwand der Informationsnähe nicht völlig außer Acht gelassen werden darf. Berücksichtigung hat er mE bei den Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht zu finden, die Kernstück des zweiten Lösungsansatzes sind (s dazu sogleich unten II.E.8.b.ii [98]).[581]

[579] BGH II ZR 209/61, NJW 1962, 2344, 2347 (oHG); *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 37 Rz 157 mwN.
[580] So zB *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 37 Rz 157, die zutr darauf verweisen, dass es im heutigen Wirtschaftsverkehr „zweifelhaft" sei, den Verkehrsschutz ausschließlich auf jene Personen zu beziehen, die unmittelbar am Rechtsgeschäft beteiligt wären. Ebenso wohl *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 97, der im Fall des Selbstkontrahierens immer dann von der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht ausgeht, wenn Dritte schon Rechte aus diesem Rechtsgeschäft abgeleitet haben.
[581] Ähnl *Zacher*, GmbHR 1994, 842; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 48; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 37 Rz 168.

d. Lösungsansatz II

i. Einleitung

Anknüpfend an die Erkenntnis, dass § 20 Abs 2 GmbHG auch bei Abschlüssen von Insichgeschäften Anwendung findet, drängt sich die Frage auf, ob damit jedes Insichgeschäft automatisch rechtswirksam ist – angesichts der Tatsache, dass Geschäftsführern aufgrund ihrer Nähe zur Gesellschaft die entsprechenden Schranken im Innenverhältnis (§ 25 Abs 4 GmbHG) oftmals bewusst sein werden, keine beruhigende Vorstellung. Den rettenden Strich durch die Rechnung (man kann sich an dieser Stelle aber auch eine Schranke vorstellen, die den Pfad, auf dem wir uns gerade befinden, absperrt) macht – und darauf wurde bereits von *U. Torggler*[582] und ihm folgend *Trenker*[583] sowie *S.–F. Kraus*[584] in Anlehnung an die ältere Rsp[585] hingewiesen – die Lehre vom „Missbrauch“[586] der Vertretungsmacht[587] – von *Wilhelm* als „neuralgischer Punkt des Stellvertretungsrechts“ bezeichnet[588] und in ihren Einzelheiten äußerst umstritten. Einigkeit besteht nur in Fällen der Kollusion,[589] dem arglistigen Zusammenwirken von Vertreter und Drittem zum Nachteil des Vertretenen (lat *colludere*, zusammenspielen, „mit jemandem unter einer Decke stecken“). Darüber hinaus divergieren die Meinungen. Während die Rsp auf Seiten des Vertreters Untreue fordert,[590] tendiert die Lehre weitgehend dazu, auch die (objektive) Pflichtwidrigkeit ausreichen zu lassen[591]. Bezüglich der subjektiven Kriterien auf Seiten des Dritten wird einerseits Kenntnis[592] verlangt, andererseits reicht (grob[593] bzw leicht fahrlässige[594]) Unkenntnis des „Missbrauchs“.

---

[582] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34 mwN aus der älteren Rsp; *ders*, ecolex 2009, 921.
[583] *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 54.
[584] *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18.
[585] S dazu RIS-Justiz RS0060021, OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141.
[586] So die herrschende Terminologie; s aber unten II.E.8.d.ii.2 (118).
[587] So auch die ältere Lehre zu den Fällen der Doppelvertretung, die sich bewusst von der Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses distanzierte und die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur bei Fehlgebrauch der Vertretungsmacht für unwirksam erklärte. S zB *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1^2, 819 f. Für wN s *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG^2, 293 f bei und in FN 227, der sich aber selbst eindeutig gegen eine differenzierte Behandlung der Doppelvertretung ausspricht.
[588] *Wilhelm*, JBl 1985, 449.
[589] RIS-Justiz RS0019606; OGH 3 Ob 565, 566/87, ÖBA 1988, 931 [*Iro*]; ausf *M. Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138, 139 ff.
[590] RIS-Justiz RS0061587, zB OGH 1 Ob 576/85, GesRZ 1985, 198; s den Überblick bei *P. Bydlinski*, Der sogenannte „Mißbrauch“ unbeschränkter Vertretungsmacht, in FS F. Bydlinski (2002) 19, 25 ff.
[591] Nunmehr hM, zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 20 Rz 26 mwN; diff *Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 43; abl *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR^5, 391 f; *Dellinger*, Liquidation 245 f.
[592] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 29 Rz 44; *Wilhelm*, JBl 1985, 449, 466 f. Der Kenntnis wird an vielen Stellen die „objektive Evidenz“ gleichgehalten; s dazu *M. Auer*, GesRZ 2000, 138, 140.
[593] *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II^4, 199 FN 8; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/242 FN 9 mwN; *Frotz*, Verkehrsschutz 518 ff; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1^2, 858.

Ausgehend von der dogmatischen Einordnung des Rechtsinstituts soll im Folgenden gezeigt werden, auf welche Voraussetzungen tatsächlich abzustellen ist. Nach Darstellung der allgemeinen Regeln gilt es etwaige Besonderheiten iZm Insichgeschäften herauszuarbeiten. Insb ist hier zu fragen, ob die Tatsache, dass der Geschäftsführer in diesen Konstellationen sowohl die Rolle des Vertreters als auch jene des Dritten (Selbstkontrahieren) bzw jene des Vertreters des Dritten (Doppelvertretung) einnimmt, eine Modifikation der allgemeinen Regeln bedingt.

Trotz der eben erwähnten Personenidentität gilt es bei der Untersuchung der allgemeinen Voraussetzungen eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht die Differenzierung zwischen Vertreter und Drittem beizubehalten, lassen sich doch damit die unterschiedlichen Anforderungen an die beiden Seiten besser darstellen. Im Ergebnis müssen bzw können in den hier interessierenden Fällen freilich alle Voraussetzungen in der Person des Geschäftsführers gegeben sein: Im Fall des Selbstkontrahierens ist dies klar; der Geschäftsführer ist hier sowohl Vertreter als auch Dritter; sämtliche Voraussetzungen *müssen* in seiner Person vorliegen. Im Fall der Doppelvertretung ist der Vertreter zwar nicht gleichzeitig Dritter, er ist aber gleichzeitig Vertreter des Dritten, weshalb auch hier – aus Gründen, die noch zu zeigen sind (II.E.8.d.iii.2.b [137]) – allein auf seine Person abgestellt werden *kann*.

ii. Fehlgebrauch der Vertretungsmacht

1. Allgemeines

Das Rechtsinstitut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht erfasst Vertretungshandlungen, die zwar vom Umfang der Vertretungsmacht grundsätzlich gedeckt sind, aber internen Beschränkungen zuwiderlaufen. Hauptanwendungsgebiet sind Formalvollmachten,[595] weil sich hier Außen- und Innenverhältnis regelmäßig unterscheiden.[596] So *kann* ein Geschäftsführer regelmäßig mehr als er *darf*. Grundlage dafür ist der in § 20 Abs 2 GmbHG positivierte Grundsatz der Unbeschränktheit

[594] OGH 3 Ob 1043/95, HS 26.449; *Lehmann*, Anmerkung zu RG 17.1.1934, JW 1934, 683; s dazu auch den Überblick bei *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 857.

[595] So bezieht sich die überwiegende Zahl der OGH-Entscheidungen auf die organschaftliche Vertretungsmacht und die unbeschränkte Vertretungsmacht des Prokuristen.

[596] S *P. Bydlinski* in KBB[3] § 1016 Rz 5; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 14 ff; vgl auch OGH 6 Ob 1731/95, wbl 1996, 288. Vgl demgegenüber zivilrechtliche Innenvollmachten: Hier folgt die Reichweite der Vollmacht grundsätzlich den Beschränkungen im Innenverhältnis; s dazu *Wilhelm*, JBl 1985, 455 ff.

organschaftlicher Vertretungsmacht, der internen Beschränkungen die (Außen-)Wirksamkeit abspricht (dazu bereits II.E.8.c.ii [103]). Das Rechtsinstitut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht weicht dieses Abstraktionsprinzip[597] insofern auf, als es Fälle definiert, in denen ausnahmsweise doch die Geschäftsführungsbefugnis, also das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis, über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entscheidet. Beschränkungen dergleichen schlagen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auf das Außenverhältnis durch und sorgen insofern für einen Gleichlauf von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht[598]. Dies beruht auf dem Gedanken, dass der Verkehrsschutz dort seine Grenze findet, wo der Verkehr nicht mehr schützenswert ist.[599] Wirken bspw Geschäftsführer und Vertragspartner der GmbH zur Schädigung der Gesellschaft zusammen (Kollusion), ist unstrittig, dass sich Zweiterer nicht länger auf die Unbeschränktheit der organschaftlichen Vertretungsmacht berufen kann.[600] Wenngleich früher nicht klar war, ob es darüber hinaus auch noch andere Fälle des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht geben kann, wird dies heute beinahe[601] einhellig bejaht[602].

Auf die Vereinbarkeit der Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht mit dem Grundsatz der Unbeschränktheit organschaftlicher Vertretungsmacht, insb auf die Frage, ob sie an der Lex-lata-Grenze des § 6 ABGB scheitere, braucht aufgrund der gründlichen Abhandlungen anderer Autoren hier nicht im Detail eingegangen werden;[603] dies kann vielmehr vorausgesetzt werden. Gleiches gilt für die Frage, ob die entwickelten Grundsätze

---

[597] Grundlegend zur Abstraktion der Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis s *Laband*, ZHR 10 (1866) 183 ff.

[598] S dazu *Mack*, Der Gleichlauf von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (1998).

[599] Vgl RIS-Justiz RS0016733: „Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht soll nur den redlichen Geschäftsverkehr erleichtern und die redlich an ihm Beteiligten schützen, nicht aber unredliche Geschäfte ermöglichen.“, s zB OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76, OGH 1 Ob 600/94, wobl 1996, 31; s weiters RIS-Justiz RS0019576: „nicht schutzwürdig“, zB OGH 6 Ob 693/89, SZ 62/218, OGH 4 Ob 2078/96h, ecolex 1997, 437, OGH 1 Ob 600/94, wobl 1996, 31.

[600] Zur Kollusion und deren Voraussetzungen s RIS-Justiz RS0016736, OGH 6 Ob 1731/95, wbl 1996, 288; RIS-Justiz RS0016733, OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76; RIS-Justiz RS0016733 T 2, OGH 9 Ob 25/08d, wbl 2010, 45; RIS-Justiz RS0019576 T 5, OGH 4 Ob 2298/96m, ÖBA 1997, 377 [*Iro*]; RIS-Justiz RS0061587 T 4, OGH 3 Ob 117/03g, NZ 2004/25; RIS-Justiz RS0061587 T 5, OGH 31.08.2005, 9 ObA 125/05f; *Koziol/Welser*, Grundriss[13], 215; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 857 ff; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 788 ff.

[601] Soweit ersichtlich aA nur *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 40 f; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 71 – 74 Rz 72; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 11, 13.

[602] S RIS-Justiz RS0016733, zB OGH 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149: „das gilt insbesondere dann, wenn der Vertreter und der Dritte absichtlich zusammengewirkt haben, um den Vertretenen zu schädigen“.

[603] S zB *Auer*, GesRZ 2000, 140 ff; *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 30 ff; *Wilhelm*, JBl 1985, 462 ff; *Hoffmann*, Missbrauch von Formalvollmachten 149 ff. Aufgrund der umfassenderen Entstehungsgeschichte behandeln diese Autoren das vorliegende Problem zwar vorwiegend im Bereich der Prokura. Weil der Gesetzgeber mit der Regelung im GmbHG den gleichen Zweck verfolgte, lassen sich die Überlegungen jedoch ohne Weiteres übertragen. S dazu *Wilhelm*, JBl 1985, 466.

gegen Art 9 Abs 2 der Publizitätsrichtlinie verstoßen, was schon von *Auer* überzeugend verneint wurde.[604]

2. Terminologie

Zu Recht kritisiert wird der vielerorts verwendete Begriff des „Missbrauchs der Vertretungsmacht".[605] Der Wortsinn indiziere, dass für das Herbeiführen entsprechender Rechtsfolgen auf subjektive Elemente seitens des *Vertreters* abzustellen wäre. Denn nur dieser könne die Vertretungsmacht tatsächlich „missbrauchen", dem Dritten sei ja gar keine eingeräumt worden.[606] Erfasst wären demnach nur Fälle, in denen der Vertreter Kenntnis von seiner Kompetenzüberschreitung hat. Nach der mittlerweile hM kommt es darauf aber gerade nicht an (s dazu ausf unten II.E.8.d.ii.4.a.i [121]; insb die Nw in FN 633). Der Begriff des *Missbrauchs* der Vertretungsmacht – einst ausgehend von seiner einzig möglichen Form, der Kollusion – hat vielmehr mit fortlaufender Entwicklung in Rsp und Lehre[607] seine Richtigkeit eingebüßt. Zwar wird diese terminologische Ungenauigkeit wohl kaum einen Juristen hinters Licht führen, der Fehler in der Titulierung ist dadurch jedoch nicht beseitigt.

Zuspruch hat daher die von *U. Torggler* vorgeschlagene Terminologie des „Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht"[608] verdient, der auch diese Arbeit folgt. Ihr (weiterer) Wortsinn erfasst nicht nur das kollusive Zusammenwirken von Vertreter und Drittem, sondern auch die weiteren von Rsp und Lehre entwickelten Fälle, auf die noch genauer einzugehen ist (s dazu unten II.E.8.d.ii.4.a.i [121]).

3. Dogmatische Einordnung und Rechtsfolgen

Die weitreichenden Unterschiede hinsichtlich der Voraussetzungen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht sowie dessen Rechtsfolgen beruhen nicht zuletzt

[604] *Auer*, GesRZ 2000, 144 ff; ihm folgend *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 43; so auch *Fleischer*, NZG 2005, 533 f; aA *Hoffmann*, 130 ff, insb 141.
[605] S *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 23, dem der Begriff „zu eng u auch […] in hohem Maße unzweckmäßig" erscheint, weshalb er in weiterer Folge von „weisungswidrigem, besser ermächtigungswidrigem Gebrauch der anvertrauten Vertretungsmacht, daher in Wahrheit von Ermächtigungs- bzw Auftragsüberschreitung" spricht. Den Vollmachtsmissbrauch qualifiziert er zutr als Unterfall einer solchen Ermächtigungsüberschreitung. S weiters *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 21, 28 f; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 16; zum selben Problem bei der Prokura ausf *Strasser/Jabornegg* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 50 Rz 15 f.
[606] Vgl die Nw in FN 605; insb *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 21, 28 f.
[607] S den Überblick bei *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 21 ff.
[608] S *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 14 ff; s auch *Zacher*, GmbHR 1994, 845 in FN 31: „Anderenfalls müßte es etwa heißen: ‚Fehlgebrauch'".

darauf, dass schon die dogmatische Einordnung dieses Rechtsinstituts seit jeher strittig ist. *Ergo* erscheint es sinnvoll, diese Untersuchung schon an vorgelagerter Stelle vorzunehmen.

Die von Rsp und Lehre unternommenen Versuche einer dogmatischen Einordnung reichen dabei vom häufig vertretenen Sittenwidrigkeitsansatz (§ 879 Abs 1 ABGB),[609] über den Rechtsmissbrauchsvorwurf (§ 1295 Abs 2 ABGB),[610] über eine Analogie zu § 871 ABGB,[611] bis hin zur teleologischen Reduktion der Vorschriften über die Unbeschränktheit organschaftlicher Vertretungsmacht[612]. Letzterer Ansatz, der in Deutschland schon länger viele Anhänger zu verbuchen hat,[613] ist mittlerweile auch im österreichischen Schrifttum im Vormarsch. Dies mE zu Recht, handelt es sich doch um ein rein vertretungsrechtliches Problem,[614] das schon durch richtige Auslegung des § 20 Abs 2 GmbHG gelöst werden kann. Der Rechtsanwender braucht demnach gar nicht versuchen, weniger passende Regeln[615] passend zu machen (§§ 871, 879 ABGB etc). Vielmehr genügt es, sich der Tatsache bewusst zu werden, dass es sich bei der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht keinesfalls um einen Selbstzweck[616] handelt, sondern der Gesetzeszweck – der Schutz des Rechtsverkehrs – nur dann greift, wenn der Verkehr tatsächlich schutzwürdig ist.[617] Trifft dies (ausnahmsweise) nicht zu, ist die Vorschrift teleologisch zu reduzieren; die Beschränkungen im Innenverhältnis schlagen folglich auf das Außenverhältnis durch.

---

[609] So zB OGH 4 Ob 24/56, JBl 1956, 347; OGH 3.7.1956, 4 Ob 49/56; OGH 8 Ob 505/78, GesRZ 1978, 131; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 71 – 74 Rz 72.

[610] RIS-Justiz RS0026587, OGH 6 Ob 127/58, ÖJZ 1958, 468 [EvBl 276]; OGH 3 Ob 565/87, GesRZ 1988, 104; *Binder*, „Treuepflichtklausel" bei Pensionszusagen – Anmerkung zu OGH 9 ObA 4/88, DRdA 1990, 364.

[611] S dazu *Frotz*, Verkehrsschutz 615 ff; *Wilhelm*, JBl 1985, 455 ff, wenngleich nicht klar ist, ob Letzterer dies auch auf Formalvollmachten bezieht; ausdr für eine solche Analogie auch *Krejci*, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer (I), GesRZ 1984, 146, 150.

[612] *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 41 f; *ders* in KBB[3] § 1016 Rz 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 26; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 14; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 44; ebenfalls für eine vertretungsrechtliche Lösung OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76.

[613] S zB *Tietz*, Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura (1990) 281 ff.

[614] *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 789; *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 41 f.

[615] S dazu die Ausführungen von *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 41 f.

[616] So ausdr *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 14; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 44.

[617] S RIS-Justiz RS0016733: „Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht soll nur den redlichen Geschäftsverkehr erleichtern und die redlich an ihm Beteiligten schützen, nicht aber unredliche Geschäfte ermöglichen.", s zB OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76, OGH 1 Ob 600/94, wobl 1996, 31; s weiters RIS-Justiz RS0019576: „nicht schutzwürdig", zB OGH 6 Ob 693/89, SZ 62/218, OGH 4 Ob 2078/96h, ecolex 1997, 437, OGH 1 Ob 600/94, wobl 1996, 31.

Mit dem historischen Willen des Gesetzgebers ist dies durchaus vereinbar. Denn Letzterer sah in der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht keinesfalls eine unantastbare Institution. Ganz im Gegenteil: Es wurden sogar mögliche Ausnahmen davon diskutiert, die jedoch letztlich – mangels Einigung und nicht mangels Vereinbarkeit mit dem Normzweck – keinen Eingang in den Gesetzestext fanden.[618]

Das Rechtsinstitut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht stellt insofern eine immanente Schranke der organschaftlichen Vertretungsmacht dar.[619] Wird gegen diese verstoßen, handelt der Geschäftsführer ohne Vertretungsmacht. Das Rechtsgeschäft ist nach allgemeinen Regeln schwebend unwirksam, kann jedoch durch Genehmigung des Geschäftsherrn (der Gesellschaft) nachträglich geheilt werden (§ 1016 ABGB)[620]. Dem Normzweck entsprechend gilt dies auch bei Kollusion.[621] Die Beweislast hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen seitens Vertreter und Drittem trägt grundsätzlich die Gesellschaft.[622]

Teilweise wird darüber hinaus vertreten, dass vorbehaltlich einer nachträglichen Genehmigung oder Vorteilszuwendung (§ 1016 ABGB) der als *falsus procurator* agierende Geschäftsführer dem Dritten auf den Vertrauensschaden hafte (§ 1019 ABGB)[623], wobei zugestanden wird, dass sich Letzterer den Einwand des Mitverschuldens (§ 1304 ABGB)[624] gefallen lassen müsse.[625] ME wird ein solcher Schadenersatzanspruch jedoch kaum erfolgsversprechend sein, setzt ein Vertrauensschaden doch auch tatsächliches Vertrauen auf die gegebene Vertretungsmacht voraus. Genau an diesem Vertrauen wird es aber angesichts der Tatsache, dass Fälle eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht auf Seiten des Dritten Kenntnis (oder nach hM zumindest Evidenz der Pflichtwidrigkeit; zur Kritik daran s II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]) verlangen, meist scheitern[626].

---

618 Ausf *M. Auer*, GesRZ 2000, 142 ff; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 14; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 4.

619 So ausdr *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 14; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 126 Rz 13; s weiters auch *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 41 f; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] § 126 Rz 22.

620 *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 7; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 46; *ders* in *Straube*, WK UGB[4] § 151 Rz 21; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 126 Rz 13; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] § 126 Rz 22.

621 *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 46; *ders* in *Straube*, WK UGB[4] § 151 Rz 21; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 24.

622 *Frotz*, Verkehrsschutz 623; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 7; *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB § 151 Rz 20.

623 S zB *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 7.

624 S dazu ausf *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 150 ff.

625 *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 7; *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB[4] § 151 Rz 21.

626 OGH 2 Ob 452/56, ÖJZ 1956, 609 [EvBl 346]; OGH 4 Ob 594/78, SZ 52/11: Kenntnis schließt die Haftung aus.

Außerdem ist ein solcher Anspruch in den hier gegenständlichen Fällen überhaupt nur bei Doppelvertretung denkbar, ist doch beim Selbstkontrahieren der zu entschädigende Dritte gleichzeitig der ersatzpflichtige Vertreter, sodass der theoretisch entstandene Anspruch aufgrund von Konfusion sofort wieder erlischt (§ 1445 S 1 ABGB).[627]

4. Die einzelnen Voraussetzungen[628]

a. Voraussetzungen auf Seiten des Vertreters

i. Darstellung des Meinungsstands

Im Gegensatz zum BGH[629] legt die österreichische Rsp den Voraussetzungen seitens des Vertreters einen strengen Maßstab zugrunde und verlangt dessen Schädigungsabsicht – oftmals auch als „bewusstes Handeln zum Nachteil des Vertretenen" umschrieben.[630] Während das ältere Schrifttum[631] – wohl noch beeinflusst vom

[627] Bei kollusivem Zusammenwirken entfällt mE der Schadenersatzanspruch; und zwar vollständig: Trifft Schädiger und Geschädigten nämlich gleiches Verschulden, entfällt der Schadenersatzanspruch zur Gänze; s dazu *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 328; *dies*, Grundriss I[13], 172; ausf *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 150 ff.

[628] Im Folgenden wird hinsichtlich der Voraussetzungen auf Seiten des Vertreters und jenen auf Seiten des Dritten differenziert. Da somit immer nur der Rsp- und Meinungsstand hinsichtlich einer Seite dargestellt wird, geht eine interessante Erkenntnis leider verloren, die deshalb an dieser Stelle Erwähnung finden soll: Die Anforderungen an den Dritten sind oft an jenen Stellen geringer, wo bereits die Anforderungen an den Vertreter hoch gesteckt wurden und umgekehrt. S dazu schon *Michalski*, GmbHR 1991, 353; *Auer*, GesRZ 2000, 140.

[629] Der BGH lässt die objektive Pflichtwidrigkeit des Vertreters genügen. Bewusst nachteiliges Handeln ist nicht Voraussetzung. Zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts muss sich die Pflichtwidrigkeit dem Dritten geradezu aufdrängen. S dazu zB BGH II ZR 211/87, NJW 1988, 2241; BGH II ZR 337/05, NZG 2006, 626; zur strengeren mittlerweile überholten Rsp s zB BGH II ZR 208/64, BGHZ 50, 112. Ein Schaden der Gesellschaft wird grundsätzlich nicht gefordert. Liegt ein solcher vor, entfaltet er jedoch Indizwirkung für einen gegebenen Missbrauchsfall; s dazu *Auer*, GesRZ 2000, 139 bei und in FN 13 mit Nw aus der dRsp.

[630] S RIS-Justiz RS0026587: „nur in den Fällen einer absichtlichen Schadenszufügung seitens des Dritten durch arglistiges Zusammenwirken mit dem Geschäftsführer zum Nachteil der Gesellschaft", zB OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141; RIS-Justiz RS0016733 T 2: „wenn der Vertreter mit Wissen des Dritten bewusst zum Nachteil des Vertretenen handelte", OGH 9 Ob 25/08d, wbl 2010, 45; RIS-Justiz RS0019576: „wenn der Dritte Kenntnis vom Vollmachtsmissbrauch des Vertreters hatte", zB OGH 6 Ob 693/89, SZ 62/218; RIS-Justiz RS0019576 T1: „Auch bloße Erkennbarkeit des Vollmachtsmissbrauches genügt für die Unwirksamkeit des Geschäfts.", OGH 2 Ob 598/94, RdW 1995, 178; RIS-Justiz RS0019606: „hat er [der Dritte] im arglistigen Zusammenwirken mit ihm [dem Geschäftsführer] die Verwirklichung der mißbräuchlichen Vertretungshandlung ermöglicht", OGH 3 Ob 565/87, GesRZ 1988, 104; s weiters OGH 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a), wbl 2010, 45; OGH 3 Ob 117/03g, NZ 2004, 84; s aber auch RIS-Justiz RS0019576 T 6, wo der OGH den Vertretungsakt auch dann als ungültig qualifizierte, „wenn der Dritte den (bewussten) Missbrauch, das pflichtwidrige Handeln des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen kannte oder ihm der Missbrauch nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb", OGH 7 Ob 108/97a, RdW 1997, 655. Mangels Verwendung eines Bindeworts („und", „oder") ist nicht klar, ob der OGH hier neben dem (bewussten) Missbrauch der Vertretungsmacht auch das bloß pflichtwidrige Handeln des Vertreters genügen lässt oder es sich dabei nur um eine ergänzende „Beschreibung" des Missbrauchs handelt. Nach dem Wortlaut der Entscheidung sprechen mE zwei Argumente für erstere Ansicht und somit für eine mögliche Abkehr des Gerichts von seiner stRsp: Zum einen ist die objektive Pflichtwidrigkeit dem missbräuchlichen Verhalten des Geschäftsführers quasi inhärent, weshalb es fragwürdig erscheint, dass der OGH dies ausdr erwähnt. Gerade in Rechtssätzen wird man doch bemüht sein, überflüssige Ausführungen der

ursprünglichen Ausgangspunkt der Lehre des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht, der Kollusion – diese Auffassung teilte, ist es nach neuerer, mittlerweile auch[632] in Österreich hL[633] ausreichend, wenn der Geschäftsführer seine Befugnisse (objektiv) pflichtwidrig überschreitet. Verschulden ist demnach nicht erforderlich, schon gar nicht kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer mit Schädigungsabsicht handelte.[634] Voraussetzung ist allein, dass er interne Beschränkungen überschreitet, er also bspw entgegen eines Gesellschafterbeschlusses ein Geschäft abschließt oder eine im Innenverhältnis erforderliche Zustimmung nicht einholt (§ 25 Abs 4 GmbHG [!]).

ii. Stellungnahme

Dieser neueren Ansicht ist mE zu folgen. Führt man sich den Normzweck der Unbeschränktheit organschaftlicher Vertretungsmacht vor Augen – den Schutz des Rechtsverkehrs, der Interna der Gesellschaft nicht kennt und auf die Wirksamkeit eines

---

Übersichtlichkeit halber zu vermeiden. Zum anderen fehlt für die Auslegung als eingeschobene Beschreibung schlichtweg der (zweite) Beistrich. Anders ist dies in einer vom OGH an dieser Stelle zitierten älteren Entscheidung; hier findet man den Beistrich an entsprechender Stelle: „wenn der Dritte den (bewussten) Missbrauch, das pflichtwidrige Handeln des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen, [(!)] kannte oder…“, weshalb hier klar hervorgeht, dass es sich dabei lediglich um einen beschreibenden Einschub und nicht um eine alternative Tatbestandsvoraussetzung handelt. In Anbetracht dieser vorhergehenden Rsp sowie des ausdr Verweises darauf ist in der hier gegenständlichen Entscheidung wohl doch in Einklang mit der stRsp des OGH vom Erfordernis der Schädigungsabsicht seitens des Vertreters auszugehen. Der dies zum Ausdruck bringende Beistrich wurde wohl einfach vergessen.

[631] S zB *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 858; *Flechtheim* in *Düringer/Hachenburg*, Das Handelsgesetzbuch II/2[3] (1932) § 126 Anm 9; *John*, Zum Mißbrauch der Vertretungsmacht durch Gesellschaftsorgane, GmbHR 1983, 90, 91; für weitere Nw s *Michalski*, Mißbrauch der Vertretungsmacht bei Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis, GmbHR 1991, 349, 352 f; s aber auch schon *Tank*, Der Mißbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, NJW 1969, 6, 9: „Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Vertreter […] bewußt oder unbewußt schädigend handelt“.

[632] Zum dSchrifttum s *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 37 Rz 33; *Fleischer*, NZG 2005, 535; *K. Schmidt*, GesR[4] § 10 II c) aa); *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 55; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 44 ff, insb 48; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 34; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 43; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 37 Rz 23; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 37 Rz 172; aA *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 37 Rz 190 ff.

[633] *Auer*, GesRZ 2000, 150; *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 39 f; *Wilhelm*, JBl 1985, 466 f; *Thiery*, Privatausgaben zu Lasten der GmbH, ecolex 1992, 631, 633; *Krejci*, GesRZ 1984, 150; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 26; *Bollenberger/Csoklich*, Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftungen, ÖBA 2001, 435, 445; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 126 Rz 12; *Schinko* in *Straube*, WK UGB[4] § 50 Rz 2; *Koziol/Welser*, Grundriss[13], 215; diff *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 43; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 16; vgl auch *Frotz*, Verkehrsschutz 601, 623, der ebenso auf subjektive Elemente seitens des Vertreters verzichtet, aber sehr wohl fordert, dass der Geschäftspartner auf treuwidriges Verhalten, also Schädigungsabsicht des Geschäftsführers, schließen konnte und musste; ihm ausdr folgend *Dellinger*, Liquidation 245 f; offenlassend *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/243; aA *Seikel*, Vertretungsmacht 135; *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 40 f; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 71 – 74 Rz 72; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 11, 13.

[634] S die Nw in FN 633.

entgegen interner Beschränkungen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts vertraut[635] –, wird schnell klar, dass bei der Frage der Unwirksamkeit des Geschäfts nicht auf subjektive Elemente seitens des Vertreters abgestellt werden darf. Für die Frage, ob der Normzweck verfängt oder nicht, ist allein das Wissen des Dritten relevant, hat die Vorschrift doch auch allein seinen Schutz vor Augen. Der Geschäftsführer kann demgegenüber sogar glauben, er handle innerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis. Objektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns ist demnach ausreichend aber auch erforderlich. Dass damit auch schwerwiegendere, so etwa seinerseits bewusste Verstöße erfasst sind, versteht sich von selbst.

Die Ansicht der Rsp, die nach wie vor Schädigungsabsicht des Vertreters verlangt, führt demgegenüber zu einer unsachlichen Differenzierung. Ihr zu Folge wäre nämlich ein Rechtsgeschäft, bei dem (Wissen des Dritten jeweils vorausgesetzt; s dazu unten II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]) der Vertreter *in Schädigungsabsicht* handelt, schwebend unwirksam; ein Rechtsgeschäft, bei dem der Vertreter *ohne Schädigungsabsicht* handelt, wirksam. Die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des Geschäftspartners würde damit von der Dreistheit des Geschäftsführers abhängig gemacht werden, was strikt abzulehnen ist.

Subjektive Elemente als Voraussetzungen eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht spielen demnach nur *auf Seiten des Dritten* eine Rolle – hier aber eine beträchtliche, entscheiden sie doch darüber, ob der Normzweck des § 20 Abs 2 GmbHG verfängt oder ob die Norm hier ausnahmsweise ihren Anwendungsbereich einbüßt (s sogleich II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]). Subjektive Elemente *auf Seiten des Vertreters* müssen zur Vermeidung einer unsachlichen Differenzierung demgegenüber vollständig[636] außer Acht

[635] S dazu schon die Nw in FN 551.

[636] Daher ist auch der differenzierten Ansicht von *U. Torggler* nicht zu folgen. Dieser verzichtet zwar in Fällen der Überschreitung „starrer Schranken" der Vertreterbefugnis (zB Missachtung von Beschränkungen, die sich aus Gesetz, Satzung, Weisungen und anderen verbindlichen Anordnungen ergeben) auf subjektive Elemente seitens des Vertretungsorgans, verlangt aber in Fällen, in denen sich die Pflichtwidrigkeit allein aus der fehlenden Sorgfalt des Geschäftsführers ergibt, sehr wohl die persönliche Vorwerfbarkeit des Verhaltens; der Geschäftsführer muss in diesen Fällen demnach nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv pflichtwidrig handeln. Das Risiko eines solchen Sorgfaltsverstoßes habe nämlich grundsätzlich der Unternehmer (die Gesellschaft) zu tragen, der sich des Vertreters bedient. S dazu *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 43; ihm folgend *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 5, die sogar darüber hinausgehen und in Konstellationen, in denen sich der Pflichtverstoß nur aus der mangelnden Sorgfalt ergibt, seitens des Vertreters – iS der Rsp – vorsätzlich pflichtwidriges Verhalten verlangen; s weiters *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 16. Da der in dieser Arbeit interessierende Fall des Abschlusses eines Insichgeschäfts unter Missachtung des gesetzlichen Zustimmungsvorbehalts (§ 25 Abs 4) jedoch ohnehin in die Fallgruppe der Überschreitung „starrer Schranken" fällt, besteht insofern kein Unterschied zur hier vertretenen Ansicht.

gelassen werden. Sie sind vielmehr als „Überbleibsel“ der ursprünglich auf Missbrauchsfälle beschränkten Lehre vom Fehlgebrauch der Vertretungsmacht abzuwerten.

Ebenfalls irrelevant ist, ob der Gesellschaft durch die objektiv pflichtwidrige Vertretungshandlung ihres Geschäftsführers ein Nachteil erwächst.[637] Zwar wird die GmbH in diesen Fällen ein größeres Interesse an der Unwirksamkeit des Vertrags haben.[638] Darauf kann es aber freilich nicht ankommen. Ausschlaggebend ist allein, ob der Dritte schutzwürdig ist oder nicht und dabei darf nicht auf die (seinerseitige) Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts abgestellt werden. Wäre dem so, ginge damit auch eine gewisse Belastung des (unternehmerischen) Rechtsverkehrs einher, müssten dann doch bei jedem günstigen Angebot, das sich dem Dritten bietet, sofort die Alarmglocken klingeln. Auch beim Abschluss eines grundsätzlich „neutralen“ Geschäfts, also eines Geschäfts, das mit keinem Schaden für die Gesellschaft verbunden ist, können demnach die Voraussetzungen eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht gegeben sein. So etwa dann, wenn ein bestimmtes Rechtsgeschäft schon wegen seiner abstrakten Schädigungsgefahr von der Gesellschaft ausdrücklich untersagt wurde – sei es per Satzungsbestimmung, Gesellschafterbeschluss oder verbindlicher Anordnung des Aufsichtsrats. Ob sich das dem Geschäft inhärente Schädigungspotential beim Abschluss dann auch tatsächlich verwirklicht oder ob der Schaden (ausnahmsweise) ausbleibt, spielt hier keine Rolle. Auch ein für die Gesellschaft vorteilhaftes Geschäft kann bei Vorliegen der Voraussetzungen die Rechtsfolge der (schwebenden) Unwirksamkeit nach sich ziehen, wenngleich es sich dabei wohl eher um einen theoretischen Fall handeln dürfte, wird die Gesellschaft bei Vorteilhaftigkeit das Rechtsgeschäft doch regelmäßig (nachträglich) genehmigen oder sich den Vorteil daraus zuwenden (§ 1016 ABGB).

b. Voraussetzungen auf Seiten des Dritten

i. Darstellung des Meinungsstands

Hinsichtlich der Voraussetzungen seitens des Dritten ist das Spektrum der vertretenen Ansichten groß, sodass es in Zusammenschau mit den ebenfalls strittigen

[637] *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 16; BGH II ZR 211/87, WM 1988, 704, 706; *Fleischer*, NZG 2005, 535; *G. H. Roth*, Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den GmbH-Geschäftsführer, ZGR 1985, 265, 277; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 43; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 37 Rz 44; aA die frühere Rsp des BGH, s zB *Michalski*, GmbHR 1991, 354; *Zacher*, GmbHR 1994, 845.

[638] Gleichzeitig steigt dabei aber auch das Interesse des Dritten an der Vertragsbindung.

Voraussetzungen seitens des Vertreters (s dazu schon oben II.E.8.d.ii.4.a [121]) keine Koryphäe der Mathematik braucht, um zu erkennen, dass sich daraus eine Vielzahl an Kombinationen ergibt. So hält der OGH in vereinzelten Entscheidungen immer noch am Erfordernis des kollusiven Zusammenwirkens beider Vertragspartner fest,[639] teilweise fordert er Kenntnis[640] des Dritten von der (mE durch objektive Pflichtwidrigkeit zu ersetzenden, s dazu schon oben II.E.8.d.ii.4.a.ii [122]) Schädigungsabsicht des Vertreters, mancherorts hält er es für ausreichend, wenn sich der Missbrauch dem Dritten „geradezu aufdrängen musste“,[641] und dann lässt er es wiederum genügen, wenn ihm dieser „aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb“,[642] wobei die beiden letzten Voraussetzungen teilweise auch synonym verwendet werden[643]. Jene Entscheidungen, in denen der OGH die „bloße Erkennbarkeit des Vollmachtsmissbrauches“ als ausreichend erachtet,[644] könnten sogar dahingehend interpretiert werden, dass dem Dritten schon leichte Fahrlässigkeit schaden würde.

Im Schrifttum herrscht ebenso wenig Einigkeit hinsichtlich der Voraussetzungen seitens des Dritten. Ähnlich der Judikatur reichen auch hier die Ansichten vom kollusiven Schädigungsvorsatz[645] bzw der demgegenüber abgeschwächten Variante, dass der Dritte auf die Schädigungsabsicht des Vertreters schließen hätte müssen (unabhängig davon, ob die Schädigungsabsicht tatsächlich bestand),[646] über Kenntnis des Dritten[647] und der ihr vielerorts gleichgestellten Evidenz[648], hin zur bloß (grob[649] oder leicht[650]) fahrlässigen Unkenntnis des Dritten.

---

[639] RIS-Justiz RS0026587, zB OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141; RIS-Justiz RS0019576 T 5, OGH 4 Ob 2298/96m, ÖBA 1997, 377 [*Iro*].

[640] RIS-Justiz RS0016733, zB OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76; RIS-Justiz RS0019576, zB OGH 6 Ob 693/89, SZ 62/218; RIS-Justiz RS0019576 T 2, OGH 25.1.1996, 6 Ob 651/95.

[641] RIS-Justiz RS0105536 T 2, OGH 4 Ob 2328/96y, ZIK 1997, 63; RIS-Justiz RS0061587, zB OGH 1 Ob 576/85, GesRZ 1985, 198; RIS-Justiz RS0061587 T 1, OGH 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; RIS-Justiz RS0061587 T 3, OGH 5 Ob 164/99z, SZ 73/80; RIS-Justiz RS0061587 T 4, OGH 3 Ob 117/03g, NZ 2004/25.

[642] RIS-Justiz RS0019576 T6, OGH 7 Ob 108/97a, RdW 1997, 655; anderer Wortlaut aber gleiches Ergebnis: RIS-Justiz RS0016733 T 2, OGH 9 Ob 25/08d, wbl 2010/18; RIS-Justiz RS0019576 T 3, OGH 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; RIS-Justiz RS0061587 T 6, OGH 8 Ob 84/08y, ÖBA 2009/1530.

[643] RIS-Justiz RS0105536 T 4, OGH 10 Ob 16/06k, RdW 2007/307: „… und der Dritte davon wusste oder sich der Missbrauch ihm geradezu aufdrängen musste, dessen Unkenntnis somit auf grober Fahrlässigkeit beruht.“ *Seikel*, Vertretungsmacht 138 in FN 219, geht ausdr davon aus, dass damit dasselbe gemeint ist; vgl demgegenüber *Krejci*, GesRZ 1984, 150.

[644] RIS-Justiz RS0019576 T 1, OGH 2 Ob 598/94, RdW 1995, 178.

[645] So *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 40 mwN (insb des älteren Schrifttums).

[646] S dazu *Frotz*, Verkehrsschutz 601, 623 und ihm folgend *Dellinger*, Liquidation 245 f; s auch *Seikel*, Vertretungsmacht 135, der jedoch nicht auf die tatsächlich gegebene Schädigungsabsicht des Vertreters verzichtet, s dazu auch schon oben FN 633 aE.

[647] *Wilhelm*, JBl 1985, 466 f.

[648] *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 43 ff, der Evidenz der pflichtwidrigen Vertretungshandlung immer dann genügen lassen will, „wenn ihre sorgfältige Würdigung [auf Ebene der Beweiswürdigung] zur Bejahung von

Trotz dieser Fülle an Ansichten zeichnet sich mittlerweile auch[651] in Österreich sowohl in der Judikatur[652], insb aber im Schrifttum[653] ein Trend in die Richtung eines streng-gemäßigten Ansatzes ab, wonach seitens des Dritten Kenntnis oder Evidenz (der objektiv pflichtwidrigen Vertreterhandlung; dazu schon oben II.E.8.d.ii.4.b [124]) verlangt wird.

ii. Stellungnahme

Vollständig gefolgt werden kann der hM hinsichtlich des Erfordernisses der Kenntnis.[654] Ist dem Dritten die interne Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis *bekannt*, verliert er seine Schutzbedürftigkeit. Die Vorschrift des § 20 Abs 2 GmbHG büßt damit ihren Anwendungsbereich ein, was ihre teleologische Reduktion bedingt. Grob fahrlässige Unkenntnis des Dritten ist demgegenüber immer noch schützenswert, soll der Grundsatz der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht doch gerade davor schützen, dass

---

Kennen führt"; eine ähnl strenge Auslegung des Evidenzkriteriums vertritt *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 44 mwN, der Evidenz der Kenntnis insofern und insoweit gleichsetzt, als sie zur Umschreibung des Beweismaßes verstanden wird. Ebenso *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 6. Ebenso auf Offensichtlichkeit abstellend *Schinko* in *Straube*, WK UGB[4] § 50 Rz 2: „wenn er die Unrechtmäßigkeit des Vertreterhandelns gekannt hat oder diese offensichtlich war oder wenn die Rechtmäßigkeit zweifelhaft war"; *Krejci*, GesRZ 1984, 150: „[...] dem Dritten bekannt ist, oder so offensichtlich zutage tritt, daß es der Dritte ohne Mühe erkennen mußte, was freilich insbesondere bei evidenter Schädigung der Gesellschaft [...] der Fall ist". S dazu weiters *Koppensteiner/Rüffler* (GesRZ 1999, 148 f sowie GmbHG[3] § 20 Rz 26), die jedoch bei Überschreiten zwingender gesetzlicher Schranken der Geschäftsführungsbefugnis (genannt wird § 82) auch grob fahrlässige Unkenntnis des Dritten genügen lassen; dem folgend *Auer*, GesRZ 2000, 150 (dazu in FN 649).

[649] So zB für den Fall der Überschreitung zwingender gesetzlicher Schranken der Geschäftsführungsbefugnis *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (II), GesRZ 1999, 148 f; *dies*, GmbHG[3] § 20 Rz 26; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 858; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 71 – 74 Rz 72, der auf Seiten des Vertreters die vorsätzliche Verletzung seiner Vertretungsmacht fordert. Vgl auch *Wilhelm*, JBl 1985, 455 ff sowie *dens*, Der Missbrauch fremdnütziger Treuhand; in Analogie zur Vollmacht sanktioniert, ecolex 2013, 21, der in Fällen, in denen der Wille des Vertretenen vom objektiv Erklärten abweicht, die Grundsätze der Irrtumsanfechtung fruchtbar macht und den Erklärenden demnach immer dann zur Anfechtung berechtigt sieht, wenn dem Dritten die Pflichtwidrigkeit entweder „offenbar auffallen" musste (darin sieht er einen Fall grober Fahrlässigkeit) oder er über die Pflichtwidrigkeit so rechtzeitig aufgeklärt wurde, dass er noch nicht im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Verpfändung (irreversibel) disponiert hätte (§ 871 Fall 2 und 3 ABGB), was jedenfalls für die hier interessierenden Fälle der organschaftlichen Vertretungsmacht ob des Abstraktionsprinzips abzulehnen ist.

[650] *Lehmann*, JW 1934, 683; s auch den Überblick bei *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1[2], 857.

[651] Der BGH und das dSchrifttum stellen demgegenüber schon länger auf Kenntnis des Dritten bzw auf Evidenz der objektiven Pflichtwidrigkeit der Vertreterhandlung ab. S dazu zB BGH XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082; BGH IV ZR 23/01, NJW 2002, 1497; BGH IV ZR 270/06, BeckRS 2008, 06876; so auch schon *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 788 ff; ebenso *Zacher*, GmbHR 1994, 846; *Fleischer*, NZG 2005, 535; *K. Schmidt*, GesR[4] § 10 II c) bb); *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 24; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 190 ff; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 47; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt/Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 55; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 34; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 42.

[652] S dazu die Nw in FN 641.

[653] S dazu die Nw in FN 648.

[654] Für Nw dazu s schon oben in Fn 641 und 648.

Dritten Interna der Gesellschaft *nicht bekannt* sind,[655] was eben auch bei grob fahrlässiger *Unkenntnis* der Fall ist. Auch lässt sich dem Gesetz die Wertung entnehmen, dass grobe Fahrlässigkeit des Dritten zumindest in gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen die Gutgläubigkeit desselben nicht zwingend ausschließt (*arg* § 15 Abs 1 UGB).

Die Evidenz der Pflichtwidrigkeit, die immer dann gegeben sein soll, wenn sich die Kompetenzüberschreitung dem Vertragspartner „geradezu aufdrängen musste" – so die Terminologie von OGH[656] und BGH[657] –, kann der Kenntnis mE jedoch nur insofern gleichgehalten werden,[658] als damit das Beweismaß reduziert wird:[659] Der (beweispflichtigen)[660] Gesellschaft wird es nämlich in den wenigsten Fällen gelingen, die Kenntnis des Dritten nachzuweisen, sind doch Gedanken allgemein nur schwer zu beweisen,[661] insb fremde Gedanken. Leichter ist es, bestimmte Umstände, Situationen, Aussagen etc nachzuweisen, die bei einem redlichen, verständigen Geschäftspartner[662] – *Flume*[663] spricht idZ vom „*reasonable man*" – zur Kenntnis von der Kompetenzüberschreitung führen würden. Abzulehnen sind indes jene Ansichten, die Evidenz mit grober Fahrlässigkeit gleichsetzen oder auch nur in ihre Nähe rücken.[664] Denn

---

[655] S etwa *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 34 aE.

[656] RIS-Justiz RS0105536 T 2, OGH 4 Ob 2328/96y, ZIK 1997, 63; RIS-Justiz RS0061587, zB OGH 1 Ob 576/85, GesRZ 1985, 198; RIS-Justiz RS0061587 T 1, OGH 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; RIS-Justiz RS0061587 T 3, OGH 5 Ob 164/99z, SZ 73/80; RIS-Justiz RS0061587 T 4, OGH 3 Ob 117/03g, NZ 2004/25.

[657] S zB OLG Zweibrücken 4 U 19/03, BeckRS 2004, 00432; BGH II ZR 56/82, NJW 1984, 1461.

[658] S zB RIS-Justiz RS0105536 T 2, OGH 4 Ob 2328/96y, ZIK 1997, 63; RIS-Justiz RS0061587, zB OGH 1 Ob 576/85, GesRZ 1985, 198; RIS-Justiz RS0061587 T 1, OGH 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; RIS-Justiz RS0061587 T 3, OGH 5 Ob 164/99z, SZ 73/80; RIS-Justiz RS0061587 T 4, OGH 3 Ob 117/03g, NZ 2004/25; *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 43 ff; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 44 mwN; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 6; *Schinko* in *Straube*, WK UGB[4] § 50 Rz 2; *Krejci*, GesRZ 1984, 150; *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 148 f sowie GmbHG[3] § 20 Rz 26; *Auer*, GesRZ 2000, 150; ebenso die hM in D, s zB *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 55; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 42; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 37 Rz 47; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 24; *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 37 Rz 34; *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 35 Rz 190.

[659] So auch *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 43 ff; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 44 mwN; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 6; s auch *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 37 Rz 182, die jedoch nur teilweise auf Beweisprobleme abstellen.

[660] *Krejci*, GesRZ 1994, 150 aE.

[661] Ähnl *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 789; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 24; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 37 Rz 55.

[662] Aufgrund der Parallele zum objektiven Erklärungswert bei Willenserklärungen wird auch idZ auf den redlichen, verständigen Menschen abgestellt; dazu zB *Bollenberger* in KBB[3] § 863 Rz 3, *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 863 Rz 8, jeweils mwN.

[663] *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 790.

[664] Für eine Gleichsetzung RIS-Justiz RS0105536 T 4, OGH 10 Ob 16/06k, RdW 2007/307; *Schott*, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971) 385, 397; *K. Schmidt*, GesR[4] § 10 II c) bb); *Krebs* in MüKo HGB[3] Vor § 48 Rz 69; *Zacher*, GmbHR 1994, 846; für eine weitgehende Annäherung der mE unterschiedlichen Voraussetzungen s *Fleischer*, NZG 2005, 535.

damit würden dem Dritten Nachforschungspflichten auferlegt werden, die der Gesetzgeber im Interesse des Verkehrsschutzes bewusst abgelehnt hat[665].[666] Freilich darf der Dritte nicht seine Augen verschließen und völlig unzweideutige Umstände ignorieren, er muss vielmehr „wie ein vernünftiger redlicher Mensch handeln“[667].

Beim Kriterium der Evidenz geht es also nicht darum, den Schutz der Gesellschaft dadurch zu vergrößern, indem auch Geschäftsabschlüsse mit einem unwissenden aber grob sorglosen Dritten für unwirksam erklärt werden können. Vielmehr soll das Evidenzerfordernis ausschließlich die Beweislast der Gesellschaft minimieren, indem es die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis immer schon dann auf das Außenverhältnis durchschlagen lässt, wenn die Gesellschaft beweist, dass ein redlicher, verständiger Geschäftspartner in dieser Situation Kenntnis von der Kompetenzüberschreitung gehabt hätte. Dem Beweis der Kenntnis wird insofern der Beweis der Evidenz gleichgestellt. Ausreichend aber auch erforderlich ist es demnach, zu beweisen, dass die Diskrepanz von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht – wie schon die Übersetzung des Wortes „evidens“ aus dem Lateinischen besagt[668] – augenscheinlich, einleuchtend bzw offenbar war, sodass sich Nachforschungen aufgrund der massiven und eindeutigen Verdachtsmomente erübrigten. Wird demgegenüber nur bewiesen, dass sich einem verständigen Gegenüber (auch noch so schwere) Zweifel hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht stellen mussten, reicht dies mE noch nicht, würde eine solche Ansicht doch erst wieder auf eine Nachforschungspflicht des Dritten hinauslaufen.

Was nach richtiger Auslegung des Evidenzkriteriums allerdings bleibt, ist die Frage, ob man es überhaupt braucht. Immerhin kennt das Prozessrecht schon ein Instrument, das in Situationen der Beweisnot weiterhelfen kann – den Indizienbeweis[669].

---

[665] Ausf zur Entstehungsgeschichte *Auer*, GesRZ 2000, 140 ff, insb 143: „Die Erkundigungspflicht mache den Verkehr mit Gesellschaften unmöglich.“.

[666] So auch *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 43 ff; *Auer*, GesRZ 2000, 143; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 26; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 44 mwN; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 6.

[667] *Frotz*, Verkehrsschutz 621 f.

[668] Http://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/evidens, 18.11.2013.

[669] Ein Anscheins- oder Prima-Facie-Beweis kommt hier demgegenüber nicht in Frage. Zwar wird auch dabei unter Zuhilfenahme von Erfahrungssätzen von tatbestandsfremden auf tatbestandsrelevante Tatsachen geschlossen (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 770). Aufgrund seiner Konzeption als „standardisierter“ bzw „objektivierter“ Indizienbeweis setzt er aber stets einen *typischen Geschehensablauf* voraus (hM, zB *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 56), der nach Erfahrungssätzen der Rechtsgemeinschaft (beim Indizienbeweis ist demgegenüber nur die persönliche Lebenserfahrung des Richters ausschlaggebend; dazu ausf *Holzhammer*, Die einfache Vermutung im Zivilprozeß, in FS Kralik [1986] 205, 213) auf die tatbestandsrelevanten Tatsachen schließen lässt, und ist damit auf den Beweis von

Dieser findet insb beim Beweis von inneren Tatsachen Anwendung – also bei Tatsachen, die das Innenleben des Menschen betreffen, wie insb Gemütsbewegungen, Absichten oder Kenntnis (!), und damit kaum direkt zu beweisen sind.[670] Er erleichtert die Beweisführung insofern, als er in Fällen, in denen die beweisbelastete Partei tatbestandsrelevante Tatsachen nicht unmittelbar beweisen kann, den Beweis anderer Tatsachen zulässt, von denen der Richter an Hand von Erfahrungssätzen auf erstere schließen kann.[671] Zu beachten ist dabei, dass der Indizienbeweis zu keiner Beweismaßreduzierung führt.[672] Es gilt auch hier das Regelbeweismaß der ZPO: hohe Wahrscheinlichkeit.[673]

Die beweisbelastete Gesellschaft, welcher der Beweis der Kenntnis nicht gelungen ist, könnte somit andere Tatsachen beweisen, aus denen der Richter nach seiner allgemeinen Lebenserfahrung auf die Kenntnis des Dritten schließen kann. So könnte sie beweisen, dass der Dritte früher Gesellschafter war und selbst an der Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis mitgewirkt hat, oder dass der Dritte während den Vertragsverhandlungen explizit über den (beschränkten) Umfang der Geschäftsführungsbefugnis aufgeklärt wurde.

Die Offensichtlichkeit selbst, auf die Rsp und Lehre mit dem Evidenzkriterium abstellen, ist dabei in Wahrheit nichts anderes als ein Indiz für die Kenntnis des Dritten,

---

Kausalität und Verschulden zugeschnitten (teilweise wird sogar gefordert, den Anscheinsbeweis auf diese Fälle zu beschränken; s zB *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 56; vgl *Holzhammer* in FS Kralik 212 f). Ein weiteres (Gegen-)Argument kommt aus der Rsp, wonach der Anscheinsbeweis dort ausgeschlossen ist, wo der Geschehensablauf durch den individuellen Willensentschluss eines Menschen bestimmt werden kann (RIS-Justiz RS0040288, zB OGH 1 Ob 502/84, JBl 1985, 36, OGH 1 Ob 2029/96f, RdW 1998, 129; BGH II ZR 147/05, NJW 2008, 76; s weiters *Bacher* in BeckOK ZPO § 286 Rz 97; *Prütting* in MüKo ZPO[4] § 286 Rz 76; einschränkend aber *Foerste* in *Musielak*, ZPO[11] § 286 Rz 30). Dies dürfte auf der Überlegung beruhen, dass subjektive Willensentschlüsse nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit antizipiert werden können und ein typischer Geschehensablauf demnach kaum denkbar ist, was mE zutrifft. Im hier gegenständlichen Fall, in dem die Gesellschaft die Kenntnis des Dritten von der objektiven Pflichtwidrigkeit ihres Vertreters zu beweisen hat, kann sie bei Beweisnot zwar auf den Indizienbeweis zurückgreifen und Tatsachen vorbringen, aus denen auf die Kenntnis geschlossen werden kann, ein Anscheinsbeweis (und die damit einhergehende Beweismaßreduzierung: überwiegende Wahrscheinlichkeit; s dazu *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 770) kommt aber nicht in Frage.

[670] S *Seyer*, Tatsachenfeststellung, Beweisführung und Beweiswürdigung im Zivilprozess, RZ 2009, 146; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 54; *ders* in *Rechberger*, ZPO[4] Vor § 266 Rz 20; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 768.

[671] S dazu auch die Nw in FN 670. Die Zulässigkeit ergibt sich dabei aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wonach der Richter das als erwiesen annehmen darf, „was erfahrungsgemäß die Regel des Lebens ist". S dazu die Nw in FN 670; das Zitat stammt aus *Rosenberg*, Beweislast[5] 180 und wird aufgrund seiner Plakativität auch von *Rechberger* wörtlich übernommen; s *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 768.

[672] *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 55.

[673] Dies ist zwar nicht völlig unstr, dürfte aber der neueren Lehre entsprechen und hat sich auch in der jüngeren Judikatur durchgesetzt; s dazu *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 11; RIS-Justiz RS0110701: „Das Regelbeweismaß der ZPO ist die hohe und nicht eine an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit; eine solche ist nur in den Fällen eines erhöhten Regelbeweismaßes erforderlich.", zB OGH 24.9.1998, 2 Ob 185/98i.

mE sogar das wichtigste. Kann die Gesellschaft nämlich beweisen, dass die Kompetenzüberschreitung offensichtlich war – sie also einem redlichen, verständigen Geschäftspartner in dieser Situation bekannt gewesen wäre –, wird der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung wohl stets zu dem Ergebnis kommen, dass die Kompetenzüberschreitung auch dem Dritten bekannt war.

Das Evidenzkriterium als gesonderte „Tatbestandsvoraussetzung" ist daher mE verzichtbar. Im Beweisverfahren hat es aufgrund der Tatsache, dass sich Kenntnis als innere Tatsache kaum direkt beweisen lässt und man daher regelmäßig auf Indizien zurückgreifen muss, ohnedies einen fixen Platz. Da die Evidenz der Kompetenzüberschreitung aber das wohl wichtigste und häufigste Indiz darstellt, ist es auch nicht falsch, sie explizit in den Voraussetzungen zu erwähnen. Dies freilich unter der Prämisse, dass dabei klar hervorgeht, dass die Evidenz allein auf Beweisebene eine Rolle spielt und dass es immer noch die Kenntnis des Dritten ist, die es – unter Zuhilfenahme der Evidenz – zu beweisen gilt.

Ungeachtet einer etwaigen Evidenz des Fehlgebrauchs kann es demnach zu einem wirksamen Vertragsabschluss kommen, wenn der Dritte den Indizienbeweis erschüttern kann. Dies wäre einem Dritten verwehrt, wenn man das Evidenzkriterium auf materiell-rechtlicher Ebene einordnet.

c. Zwischenergebnis

Ein Fehlgebrauch der Vertretungsmacht liegt nach dem vorher Gesagten somit immer dann vor, wenn

1. seitens des Vertreters eine zumindest objektiv pflichtwidrige Vertretungshandlung vorliegt

und

2. der Dritte davon Kenntnis hatte, wobei der Beweis der Evidenz das wichtigste Indiz hierfür ist.

iii. Besonderheiten beim Abschluss von Insichgeschäften

1. Fragestellung

Wie schon in der Einleitung dieses Kapitels erwähnt, ist es die Lehre vom Fehlgebrauch der Vertretungsmacht, die unzulässigen Insichgeschäften Paroli bietet (s dazu II.E.8.d [115]). Im Folgenden gilt es daher zu untersuchen, ob die idZ bestehenden Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis[674] nach allgemeinen, schon zuvor dargestellten Regeln, auf das Außenverhältnis durchschlagen oder ob die Tatsache, dass der Geschäftsführer im Fall des Insichgeschäfts sowohl die Funktion des Vertreters als auch gleichzeitig jene des „Dritten"[675] (Selbstkontrahieren) bzw jene des Vertreters des Dritten (Doppelvertretung) innehat, eine Modifikation der allgemeinen Regeln erfordert. Da sich auf der Seite des Vertreters im Vergleich zu den sonstigen Fällen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht nichts ändert – hier steht nach wie vor der Geschäftsführer in eben dieser Funktion –, ist insb zu erforschen, ob die Anforderungen an den Geschäftsführer in seiner Rolle als Dritter (Selbstkontrahieren; s dazu II.E.8.d.iii.2.a [131]) bzw Vertreter des Dritten (Doppelvertretung; s dazu II.E.8.d.iii.2.b [137]) andere sind als jene, die an einen außenstehenden Dritten zu stellen sind. Zwischen den Fällen des Selbstkontrahierens und jenen der Doppelvertretung ist im Folgenden zu differenzieren.

2. Stellungnahme

a. Selbstkontrahieren

Will man etwaige Besonderheiten des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht im Fall des Selbstkontrahierens des Geschäftsführers ausfindig machen, empfiehlt es sich zunächst nach dem entscheidenden Unterschied zwischen einem Geschäftsführer-Vertragspartner und seinem externen Pendant zu suchen. ME liegt dieser primär in der Informationsnähe Ersteren. So ist es für den Geschäftsführer ein Leichtes sich über interne Beschränkungen seiner Geschäftsführungsbefugnis zu informieren. Es ist sogar seine Pflicht, muss er doch die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden (§ 25 Abs 1 GmbHG), die wohl nur dann gewahrt werden kann, wenn ihm seine Befugnisse zunächst einmal bewusst sind. Demgegenüber bleiben dem externen Vertragspartner der Gesellschaft

[674] § 25 Abs 4; unzulässig kann der Abschluss eines Insichgeschäfts aber auch deshalb sein, weil er einem Gesellschafterbeschluss oder einer Satzungsregelung widerspricht.
[675] Dass auch der Geschäftsführer Dritter iSd § 20 Abs 2 ist und er nicht *per se* vom Anwendungsbereich der Norm auszuschließen ist, wurde bereits unter II.E.8.c.iii.2 (111) gezeigt.

Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis mangels Eintragungsfähigkeit im Firmenbuch regelmäßig verborgen.[676] Zwar rechtfertigt dieser Unterschied keinen generellen Ausschluss des Geschäftsführers vom Anwendungsbereich des § 20 Abs 2 GmbHG (s dazu schon II.E.8.c.iii.2 [111]). Die Einbindung in die Gesellschaftsorganisation und das damit einhergehende „Insider-Wissen" des Geschäftsführers werden aber regelmäßig dazu führen, dass dem Geschäftsführer etwaige Kompetenzüberschreitungen bewusst sind. Die abstrakt gegebene Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführer-Vertragspartners wird demnach in der Praxis oftmals entfallen. Es fragt sich daher, ob und wenn ja wie diesem Einwand der Informationsnähe möglichst sachgerecht Rechnung getragen werden kann, ohne die Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht allzu sehr aufzuweichen.

Der Ansatz, dem Geschäftsführer in seiner Rolle als Vertragspartner generell die Berufung auf seine Unkenntnis zu verweigern, stellt mE eine unzulässige Pauschalierung dar (vgl dazu auch schon II.E.8.c.iii.2 [111], wo es um die [anschließend bejahte] Frage ging, ob der Geschäftsführer „Dritter" sein kann). Durchaus sind nämlich Fälle denkbar, in denen dem selbstkontrahierenden Geschäftsführer die Pflichtwidrigkeit seines Handelns nicht bewusst ist – so etwa wenn ihm der Abschluss von Insichgeschäften nur bis zu einer bestimmten Betragsgrenze statutarisch erlaubt wurde und er nicht wusste, dass er diese überschreitet, oder wenn eine gattungsmäßige Vorweg-Zustimmung vorliegt, aber nicht klar ist, welche Geschäfte darunter zu subsumieren sind. In Ausnahmefällen ist es aber auch möglich, dass dem Geschäftsführer sogar das gesetzliche Verbot selbst (§ 25 Abs 4 GmbHG) nicht bewusst ist, so etwa wenn es sich um einen unerfahrenen Geschäftsführer handelt, der erst seit ein paar Tagen die Position des Geschäftsführers innehat.[677] Zudem stünde ein solcher Ansatz in Konflikt mit dem Ergebnis aus Kapitel II.E.8.c.iii.2 (111), wo ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführer-Vertragspartners nicht *per se* negiert werden dürfe.

[676] So ist zwar die Art der Vertretungsmacht eintragungspflichtig, Angaben zum Umfang sind hingegen nicht einmal eintragungsfähig; s dazu die grundsätzlich taxative (OGH 6 Ob 307/05y, wbl 2006, 384; *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB § 7 Rz 9 aE mwN) Aufzählung des § 3 Abs 1 FBG (insb Z 8 *leg cit*). Die Satzung, aus der sich Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis ergeben könnten, ist zwar im Firmenbuch ersichtlich, ein „Studieren" der Satzung durch den Dritten wird in der Praxis jedoch nur selten stattfinden (*arg* Schnelllebigkeit des unternehmerischen Rechtsverkehrs).

[677] Dass dieser bei unwissentlichem Überschreiten seiner Kompetenzen (grob) fahrlässig handelt, ist klar (vgl § 2 ABGB). Doch kommt es darauf gerade nicht an, was schon an anderer Stelle gezeigt wurde (s dazu II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]). Relevant ist das Verschulden freilich für den Schadenersatzanspruch; dazu jedoch später mehr (II.F.1 [150]).

Überlegt man, dem Einwand der Informationsnähe durch ein Herabsenken der Anforderungen an den selbstkontrahierenden Geschäftsführer-Vertragspartner auf Fahrlässigkeitsniveau gerecht zu werden, würde dies das Abstraktionsprinzip konterkarieren. Die Errungenschaft der Verselbstständigung der Vertretungsmacht gegenüber der Geschäftsführungsbefugnis ginge verloren; dem Insider-Vertragspartner würden Nachforschungspflichten auferlegt werden, was der Gesetzgeber für Dritte explizit ausgeschlossen hat. Da auch der Geschäftsführer in seiner Rolle als Vertragspartner wie ein Dritter zu behandeln ist (s dazu schon II.E.8.c.iii.2 [111]), dürfen auch ihn keine Nachforschungspflichten treffen. Die Modifikation der Voraussetzungen im Sinne eines Herabsenkens der Anforderungen auf Fahrlässigkeitsniveau ist demnach systemwidrig und ebenso abzulehnen.

Letztere Überlegung leitet aber immerhin zum richtigen Ansatz über: So muss der Geschäftsführer zwar *in seiner Rolle als Vertragspartner der Gesellschaft* keinen Nachforschungspflichten nachkommen. Sehr wohl treffen ihn jedoch – und dies soll an dieser Stelle bewusst wiederholt werden – *in seiner Rolle als Vertreter der Gesellschaft* gewisse Erkundigungspflichten, ist doch jeder Geschäftsführer zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verpflichtet (§ 25 Abs 1 GmbHG), deren Einhaltung es voraussetzt, dass er sich über seine Befugnisse entsprechend informiert. Die Besonderheit des Geschäftsführers ist es also, dass er aufgrund der Erkundigungspflichten *in seiner Funktion als Vertreter der Gesellschaft* regelmäßig Kenntnis von seinen Befugnissen und im Fall der objektiv pflichtwidrigen Vertretungshandlung somit Kenntnis von deren Überschreitung hat, was er *in seiner Funktion als Vertragspartner der Gesellschaft* freilich nicht ausblenden kann. Denn bei der Zurechnung von Wissen wird bei natürlichen Personen (wie auch bei Machthabern; s dazu unten II.E.8.d.iii.2.b.ii [138]) nicht danach differenziert, in welcher Funktion sie dieses erworben haben.[678] Da der pflichtwidrig selbstkontrahierende Geschäftsführer daher regelmäßig Kenntnis von seiner Kompetenzüberschreitung haben wird, ist zu überlegen, die Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht insofern zu modifizieren, als im Fall des unzulässigen Selbstkontrahierens die Kenntnis des Geschäftsführers von seiner Kompetenzüberschreitung zu vermuten ist.

[678] *U. Torggler* in *Straube*, Fachwörterbuch 357.

Die einzige im Schrifttum gefundene vergleichbare Ansicht stammt von *Altmeppen*[679]. Dieser nimmt freilich nicht auf Fälle des Selbstkontrahierens Bezug; hierfür fehlt dem Geschäftsführer nach der deutschen Regelung des § 181 BGB nämlich schon generell die Vertretungsmacht,[680] sodass es erst gar nicht zu einem Fehlgebrauch dergleichen kommen kann. *Altmeppen* bezieht sich vielmehr generell auf Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Organmitgliedern und stellt dabei die Vermutung auf, dass in diesen Fällen die Evidenz der Pflichtwidrigkeit in aller Regel zu vermuten sei, sodass sich Gesellschafter oder andere Organmitglieder „kaum auf § 37 II [§ 20 Abs 2] berufen" können.[681] Blendet man nun aus, dass *Altmeppen* schon aufgrund der Regelung des § 181 BGB Insichgeschäfte davon nicht erfasst wissen wollte, unterscheidet sich seine Ansicht von der hier vertretenen auch im Gegenstand der Vermutung. Denn *Altmeppen* vermutet bei Geschäften mit „Insidern" die *Evidenz* der Pflichtwidrigkeit ihrer Handlung, nicht die *Kenntnis* selbst. Begründung hierfür findet sich keine. Vielleicht lässt sich die Bezugnahme auf die Evidenz aber damit erklären, dass *Altmeppen* (wie auch die hM in Österreich und Deutschland)[682] schon hinsichtlich der Voraussetzungen seitens des Dritten die objektive Evidenz der Kompetenzüberschreitung genügen lässt. Die (schwer zu beweisende) Voraussetzung der Kenntnis rückt damit mehr und mehr in den Hintergrund, weshalb sich vielleicht schlichtweg deshalb auch die Vermutung auf das insofern „wichtigere" Erfordernis der Evidenz bezieht.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es jedoch immer noch die *Kenntnis* des Dritten, die es – unter Zuhilfenahme des Evidenzkriteriums – zu beweisen gilt und auf die sich im Fall eines „Insider-Vertragspartners" die Vermutung bezieht.

Doch welche Rechtsfolgen lassen sich nun an eine solche Vermutung knüpfen? Im Gegensatz zur „gesetzlichen Vermutung", die ihre Grundlage im Gesetz findet (s zB §§ 1029 f, 1297, 1429 ABGB), führt eine „einfache Vermutung" jedenfalls zu keiner Beweislastumkehr.[683] Die Gesellschaft ist also nach wie vor beweispflichtig.[684] Sie wird aber insofern begünstigt, als sie nur zu beweisen hat, dass ihr Vertragspartner gleichzeitig

[679] *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 48.
[680] S dazu schon FN 104.
[681] *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 37 Rz 48.
[682] S dazu schon die Nw in FN 648.
[683] *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 778; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 270 ZPO Rz 8; *Holzhammer* in FS Kralik 208 ff; s zur dRechtslage („tatsächliche Vermutung") *Völlmeke*, Überlegungen zur tatsächlichen Vermutung und zum Anscheinsbeweis im finanzgerichtlichen Verfahren, DStR 1996, 1070, 1071.
[684] *Frotz*, Verkehrsschutz 623; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 50 Rz 7; *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB § 151 Rz 20.

ihr Geschäftsführer ist, und sich anschließend auf den in der Vermutung steckenden Erfahrungssatz („Ein Geschäftsführer, der unzulässigerweise mit sich selbst kontrahiert, hat Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit seines Handelns.“) berufen kann. Der Geschäftsführer müsste zur Entkräftung der Vermutung Tatsachen vorbringen, die den Richter an der Anwendbarkeit des Erfahrungssatzes in diesem konkreten Fall zweifeln lassen.[685] Gelingt ihm dies, trifft die Gesellschaft die volle Beweislast.[686] Scheitert diese in weiterer Folge am Beweis der Kenntnis, ist das Insichgeschäft wirksam, wenngleich im Innenverhältnis pflichtwidrig. Damit sich der Geschäftsführer auf das Geschäft berufen kann, muss er beweisen, dass seine Unkenntnis unverschuldet war, widrigenfalls er das Erlangte aufgrund des im Schadenersatzrecht vorherrschenden Primats der Naturalrestitution sofort wieder herausgeben müsste (ausf dazu unten II.F.1.g [164]).[687]

Bei aufrechtem Verbot des Selbstkontrahierens wird es dem Geschäftsführer wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Manifestierung in § 25 Abs 4 GmbHG aber freilich nur schwer möglich sein, die Vermutung zu entkräften. Denkbar sind jedoch Fälle, in denen dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren zwar gesellschaftsvertraglich erlaubt wurde, er jedoch etwaige daran geknüpfte Bedingungen außer Acht lässt oder er seine zwar grundsätzlich auch idZ bestehende Geschäftsführungsbefugnis dadurch überschreitet, dass er einen Widerspruch eines Mitgeschäftsführers nicht beachtet. Reicht das Vorbringen des Geschäftsführers jedoch nicht dazu aus, beim Richter Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des Erfahrungssatzes hervorzurufen, gilt die vermutete Tatsache (die Kenntnis des „Insider-Vertragspartners“) als bewiesen.[688]

Was sich an dieser Stelle aufdrängt, ist die Frage nach dem Verhältnis zum Indizienbeweis (s dazu schon oben II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]). Denn auch dieser vermag der beweisbelasteten Gesellschaft den Beweis der Kenntnis des Dritten zu erleichtern, indem er es dem Richter erlaubt, von bewiesenen tatbestandsfremden Tatsachen auf (direkt nicht zu beweisende) tatbestandsrelevante Tatsachen zu schließen.[689] Dies geschieht unter Heranziehung von Erfahrungssätzen,[690] wie etwa auch jenem, der besagt, dass ein Geschäftsführer, der unzulässigerweise mit sich selbst kontrahiert, Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit seines Handelns hat. Die „einfache Vermutung“, genauer gesagt, der in

[685] *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 778; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 270 ZPO Rz 8.
[686] *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 778.
[687] Vgl *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 20 Rz 40.
[688] *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 270 ZPO Rz 8.
[689] *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 769; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 55.
[690] *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 768.

ihr zum Ausdruck kommende Erfahrungssatz, kann also Grundlage eines Indizienbeweises sein und die Beweisführung insofern nochmals erleichtern.

Gleichzeitig wird mit dieser Erkenntnis aber auch der begrenzte Nutzen der „einfachen Vermutung“ aufgezeigt, ist doch die Möglichkeit der Gesellschaft, sich beim Nachweis des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht eines Indizienbeweises zu bedienen, nichts Neues (s dazu schon oben II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]). Sie besteht vielmehr auch dann, wenn es sich bei dem Dritten um einen externen Vertragspartner handelt, und ist somit kein Spezifikum des Selbstkontrahierens. Die in dieser Arbeit für den Fall des Selbstkontrahierens (zur Doppelvertretung s sogleich II.E.8.d.iii.2.b [137]) aufgestellte Vermutung, erleichtert den Indizienbeweis jedoch insofern, als schon allein aus der leicht zu beweisenden Tatsache, dass der Vertragspartner zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Geschäftsführer der Gesellschaft war, auf die schwer zu beweisende Tatsache seiner Kenntnis geschlossen werden kann. Der Nutzen ist demnach zwar begrenzt, besteht aber immerhin.

Doch selbst wenn man der hier vertretenen Ansicht nicht folgen möchte und eine Modifizierung der Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht ablehnt, wird der Gesellschaft im Fall des unzulässigen Selbstkontrahierens der Beweis der Kenntnis ihres Vertragspartners regelmäßig gelingen. Der aufgrund der schweren Beweisbarkeit von inneren Tatsachen zulässige Indizienbeweis leistet nämlich auch ohne Vermutungsgrundlage gute Dienste (s dazu schon oben II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]). Zwar wird ohne des „standardisierten“ Erfahrungssatzes allein der Beweis, dass der Vertragspartner zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses auch Geschäftsführer der Gesellschaft war, noch nicht zur Überzeugung des Richters von der Kenntnis des „Insider-Vertragspartners“ führen – vielmehr müssen noch weitere tatbestandsfremde Tatsachen bewiesen werden, aus denen auf die tatbestandsrelevante Tatsache der Kenntnis geschlossen werden kann, so bspw bestimmte Aussagen des Geschäftsführers, Vorkommnisse aus der Vergangenheit oder bereits erfolgte Belehrungen durch Kollegen, den Aufsichtsrat oder die Gesellschafter. Da in Konstellationen des unzulässigen Selbstkontrahierens jedoch die Offensichtlichkeit der Pflichtverletzung, die wie schon erwähnt mE das wichtigste Indiz in Beweisprozessen darstellt, leicht zu beweisen ist, wird der Richter auch ohne Vermutungsgrundlage regelmäßig von der Kenntnis des „Insider-Vertragspartners“ überzeugt sein – nicht aufgrund des „standardisierten“ Erfahrungssatzes, sondern aufgrund

seiner eigenen Erfahrungssätze. *Ergo* führen auch die allgemeinen (nicht modifizierten) Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht[691] zu akzeptablen Ergebnissen.

b. Doppelvertretung[692]

i. Allgemeines und Notwendigkeit einer Differenzierung

Will man etwaige Besonderheiten des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht im Fall der Doppelvertretung des Geschäftsführers ausfindig machen, empfiehlt es sich auch hier wieder zunächst den entscheidenden Unterschied zwischen einem unvertretenen (oder durch eine externe Person vertretenen) Dritten und einem Dritten, der durch den (gleichzeitig die Gesellschaft vertretenden) Geschäftsführer vertreten wird, zu suchen. Gefunden werden könnte dieser in dem Umstand, dass sich Zweiterer den Wissensstand seines (Doppel-)Vertreters zurechnen lassen muss,[693] mit der Folge, dass sich auch der Dritte in einem derartigen Fall wie ein „Insider-Vertragspartner" den Einwand der Informationsnähe (mit seiner Konsequenz der Kenntnisvermutung) gefallen lassen müsste.

Gegen eine Zurechnung dürften sich zwar jene älteren Ansichten aussprechen, die die Doppelvertretung anders behandelt wissen wollten als das Selbstkontrahieren,[694] schließt die Zurechnung des Wissensstands doch eine Differenzierung hinsichtlich der Frage der (Un-)Wirksamkeit gleichsam aus. Abgesehen davon, dass diese Meinung bereits als überholt gilt,[695] sprechen auch schon generelle Überlegungen zum Stellvertretungsrecht eindeutig *für* eine Zurechnung (s dazu sogleich II.E.8.d.iii.2.b.ii [138] sowie II.E.8.d.iii.2.b.iii [139]).

Vorweg zu erwähnen ist, dass im Fall der Doppelvertretung sowohl natürliche Personen als auch Verbände[696] Vertragspartner der Gesellschaft sein können. Der Geschäftsführer in seiner Rolle als deren Vertreter hat demnach organschaftliche, rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertretungsmacht. Da die Grundsätze der

[691] So etwa *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34 mwN aus der älteren Rsp; *ders*, ecolex 2009, 921; *ders/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 49 Rz 54.

[692] Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die Frage, ob und wann der Doppelvertreter seine Vertretungsmacht gegenüber der Gesellschaft überschreitet. Freilich kann das Geschäft auch dann schwebend unwirksam sein, wenn er seine Vertretungsmacht gegenüber dem Dritten überschreitet; dies ist jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit (s dazu oben I.B [2]).

[693] S *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 294; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273 f; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 34.

[694] Vgl dazu *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 294.

[695] S dazu schon oben I.D.3.f (17).

[696] Verband ist jede rechtsfähige Gesellschaft. Zur Definition s *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 59.

Wissenszurechnung handelnder[697] Personen zwischen dem Wissen von „Machthabern“ (§ 337 ABGB; hierunter fallen insb organschaftliche Vertreter) und jenem sonstiger Gehilfen (hierunter fallen ua rechtsgeschäftliche und gesetzliche Vertreter) differenzieren, empfiehlt es sich, auch für die folgende Darstellung diese Unterscheidung zu treffen.

ii. Vertretung des Vertragspartners als Machthaber

Ist A‘ Geschäftsführer der Gesellschaft A und gleichzeitig Machthaber (B‘) ihres Vertragspartners B (so insb wenn es sich bei B um einen Verband handelt und B‘ dessen organschaftlicher Vertreter ist)[698], ist das Wissen von B‘ (welches aufgrund der Personenidentität [B‘ = A‘] mit jenem von A‘ ident ist) automatisch B zuzurechnen. Die Zurechnung des Wissens von Machthabern an den Vertretenen entspricht der ganz hM.[699] Zwar fehlt eine dem deutschen § 166 BGB[700] entsprechende Regelung in der österreichischen Rechtsordnung. Doch ist auch hierzulande die Überlegung maßgebend, dass sich derjenige, der Stellvertreter zu seinem Nutzen einsetzt, nicht den damit einhergehenden Nachteilen verwehren kann.[701] Da es im Rahmen der Wissenszurechnung nicht darauf ankommt, ob der organschaftliche Vertreter sein Wissen im Zuge seiner Tätigkeit für B oder privat erworben hat,[702] ist B auch jenes Wissen zuzurechnen, das sein organschaftlicher Vertreter im Zuge seiner Tätigkeit für A erworben hat.[703] Ist dem Geschäftsführer von A, der gleichzeitig organschaftlicher Vertreter von B ist, bewusst, dass er im Rahmen dieser Doppelvertretung seine Befugnisse gegenüber A überschreitet, ist dies auch B zuzurechnen. Hinsichtlich des Wissensstands unterscheidet sich der Fall des Selbstkontrahierens vom Fall der Doppelvertretung daher nur durch den Zwischenschritt der Wissenszurechnung, der im Fall der Vertretung des Vertragspartners (B) durch einen Machthaber (B‘) unproblematisch ist.

---

[697] Zur handlungsunabhängigen Wissenszurechnung s *Iro*, ÖBA 2001, 11 ff.
[698] Zur Definition des „Machthabers“ iSd § 337 ABGB s *Iro*, ÖBA 2001, 9.
[699] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 24; *Iro*, ÖBA 2001, 4 f; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 2/423; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 3/195; *Wünsch*, GmbHG § 19 Rz 10.
[700] Gem § 166 Abs 1 kommt für die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände „nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht“.
[701] Vgl *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 19 Rz 9.
[702] HM; s OGH 5 Ob 2393/96i, wbl 1997, 171; OGH 5 Ob 2397/96b, RdW 1997, 275; *U. Torggler*, Lehrbuch, Rz 533 aE; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 24; *Iro*, ÖBA 2001, 10; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 2/423. Der Grund dafür liegt in der gewünschten Gleichstellung moralischer und natürlicher Personen. Da bei Letzteren das gesamte Wissen unabhängig seines privaten oder dienstlichen Ursprungs heranzuziehen ist, soll dies auch bei moralischen Personen gelten. Da diese selbst keine Kenntnis haben, kann die Gleichstellung nur durch Zurechnung des Wissens des Machthabers erreicht werden. S dazu *Iro*, ÖBA 2001, 10.
[703] Zur im hier interessierenden Fall der Doppelvertretung irrelevanten str Frage, ob der organschaftliche Vertreter selbst an dem Rechtsgeschäft mitwirken muss, s *Seikel*, Vertretungsmacht 53 f; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 3/195; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 384 in FN 129; *Wünsch*, GmbHG § 19 Rz 10.

iii. Vertretung des Vertragspartners als sonstiger Gehilfe

Ist der Geschäftsführer von A gleichzeitig rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Stellvertreter des Vertragspartners B (Letzterer kann hier also auch eine natürliche Person sein)[704] und fällt damit in die Gruppe der sonstigen Gehilfen[705], ist die Zurechnung seines Wissensstands nicht so eindeutig. Zugerechnet wird nach herrschender Ansicht nämlich nur dienstlich erworbenes Wissen, also Wissen, das der Vertreter im Zuge der ihm vom Geschäftsherrn aufgetragenen Tätigkeit erworben hat.[706] Außerdienstlich oder privat erworbenes Wissen hat außer Betracht zu bleiben. Damit soll verhindert werden, dass Wissen „völlig unkontrollierbar und zufällig" zugerechnet wird und bei einer großen Anzahl von Gehilfen zu einer „überschießenden Belastung" des Geschäftsherrn führt.[707]

Dem streng folgend würde eine Wissenszurechnung in den hier interessierenden Fällen der Doppelvertretung scheitern, hat der Doppelvertreter das entscheidende Wissen (die Kenntnis seiner Kompetenzüberschreitung) doch gerade nicht im Zuge der ihm *von B* aufgetragenen Tätigkeit erworben, sondern vielmehr im Zuge der ihm *von A* aufgetragenen Tätigkeit, weshalb es im Verhältnis zu B streng genommen als außerdienstlich erworbenes Wissen zu qualifizieren ist.

Damit ist jedoch noch nicht aller Tage Abend. Zur Vermeidung solch unsachlicher Differenzierungen und der damit verbundenen Benachteiligungen des Verkehrs gibt es nämlich eine – aufgrund der hM (dazu II.E.8.a [76]) freilich nicht für Insichgeschäfte im Speziellen, sondern vielmehr generell entwickelte – Lösung, die auf *Iro*[708] zurückgeht. Dieser will ausnahmsweise dann das private Wissen des Gehilfen zurechnen, wenn sonst überhaupt kein privates Wissen berücksichtigt werden würde, so etwa in Fällen, in denen der Geschäftsherr selbst gar nicht an der Handlung beteiligt ist, der Vertreter vielmehr eigenständig an Stelle des Geschäftsherrn tätig wird. Als Beispiel nennt *Iro*

[704] Möglich ist aber auch, dass der Geschäftsführer von A gleichzeitig Prokurist der Gesellschaft B ist, sodass im Ergebnis wieder zwei Verbände miteinander kontrahieren. Im Unterschied zu II.E.8.d.iii.2.b.ii (138) wird der Verband B hier jedoch durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter vertreten.
[705] Sonstige Gehilfen müssen jedoch nicht unbedingt mit Vertretungsmacht ausgestattet sein. S dazu *Iro*, ÖBA 2001, 10: „Es genügt vielmehr jede Tätigkeit, mit der die Erlangung von Kenntnis verbunden ist, unabhängig davon, ob der Gehilfe Vertretungsmacht oder etwa eine vertretergleiche Selbständigkeit hat.".
[706] OGH 7 Ob 39/63, SZ 36/25; *Iro*, ÖBA 2001, 3, 7 ff; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1017 Rz 14; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 3.
[707] *Iro*, ÖBA 2001, 11.
[708] *Iro*, ÖBA 2001, 11.

Geschäftsabschlüsse (!), aber auch die Führung von Vertragsverhandlungen durch den „Gehilfen“.[709]

Für den hier interessierenden Fall der Doppelvertretung bedeutet dies Folgendes: Beauftragt B den Geschäftsführer von A als seinen rechtsgeschäftlichen Vertreter mit dem Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäfts, wird ihm das Wissen des Doppelvertreters auch dann zugerechnet, wenn es dieser im Zuge der ihm *von A* aufgetragenen Tätigkeit erworben hat. Dies ist insofern stimmig, als auch bei der Wissenszurechnung von Machthabern deren privat erworbene Kenntnisse berücksichtigt werden (s dazu soeben II.E.8.d.iii.2.b.ii [138]), sind sie doch auch in diesen Fällen das einzige private Wissen, das den von ihnen vertretenen Verbänden zu Teil werden kann. Nähert sich die Stellung eines sonstigen Gehilfen daher einer solchen eines Machthabers (so etwa wenn er alleine mit dem Abschluss eines Geschäfts betraut ist und seinem Geschäftsherrn regelmäßig der Einblick in seine Tätigkeit fehlt), ist auch sein privat erworbenes Wissen zuzurechnen, worunter auch das im Zuge der Tätigkeit für einen anderen Vertretenen erworbene Wissen fällt.

iv. Entbehrlichkeit einer Differenzierung

Nach dem soeben Gesagten ist unabhängig davon, ob der Vertreter von B als Machthaber oder als sonstiger Gehilfe tätig wird, sein Wissen dem Geschäftsherrn, also dem Vertragspartner der Gesellschaft, zuzurechnen. Da der Vertreter von B gleichzeitig Vertreter von A ist, wird sein Wissensstand somit regelmäßig die Kenntnis seiner Kompetenzüberschreitung gegenüber A beinhalten. B, der in diesen Fällen die Rolle des Dritten einnimmt, wird daher in aller Regel Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit der Vertreterhandlung des A’ haben. Es darf daher auf die schon unter II.E.8.d.iii (131) dargestellten und hier ebenfalls Anwendung findenden Modifikationen der Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht verwiesen werden.

Doch nicht nur das Wissen von A‘ bzw B‘ kann die Wirksamkeit des im Wege der Doppelvertretung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gefährden. Da es bei der Wissenszurechnung von Machthabern (insb organschaftlichen Vertretern) nach hM nicht darauf ankommt, ob diese an der betreffenden Angelegenheit unmittelbar beteiligt

[709] *Iro*, ÖBA 2001, 11.

waren,[710] kann auch die Kenntnis von C‘, also jene eines weiteren organschaftlichen Vertreters von B, der am Geschäftsabschluss gar nicht mitgewirkt hat, ausschlaggebend sein. So würde es für einen Fehlgebrauch der Vertretungsmacht genügen, wenn C‘ bei seiner wöchentlichen Stammtischrunde im Wirtshaus erfährt, dass A‘ bei dem geplanten Rechtsgeschäft mit B seine Befugnisse überschreitet. Die Kenntnis des Machthabers C’ wird B zugerechnet und schließt demnach dessen Schutzwürdigkeit aus. Dass dieses Wissen privat und nicht im Zuge seiner Tätigkeit für B erworben wurde, ist unbeachtlich (s dazu schon II.E.8.d.iii.2.b.ii [138]).

Zu beachten ist weiters, dass die Wissenszurechnung nicht die einzige Möglichkeit ist, das im Wege der Doppelvertretung abgeschlossene Rechtsgeschäft aufgrund eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht für schwebend unwirksam zu erklären. So kann es nämlich auch schon an der Kenntnis des Vertragspartners selbst scheitern. Hat B selbst Kenntnis von der Kompetenzüberschreitung durch den Geschäftsführer von A erübrigt sich eine Wissenszurechnung, würde sie doch kein neues Ergebnis bringen. Mangels „eigenständigen“ Wissens einer moralischen Person kommt dies freilich nur bei natürlichen Personen als Geschäftsherren in Frage. Diese dürfen nämlich trotz der Tatsache, dass ihnen das Wissen ihres Vertreters unter bestimmten Voraussetzungen zugerechnet wird, ihre eigenen Kenntnisse nicht ausblenden.[711]

iv. Ergebnis

Die vorstehende Untersuchung zeigt, dass es die allgemeinen Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht sind, die unzulässige Insichgeschäfte in ihre Schranken weisen. Ihre Anwendung führt zu sachgerechteren Ergebnissen, als es der generelle Ausschluss des Geschäftsführers vom Anwendungsbereich des § 20 Abs 2 GmbHG vermag (s dazu oben II.E.8.c.iii.2 [111]). Denn statt der pauschalen Ausnahme von der Bestimmung, die dazu führen würde, dass die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung des § 25 Abs 4 GmbHG jedenfalls auf das Außenverhältnis durchschlägt, wird nach allgemeinen Regeln darauf abgestellt, ob der Dritte – im Fall des Selbstkontrahierens der Geschäftsführer selbst („Insider-Vertragspartner“), im Fall des

[710] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 24; *Wünsch*, GmbHG § 19 Rz 10; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/195; *Iro*, ÖBA 2001, 3 ff; so auch OGH 6 Ob 19/90, GesRZ 1991, 50; OGH 6 Ob 15/90, NZ 1992, 73. *U. Torggler* differenziert insofern, als er das Wissen unbeteiligter Machthaber nur dann zurechnen will, wenn es den handelnden oder zuständigen Machthabern bei ordnungsgemäßer Organisation zur Verfügung gestanden hätte. S dazu *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 19 Rz 9.
[711] *Iro*, ÖBA 2001, 11.

Doppelvertretens ein (ebenfalls) vom Geschäftsführer vertretener Dritter – Kenntnis von der objektiven Pflichtwidrigkeit hatte und somit (tatsächlich) nicht mehr schutzwürdig ist.

Dass beim Abschluss eines Insichgeschäfts die Fälle, in denen dem Vertragspartner die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsabschlusses nicht bewusst war, freilich die absolute Minderheit darstellen, wurde schon erwähnt (s dazu oben II.E.8.d [115]). Dennoch dürfen sie nicht völlig „unter den Tisch gekehrt werden", was mit Anwendung der allgemeinen Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht und der damit geforderten Voraussetzung eines subjektiven Elements auf Seiten des Dritten, vermieden wird. Weil jedoch die meisten Fälle in der Praxis aufgrund der Informationsnähe des Geschäftsführers anders gelagert sind – die Besonderheit des Geschäftsführers liegt wie gezeigt darin, dass er aufgrund der Erkundigungspflichten *in seiner Funktion als Vertreter der Gesellschaft* regelmäßig Kenntnis von seinen Befugnissen und im Fall eines pflichtwidrigen Geschäftsabschlusses somit regelmäßig Kenntnis von deren Überschreitung hat, was er *in seiner Funktion als Vertragspartner der Gesellschaft* freilich nicht ausblenden kann –, stellt diese Arbeit hinsichtlich der Kenntnis des „Insider-Vertragspartners" eine „einfache Vermutung" auf. Diese führt zwar im Gegensatz zur „gesetzlichen Vermutung" keineswegs zu einer Beweislastumkehr; sie erleichtert der Gesellschaft jedoch insofern den Beweis, als diese den Richter allein von der Tatsache zu überzeugen hat, dass es sich bei ihrem Vertragspartner gleichzeitig um ihren Geschäftsführer handelt, der das Geschäft im Wege des Selbstkontrahierens geschlossen hat. Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Kenntnis ist der in der Vermutung steckende Erfahrungssatz („Ein Geschäftsführer, der unzulässigerweise mit sich selbst kontrahiert, hat Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit seines Handelns.") ins Treffen zu führen. Gelingt es dem Geschäftsführer nicht, die Vermutung zu entkräften und beim Richter Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des Erfahrungssatzes hervorzurufen, ist die Kenntnis bewiesen und das Geschäft (schwebend) unwirksam. Diese auf den „Insider-Vertragspartner" und damit auf Fälle des Selbstkontrahierens zugeschnittene Vermutung lässt sich wie gezeigt auch auf einen „externen" Vertragspartner übertragen, der (ebenfalls) vom Geschäftsführer vertreten wird (Doppelvertretung). Denn unabhängig davon, ob der Geschäftsführer gleichzeitig eine andere Gesellschaft vertritt und er insofern als Machthaber zu qualifizieren ist, oder er eine natürliche Person vertritt und daher als sonstiger Gehilfe auftritt, wird sein Wissen dem Geschäftsherrn (dem „externen" Dritten) zugerechnet.

Durch die hier vertretene Annahme einer Kenntnisvermutung und der Anwendung der allgemeinen – wenn auch insofern leicht modifizierten – Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht kann dem aufgrund der Informationsnähe regelmäßig gegebenen geringeren Verkehrsschutzbedürfnis Rechnung getragen werden, ohne neue Ausnahmen von dem zu Recht groß geschriebenen Grundsatz der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht zu schaffen.

e. Zusammenfassung und Thesen

- Die herrschende Ansicht, wonach Insichgeschäfte, die ohne Zustimmung der Gesellschaft abgeschlossen wurden, „nach den allgemeinen Grundsätzen" unwirksam sind, ist abzulehnen.

- Der erste von der herrschenden Ansicht für die Rechtsfolge der Unwirksamkeit ins Treffen geführte Begründungsansatz, der sich auf eine Analogie zu §§ 271 f ABGB stützt, scheitert schon am Vorliegen einer Lücke. Denn das Vorliegen einer *planwidrigen* Unvollständigkeit des Gesetzes ist aufgrund der eindeutigen Historie der Norm klar zu verneinen. Der Transfer der Bestimmung von der Vertretungsnorm des § 19 Abs 2 GmbHG in die Haftungsnorm des § 25 Abs 4 *leg cit*, die Streichung der Ausnahme in § 20 Abs 2 *leg cit* und die Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage sprechen vielmehr eindeutig dafür, dass der Gesetzgeber nur die Geschäftsführungsbefugnis beschränken wollte; die Vertretungsmacht sollte demgegenüber den allgemeinen organschaftlichen Vertretungsregeln folgen, sodass nicht nur die Planwidrigkeit, sondern auch die Unvollständigkeit des Gesetzes selbst zu verneinen ist.

- Dogmatisch ebenfalls nicht haltbar ist die Lückenschließung per analoger Anwendung der §§ 271 f ABGB. Es fehlt an der Gleichheit des Schutzbedürfnisses. Denn während bei den von §§ 271 f *leg cit* erfassten Personengruppen nach der gesetzgeberischen Konzeption der gesetzlichen Vertretung ihr eigener Schutz im Vordergrund steht (§ 21 Abs 1 ABGB), ist es im Verbandsrecht der Verkehr, den es bei Vertretungshandlungen besonders zu schützen gilt.

- Der zweite Begründungsansatz, wonach Insichgeschäfte im Zweifel nicht vom mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn umfasst seien, ist für zivilrechtliche

Innenvollmachten konzipiert und kann aufgrund des im Bereich der organschaftlichen Vertretung vorherrschenden Abstraktionsprinzips nicht auf Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers übertragen werden.

- Mangels spezieller Vertretungsregelung im GmbHG und mangels Anwendbarkeit der im Zivilrecht entwickelten Grundsätze ist für die Frage der Wirksamkeit eines unzulässig abgeschlossenen Insichgeschäfts von den allgemeinen organschaftlichen Vertretungsregeln auszugehen.

- Weil der Geschäftsführer als Vertragspartner der Gesellschaft nicht *per se* weniger schutzbedürftig ist als die übrigen Verkehrsteilnehmer, darf er – zur Vermeidung einer unsachlichen Pauschalierung – nicht generell vom Begriff des „Dritten" iSd § 20 Abs 2 GmbHG ausgeschlossen werden.

- § 20 Abs 2 GmbHG findet demnach auch auf Fälle des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung Anwendung (in zweiterer Variante wird sogar ein „externer" Dritter Vertragspartner, dessen Subsumierung jedenfalls unproblematisch ist), sodass Insichgeschäfte, die gegen die Geschäftsführungsregelung des § 25 Abs 4 GmbHG verstoßen, im Außenverhältnis – Vertretung in vertretungsbefugter Zusammensetzung vorausgesetzt – dennoch wirksam sein können.

- Eine Schranke zieht hier jedoch das Rechtsinstitut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht. Danach sind Rechtsgeschäfte immer dann (schwebend) unwirksam, wenn der Geschäftsführer seine Befugnisse objektiv pflichtwidrig überschreitet und der Dritte davon Kenntnis hatte. Letzterer wird von der hM die Evidenz gleichgehalten. Als gesonderte Tatbestandsvoraussetzung ist dieses Kriterium mE jedoch verzichtbar. Im Rahmen eines Indizienbeweises (innere Tatsachen können nur schwer anders bewiesen werden) wird es ohnehin eine große Rolle spielen, ist die Evidenz doch das wichtigste Indiz für die Kenntnis des Vertragspartners.

- Im Fall des Selbstkontrahierens ist die Kenntnis des „Insider-Vertragspartners" wegen seiner Informationsnähe zu vermuten.

- Auch in Fällen der Doppelvertretung kann sich die Gesellschaft zum Beweis der Kenntnis ihres (hier „externen“) Vertragspartners auf die Vermutung stützen. Denn unabhängig davon, ob der Geschäftsführer gleichzeitig eine andere Gesellschaft vertritt und er insofern als Machthaber zu qualifizieren ist, oder er für eine natürliche Person handelt und daher als sonstiger Gehilfe zu beurteilen ist, wird sein Wissen dem Geschäftsherrn (dem „externen“ Dritten) zugerechnet.

- Der Abschluss eines Insichgeschäfts ohne Zustimmung ist demnach nicht *per se* unwirksam. Aufgrund der Kenntnisvermutung werden Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis jedoch regelmäßig auf das Außenverhältnis durchschlagen.

9. Genehmigung schwebend unwirksamer Insichgeschäfte

a. Allgemeines

Ist das Insichgeschäft schwebend unwirksam – so etwa, weil ein gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer bloß allein tätig wird, oder er das Rechtsgeschäft zwar in vertretungsberechtigter Zusammensetzung abschließt, im Innenverhältnis jedoch keine Zustimmung vorliegt und dieser Umstand nach den Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht auch das Außenverhältnis infiziert – stellt sich die Frage, wann diesem dennoch Wirksamkeit zu Teil werden kann. IdZ mE einschlägig ist die allgemeine Bestimmung des § 1016 ABGB, wonach der „Gewaltgeber“ bei Überschreiten der Vollmachtsgrenzen nur insofern verbunden ist, „als er das Geschäft genehmigt, oder den aus dem Geschäfte entstandenen Vorteil sich zuwendet“. Unterbleibt eine solche Genehmigung, ist das Rechtsgeschäft endgültig unwirksam. Die bereits erfolgten Leistungen sind bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln.[712]

b. Zuständigkeit

Zuständig für die Genehmigung ist gem § 1016 ABGB der „Gewaltgeber“, hier also die GmbH. Vertreten wird diese dabei von Geschäftsführern in vertretungsbefugter Zusammensetzung, wobei der selbstkontrahierende oder doppelvertretende Geschäftsführer von der Mitwirkung am Vertretungsakt selbstverständlich ausgeschlossen

[712] Allgemein dazu s *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1016 Rz 3.

ist.[713] § 25 Abs 4 GmbHG, wonach die Zustimmung „sämtlicher übriger Geschäftsführer" erwirkt werden muss, ist hier mE nicht einschlägig,[714] und zwar auch nicht in Bezug auf die Geschäftsführungsbefugnis bei Erteilung der Genehmigung. Denn die Situation gleicht weniger jener, in der sich der Geschäftsführer im Vorfeld des Abschlusses um eine Zustimmung bemüht, als vielmehr einer solchen, in der „von Haus aus" andere Geschäftsführer das Geschäft mit dem Vertragspartner-Geschäftsführer abschließen, wozu auch Vertreter in geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Zusammensetzung befugt sind (s dazu oben II.B [21]). Dies entspricht auch der Rsp des BGH, der davon ausgeht, dass einem Geschäftsführer immer dann die Kompetenz zur Genehmigung eines schwebend unwirksamen Insichgeschäfts zu Teil wird, wenn er das zu genehmigende Rechtsgeschäft auch selbst hätte vornehmen können.[715] Aufgrund der Abschlusskompetenz des Aufsichtsrats (§ 30l Abs 1 GmbHG) kann daher auch dieser Insichgeschäfte genehmigen.[716] Zu beachten ist auch hier, dass der Aufsichtsrat im Gegensatz zu den Gesellschaftern und den Geschäftsführern seine Genehmigung nur ausdrücklich, nicht konkludent erteilen kann (s dazu schon oben II.E.3.a [40]).

Führt man diese Überlegung nun konsequent weiter, bedeutet dies, dass auch ein alleinvertretungsberechtigter Prokurist ein schwebend unwirksames Insichgeschäft genehmigen kann. Der OGH hat dies zwar in einer Entscheidung ausdrücklich verneint; sieht man sich seine Begründung jedoch näher an, stimmt sie mit der hier vertretenen Auffassung überein: Das Höchstgericht bezog seine verneinende Antwort nämlich ausdrücklich auf den ihm vorliegenden Fall, in dem der Einzelprokurist vom alleinigen Geschäftsführer der GmbH bestellt wurde, und begründete seine Ansicht damit, dass das Insichgeschäft nicht einmal in dem Fall, dass der Einzelprokurist die Gesellschaft selbst vertreten hätte (!), wirksam zustande gekommen wäre.[717] Offen blieb dabei jedoch die Frage, ob sich an der Beurteilung etwas geändert hätte, wenn der Prokurist nicht vom selbstkontrahierenden oder doppelvertretenden Alleingeschäftsführer bestellt worden wäre, sondern im Fall von mehreren Geschäftsführern von der Gesamtheit dieser (§ 28 Abs 2 GmbHG).

---

[713] Ebenso *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275.
[714] AA RIS-Justiz RS0019361, zB OGH 8 Ob 527/91, GesRZ 1992, 51 sowie die hM, s zB *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 88; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/170; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 116.
[715] S zB BGH II ZR 107/92, BB 1994, 164; ihm folgend *Blasche*, NZG 2012, 812.
[716] Vgl RIS-Justiz RS0059477, zB OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97.
[717] OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548 [*Wilhelm*]; wiederholt ausgesprochen in OGH 10 Ob 216/02s, RdW 2003, 201; s dazu auch *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14; OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68.

Zur Beantwortung ist zunächst an der Begründung des OGH anzusetzen, wonach eine Genehmigung durch den Prokuristen deshalb abzulehnen sei, weil sie einer Umgehung der Vorschriften über Insichgeschäfte gleichkomme. Wenngleich dies der OGH nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte der Grund dafür in der Tatsache liegen, dass der vom *einzigen* Geschäftsführer bestellte Prokurist zu Ersterem in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht. Auch wenn er als direkter (rechtsgeschäftlicher) Vertreter der Gesellschaft zwar grundsätzlich nicht den Weisungen des Geschäftsführers unterliegt, ist er doch faktisch von ihm abhängig. Denn Letzterer hat es in der Hand, die Prokura jederzeit zu widerrufen (§ 28 Abs 2 GmbHG). Wurde der Prokurist demgegenüber nicht (nur) vom selbstkontrahierenden oder doppelvertretenden Geschäftsführer bestellt – so etwa in einer GmbH mit mehreren Geschäftsführern, in der von der gesetzlichen Dispositivregelung des § 28 Abs 2 GmbHG, wonach die Bestellung eines Prokuristen nur durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen kann, gesellschaftsvertraglich nicht abgewichen wurde –,[718] ist zwar immer noch der selbst- bzw doppelkontrahierende Geschäftsführer allein zum Widerruf der Prokura ermächtigt, jeder der anderen Geschäftsführer jedoch auch.[719] Das vorhin beschriebene faktische Abhängigkeitsverhältnis besteht also zu jedem der Geschäftsführer und nicht nur zu jenem, der von der Interessenkollision betroffen ist. Die der Entscheidung wohl zugrunde liegende Überlegung, dass der Prokurist dem Geschäft seine Zustimmung erteilt, um weiterhin das (für seine Position notwendige; § 28 Abs 2 GmbHG) Vertrauen[720] dieses Geschäftsführers zu genießen, besteht in diesem Fall gerade nicht. Würde er nämlich, von der zuletzt beschriebenen Situation motiviert, seine Zustimmung zu einem für die Gesellschaft nachteiligen Geschäft erteilen, riskiert er, dadurch bei den anderen Geschäftsführern in Ungunst zu fallen, und durch einen von ihnen „abgesetzt" zu werden. Dass dies nicht unwahrscheinlich ist, zeigt schon die allgemeine Überlegung, dass Geschäftsführer bei Ausübung ihrer Tätigkeit „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden" haben (§ 25 Abs 1 GmbHG), sodass ein Widerruf der Prokura hier sogar geboten sein kann. Mangels eines (wenn man so will „exklusiven") Abhängigkeitsverhältnisses[721] zum selbstkontrahierenden oder doppelvertretenden Geschäftsführer nimmt der Prokurist in diesen Fällen vielmehr ähnlich

[718] S dazu ausf *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 9.

[719] Gem § 28 Abs 2 kann der Widerruf der Prokura durch jeden einzelnen Geschäftsführer erfolgen, diesbezüglich besteht Alleinvertretungsmacht und mE auch Alleingeschäftsführungsbefugnis; s *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 12.

[720] *Ebner/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 28 Rz 2, s weiters *Krummel*, Bestellung, Widerruf und Eintragung von Prokuristen in das Handelsregister, NZ 1955, 65, 68.

[721] AA *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 34, die das Abhängigkeitsverhältnis jedoch „insb" damit begründen, dass Prokura vom Geschäftsführer jederzeit widerrufen werden kann.

einem unbefangenen Mitgeschäftsführer die Rolle einer unabhängigen Instanz ein, die die Interessenlage sorgfältig zu prüfen hat und im Falle einer verschuldeten Fehleinschätzung selbst zur Haftung herangezogen werden kann. *Ergo* ist grundsätzlich auch der Alleinprokurist, der nicht (nur) vom befangenen Geschäftsführer bestellt wurde, zur Genehmigung des schwebend unwirksamen Insichgeschäfts berechtigt.[722] Gleiches gilt für mehrere vom Geschäftsführer unabhängige Gesamtprokuristen.

Dass im Einzelfall freilich dennoch ein faktisches Abhängigkeitsverhältnis zum (befangenen) Geschäftsführer vorliegen kann, schadet mE nicht. Denn die (analoge) Anwendbarkeit von § 25 Abs 4 verlangt eine generell-abstrakte Gefährdungssituation,[723] die hier mE nicht gegeben ist. Vielmehr hat man in diesen Fällen mit den „normalen" Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht das Auslangen zu finden.

Auch die Gesellschaftergesamtheit kann ein schwebend unwirksames Insichgeschäft genehmigen. So selbstverständlich wie dies an manchen Stellen in Schrifttum und Judikatur dargestellt wird,[724] ist dies jedoch nicht. Denn die Gesellschafter sind grundsätzlich nicht zur Vertretung der Gesellschaft berufen. Begründet werden kann ihre Genehmigungskompetenz allerdings mit der Möglichkeit einer Ad-hoc-Satzungsdurchbrechung.

c. Formen

Die Genehmigung[725] kann einerseits durch Beschluss erfolgen. Dabei handelt es sich mE gleich der Zustimmungserklärung um ein mehrseitiges, nicht empfangsbedürftiges

[722] So wohl auch *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 64, die ausführen, dass eine Genehmigung „durch den (*wirtschaftlich abhängigen) Prokuristen*" nicht ausreiche (Hervorhebung durch die Autorin); weitergehend BGH VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085, der ua ausführt: „Die Prokuristen einer GmbH sind indessen nicht als Unterbevollmächtigte des Geschäftsführers anzusehen, sondern erfüllen ihre Vertretungsaufgabe in eigener Verantwortung gegenüber der Gesellschaft"; für Vertretungs- und Genehmigungsbefugnis der Prokuristen auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 136; *Schneider* in *Scholz*, GmbHG[10] § 35 Rz 92; aA *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 35 Rz 34; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 35 Rz 50; so wohl auch *Wilhelm*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548.

[723] BGH VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085.

[724] RIS-Justiz RS0017918, zB OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58, OGH 9 ObA 273/00p, ecolex 2001/215; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 88; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 116.

[725] Der Terminus der Genehmigung wird hier als weiterer Oberbegriff verwendet, der sowohl die Genehmigung durch (ausdrückliche oder konkludente) Willenserklärung (von *Apathy* als „'klassische' Genehmigung" bezeichnet; s dazu *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1016 Rz 4) als auch die Genehmigung durch Vorteilszuwendung umfasst.

Rechtsgeschäft *sui generis* (oben II.E.240]).[726] Andererseits besteht die Möglichkeit, das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft durch Vorteilszuwendung zu genehmigen. Dabei nimmt der Geschäftsherr die ihm aus dem Rechtsgeschäft zustehenden Rechte ganz oder teilweise in Anspruch,[727] so etwa wenn er eine im Wege des Insichgeschäfts gemietete Räumlichkeit vertragsmäßig benutzt[728]. Strittig ist, ob die Genehmigung durch Vorteilszuwendung neben der Zuwendungshandlung einen Genehmigungswillen des Geschäftsherrn voraussetzt.[729] ME ist die Frage insb im hier interessierenden Zusammenhang der Genehmigung eines Insichgeschäfts zu bejahen. Voraussetzung dafür, dass der Geschäftsherr überhaupt einen solchen Genehmigungswillen bilden kann, ist, dass er weiß, dass der Vorteil, den er sich zuwenden möchte, aus einem vollmachtslos getätigten Rechtsgeschäft stammt.[730]

d. Zusammenfassung und Thesen

- Ein schwebend unwirksames Insichgeschäft kann gem § 1016 ABGB nachträglich genehmigt werden.

- Genehmigungsbefugt sind die Gesellschafter, der Aufsichtsrat (vgl § 30l Abs 1 GmbHG) sowie Geschäftsführer und Prokuristen in vertretungsberechtigter Zusammensetzung, wobei bei Letzteren Voraussetzung ist, dass sie nicht (nur) vom befangenen Geschäftsführer bestellt wurden. Der selbstkontrahierende oder doppelvertretende Geschäftsführer selbst ist nicht genehmigungsbefugt. Gleiches gilt für einen von ihm bestellten Untervertreter oder andere von ihm abhängige Personen (vgl dazu unten IV.C [223]).

- Neben der Genehmigung in Form eines Beschlusses kann das Geschäft auch durch Vorteilszuwendung nachträglich genehmigt werden, sofern Letztere von einem Genehmigungswillen getragen ist.

---

[726] Vgl *Welser*, Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBl 1972, 337, 339; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 12.
[727] *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 14.
[728] OGH 3 Ob 534/86, RdW 1986, 305; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 14.
[729] Bejahend *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1016 Rz 4; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1016 Rz 4; dagegen *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] § 1017 Rz 14; vgl auch *Welser*, JBl 1972, 340.
[730] S dazu *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1016 Rz 4.

F. (Weitere) Rechtsfolgen unwirksamer und/oder pflichtwidriger Insichgeschäfte

1. Schadenersatz

a. Schaden

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gem § 25 Abs 4 GmbHG ist zunächst ein bei der Gesellschaft eingetretener Schaden. Der Schadensbegriff sowie die Schadensberechnung folgen dabei dem allgemeinen Zivilrecht.[731] Die von *Mertens*[732] entwickelte und vereinzelt auch vom OGH[733] vertretene Ansicht, wonach nur Beeinträchtigungen des Vermögens, die dem Unternehmenszweck widersprechen, einen relevanten Schaden darstellen, ist im Einklang mit der hM[734] abzulehnen. Eine Begrenzung des Schadensbegriffs auf zweckwidrige Vermögensminderungen stellt nicht nur eine schwer zu rechtfertigende Abweichung vom allgemeinen Schadensbegriff dar,[735] sie verlagert auch Elemente der Pflichtwidrigkeit in den Schadensbegriff,[736] was jedenfalls abzulehnen ist.

Fraglich ist, ob schon das Insichgeschäft an sich, so bspw der Erwerb bzw der Verkauf von Vermögenswerten, die die Gesellschaft eigentlich gar nicht kaufen bzw veräußern wollte, als Schaden zu qualifizieren ist oder ob es sich dabei lediglich um eine ungewollte Vermögensumschichtung handelt, die zwar durchaus einen Nachteil für die Gesellschaft darstellen kann, jedoch *per se* noch keinen Schaden begründet. Besonders zweifelhaft wäre dies, wenn sich das von der Gesellschaft grundsätzlich nicht gewollte Geschäft sogar (zunächst) als für sie vorteilhaft erweist, so etwa weil das erworbene Grundstück eine Wertsteigerung erfährt.[737] Aber auch bei bloß wertmäßig neutralen

---

[731] S dazu die Nw in FN 734.
[732] *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 43 Rz 57 mwN; *ders* in KölnKomm AktG[2] § 93 Rz 23.
[733] OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97: „Zur Begründung ihres Schadenersatzanspruches hat die Gesellschaft darzutun, daß ihr Vermögen zweckwidrig beeinträchtigt worden ist […]".
[734] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 21; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 163; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 25 Rz 11; *Koppensteiner* in *Rowedder-Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 22; *Hopt* in GroßKomm AktG[4] § 93 Rz 261; aA *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 44; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 43 Rz 57; vgl auch *Kletečka*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 253/97z, ÖBA 1999, 391, 392.
[735] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275 weist zutr darauf hin, dass für die Annahme, dass § 25 GmbHG und § 84 AktG von einem eigenen Schadensbegriff ausgehen, jeder Anhaltspunkt fehle; ähnl *Lehner*, GesRZ 2005, 128.
[736] Zutr *v Gerkan*, Die Beweislastverteilung beim Schadenersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, ZHR 154 (1990) 39, 43 f; ihm folgend *Lehner*, GesRZ 2005, 128; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275; *Koppensteiner* in *Rowedder-Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 22.
[737] Vgl dazu *Kletečka*, ÖBA 1999, 391, 392.

Geschäften, wenn also bspw an die Stelle einer Maschine ein Geldbetrag in deren Wert tritt, stellt sich die Frage nach dem Vorliegen eines Schadens. Fest steht zunächst, dass es sich dabei um keinen rechnerischen Schaden handeln kann. Denn eine in Geld messbare Verminderung des Gesellschaftsvermögens oder eines Vermögensguts der Gesellschaft bleibt aus.[738] Doch könnte es sich bei der ungewollten Vermögensumschichtung um einen realen Schaden handeln, der eine solche Vermögenseinbuße gerade nicht voraussetzt[739]. Zur Klärung der Frage empfiehlt es sich, die Rsp des OGH zur Anlageberatung fruchtbar zu machen, wonach ein Schaden bereits darin zu sehen sei, dass ein Kunde kein wertstabiles, sondern ein Kursschwankungen unterworfenes Wertpapier erworben hat.[740] Für das Vorliegen eines realen Schadens reiche es demnach aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht.[741] Wenngleich der Aggregatzustand des Vermögens im Bereich der Anlageberaterhaftung ausdrücklich Pflichtinhalt ist, kann diesen Überlegungen mE auch für die hier interessierende Frage gefolgt werden, zumal es ganz im Sinne ständiger höchstgerichtlicher Rsp dem weiten Schadensbegriff des ABGB entspricht, dass jeder rechtliche Nachteil einen Schaden darstellt; somit auch jeder Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht.[742] *Ergo* kann auch die von der Gesellschaft nicht gewollte Vermögensumschichtung einen (realen) Schaden darstellen, der den Schädiger bei Hinzutreten der weiteren Voraussetzungen (s dazu sogleich unten II.F.1.b ff [152 ff]) zur Naturalrestitution verpflichtet. Unerheblich ist indes, ob die per Insichgeschäft begründete Verbindlichkeit bereits beglichen wurde. Denn schon das Entstehen einer Forderung vermag einen Schaden der Gesellschaft zu begründen.[743]

[738] *Kletečka*, ÖBA 1999, 391, 392.
[739] *Kletečka*, ÖBA 1999, 391, 392.
[740] RIS-Justiz RS0022537 T 11, OGH 6 Ob 103/08b, ÖBA 2009, 79; RIS-Justiz RS0022537 T 13, OGH 6 Ob 145/08d, JBl 2009, 245; *Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 f; *P. Bydlinksi*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159, 161 f.
[741] RIS-Justiz RS0022537 T 13, OGH 6 Ob 145/08d, JBl 2009, 245; so auch *Kodek*, ÖBA 2012, 11 f; *P. Bydlinksi*, ÖBA 2008, 159, 161 f.
[742] Ausdr RIS-Justiz RS0022537, zB OGH 7 Ob 3/87, JBl 1987, 388.
[743] *Oberhofer*, Die entstandene Ersatzverpflichtung als Schadensbild, ÖJZ 1995, 180; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB[3] § 1293 Rz 5a; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/230.

b. Kausalität, Adäquanztheorie[744] und rechtmäßiges Alternativverhalten[745]

Weitere Voraussetzung ist, dass der Schaden durch ein Verhalten des Geschäftsführers verursacht wurde.[746] Da es in den hier interessierenden Fällen regelmäßig um ein Unterlassen geht (der Geschäftsführer unterlässt es, die Zustimmung einzuholen, einen Manifestationsakt zu setzen), ist iSd Conditio-sine-qua-non-Formel zu fragen, ob ein entsprechend positives Verhalten (der Geschäftsführer holt die Zustimmung ein, setzt einen Manifestationsakt) den eingetretenen Schaden verhindert hätte.[747] Ist diese Frage zu bejahen, war das Handeln des Geschäftsführers kausal für den Schadenseintritt. Im ersten Fall, in dem es der Geschäftsführer unterlässt, die Zustimmung iSd § 25 Abs 4 GmbHG einzuholen, wird regelmäßig von der Kausalität auszugehen sein. Denn würde sich der Geschäftsführer um die Zustimmung bemühen, würde sie ihm bei für die Gesellschaft nachteiligen Geschäften wohl regelmäßig verweigert werden; der Geschäftsabschluss würde daher unterbleiben. Schwieriger ist dies im zweiten Fall. Denn ein fehlender Manifestationsakt wird oftmals nicht für den Schaden kausal sein, sodass sich die Rechtsfolgen darauf beschränken müssen, dass das Geschäft unwirksam ist. Jedenfalls kausal ist das Verhalten des Geschäftsführers, wenn er trotz verweigerter Zustimmung das Geschäft abschließt.

Um zu weitreichende Schadenszurechnungen zu vermeiden, wird zudem mit der Adäquanztheorie eine gewisse Grenze eingezogen. Demnach muss der Schädiger nur für solche Ereignisse einstehen, die für die Herbeiführung eines solchen Schadens geeignet erscheinen.[748] Erleidet bspw ein Gesellschafter aufgrund des Abschlusses eines Insichgeschäfts einen schweren Schock und macht exorbitante gesundheitliche und psychische Probleme geltend, müsste der Adäquanzzusammenhang verneint werden.[749]

---

[744] Die Adäquanztheorie dient nicht der Feststellung der Kausalität; sie ist ein Kriterium der Haftungsbegrenzung. Da sie jedoch meist zur Beschränkung der Kausalität herangezogen wird, soll sie idZ Erwähnung finden; s dazu *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 311.

[745] Auch der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dient nicht der Feststellung der Kausalität. Auch er ist vielmehr ein eigenes Kriterium der Haftungsbegrenzung; ausf *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 391 ff. *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 318 sehen im Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens demgegenüber eine „besondere Problematik innerhalb der Lehre vom Schutzzweck". Da der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens jedoch gewissermaßen die „Kausalität der Pflichtwidrigkeit" betrifft, soll er an dieser Stelle behandelt werden.

[746] *Karner* in KBB[3] § 1295 Rz 3; *Koziol*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12.

[747] S zB *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 309.

[748] *Karner* in KBB[3] § 1295 Rz 7; s auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB[3] § 1293 Rz 12 ff.

[749] S dazu *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I[3] (1997) Rz 8/12 mit Nw aus der Rsp.

Aber auch der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens kann eine Haftung des Geschäftsführers ausschließen[750].[751] Fraglich ist dabei, wie hoch die Anforderungen an einen solchen Nachweis zu stellen sind. Der OGH fordert neben dem Beweis (zur Behauptungs- und Beweislast des Geschäftsführers s unten II.F.1.f [161]), dass unbefangene Gesellschafter dem Insichgeschäft zugestimmt hätten und ein Schaden somit auch eingetreten wäre, wenn der Geschäftsführer nicht gegen die Vorschrift des § 25 Abs 4 GmbHG verstoßen hätte, zusätzlich den Nachweis der Angemessenheit der bezahlten Beträge. *U. Torggler*[752] stimmt dem „im Kern" zu, weil der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch voraussetze, dass ein etwaiger Zustimmungsbeschluss wirksam und nicht anfechtbar gewesen wäre, was insb bei einer inadäquaten Gegenleistung nicht der Fall wäre. ME ist dies zwar zu streng, weil auch ein anfechtbarer Beschluss, der unangefochten bleibt, keine Pflichtwidrigkeit zu begründen vermag. Da es aber schwer zu beweisen ist, dass entsprechende Organe zugestimmt hätten und der aufgrund der Inäquivalenz anfechtbare Beschluss nicht angefochten worden wäre (vgl schon oben II.E.1 [37]), wird der Geschäftsführer in der Praxis wohl kaum um den Beweis der äquivalenten Gegenleistung herumkommen.

c. Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeitszusammenhang

i. Allgemeines

Das Handeln des Geschäftsführers muss zudem rechtswidrig sein; es muss gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung oder die guten Sitten (§ 1295 ABGB) verstoßen. Als Haftungsbegrenzung dient der Rechtswidrigkeitszusammenhang, wonach nur solche Schäden zurechenbar sind, die die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck verhindern wollte.[753] Da die Rechtswidrigkeit iZm Insichgeschäften aus mehreren (Fehler-)Quellen resultieren kann, ist im Folgenden zu differenzieren.

---

[750] Gegen den Entfall der vollständigen Ersatzpflicht, sondern für eine Schadensteilung analog § 1304 ABGB s *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274, der sich dabei auf die Ausführungen von *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/70 f, stützt.

[751] Zumindest implizit OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; wo der OGH jener Rsp, die den Einwand rechtmäßgen Alternativverhaltens bei Verletzung von schadensverhütenden Verfahrensvorschriften für unbeachtlich erklärt, eine Absage erteilt. S dazu und für wN (auch der älteren Rsp) die Entscheidungsbesprechung von *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274; s weiters *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/60 ff, dessen Ansicht sich der OGH nun angeschlossen hat.

[752] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274 f.

[753] *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 2; *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/17 ff.

ii. Abschluss ohne Zustimmung

Schließt der Geschäftsführer das Insichgeschäft ohne entsprechende Zustimmung und liegt auch keine der Ausnahmen vor (s dazu oben II.E.6 [62]), ergibt sich die Rechtswidrigkeit seiner Handlung aus § 25 Abs 4 GmbHG,[754] wobei hier mE zwei Fälle denkbar sind. Einerseits ist es möglich, dass es der Geschäftsführer vor Geschäftsabschluss schlichtweg unterlässt, die Zustimmung einzuholen; andererseits ist die Bestimmung genauso ins Treffen zu führen, wenn er sich zwar um eine entsprechende Zustimmung bemühte, ihm diese jedoch verwehrt blieb. In beiden Fällen ist der Tatbestand des § 25 Abs 4 GmbHG erfüllt; in beiden Fällen hat der Geschäftsführer ein Insichgeschäft geschlossen, „ohne vorher die Zustimmung […] erwirkt zu haben". Ob das Geschäft dabei auch gegen den Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG verstößt, ist nicht relevant. Vielmehr kann der Abschluss sogar den Anforderungen des Abs 1 entsprechen und dennoch pflichtwidrig iSd Abs 4 sein,[755] so bspw, wenn das Geschäft *ex ante* dem Sorgfaltsmaßstab genügt und sich erst in Folge einer unvorhersehbaren Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen als für die Gesellschaft nachteilig erweist[756] (käme es nicht zu einer Änderung der Rahmenbedingungen würde der Anspruch wohl schon am fehlenden Schaden scheitern; zu prüfen wäre jedoch, ob das Geschäft [mangels Interessengefährdung] nicht ohnedies ausnahmsweise ohne Zustimmung abgeschlossen werden hätte dürfen [s dazu ausf oben II.E.6.b (63)]).

Der Rechtswidrigkeitszusammenhang, der wie der Adäquanzzusammenhang der Haftungsbegrenzung dient und nur solche Schäden für zurechenbar erklärt, welche die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck verhindern wollte,[757] wird in Fällen mangelnder Zustimmung zumeist unproblematisch sein. Normzweck von § 25 Abs 4 GmbHG ist es, die bei Insichgeschäften regelmäßig bestehende Interessenkollision ihres Geschäftsführers hintanzuhalten und die Gesellschaft vor damit einhergehenden Schäden zu schützen.[758] Resultiert nun aus einem ohne Zustimmung und damit rechtswidrig abgeschlossenen Geschäft ein Schaden, der bei Einholung der Zustimmung ausgeblieben wäre, hat sich genau die Gefahr realisiert, die dem Verbot zugrunde liegt.

[754] S zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273; *S.-F. Kraus*/*U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 18; *Thöni*, wbl 1988, 105; *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/208; *Krejci*, GesR I 153 f, insb 155; *Harrer*, RdW 1991, 167.
[755] So schon *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.
[756] Da das Unternehmerrisiko die Gesellschaft und nicht deren organschaftliche Vertreter trifft, ist dem Geschäftsführer bei Abschluss eines solchen Rechtsgeschäfts kein Pflichtverstoß vorzuwerfen, s dazu OGH 3 Ob 34/97i, ecolex 1998, 774 [*Reich-Rohrwig*].
[757] *Welser*, ÖJZ 1975, 2; *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/17 ff.
[758] S zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.

iii. Abschluss mit (verbindlicher)[759] Zustimmung

Doch auch mit entsprechender Zustimmung kann der Abschluss eines Insichgeschäfts pflichtwidrig sein. Zwar lässt sich die Rechtswidrigkeit dabei nicht auf die spezielle Norm des § 25 Abs 4 GmbHG stützen. Der Geschäftsabschluss kann aber rechtswidrig iSd Abs 1, 2 *leg cit* sein,[760] so bspw wenn die (generelle oder gattungsmäßige; s dazu oben II.E.5.b [55]) Zustimmung bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt wurde, das konkrete Geschäft jedoch für die Gesellschaft nachteilig ist, sodass der Geschäftsführer mit Abschluss desgleichen gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 25 Abs 1 GmbHG) verstößt.

Schwieriger ist die (Haftungs-)Lage, wenn die Zustimmung nicht generell oder gattungsmäßig in der Satzung, sondern konkret zu einem bestimmten Insichgeschäft erteilt wird. Eine Haftung gem § 25 Abs 4 GmbHG scheidet freilich auch hier aus. Die entscheidende Frage ist demnach, ob ein (konkretes) Insichgeschäft, dem im Vorfeld die Zustimmung gem § 25 Abs 4 *leg cit* erteilt wurde, dennoch rechtswidrig iSd Abs 1, 2 sein kann.[761] ME ist hier hinsichtlich der zustimmungsberechtigten Organe zu differenzieren.

Liegt eine Zustimmung der Gesellschafter vor, wodurch das in Aussicht gestellte Insichgeschäft nicht nur unverbindlich zur Kenntnis genommen, sondern in verantwortlicher Mitentscheidung gebilligt wurde, schließt diese die Rechtswidrigkeit der Handlung (§ 25 Abs 1, 2 GmbHG) grundsätzlich aus.[762] Zwar finden sich im Schrifttum kaum Aussagen, die sich auf Insichgeschäfte im Speziellen beziehen; allgemein ist aber anerkannt, dass die Zustimmung der Gesellschafter zu einer in Aussicht genommenen Geschäftsführungsmaßnahme haftungsbefreiend wirkt, sofern es sich dabei nicht bloß um eine unverbindliche Kenntnisnahme handelt.[763] Ob sie schon die Rechtswidrigkeit der

---

[759] Verbindlich ist die Zustimmung dann, wenn sie mangelfrei zustande kam und damit unanfechtbar ist oder doch zumindest unanfechtbar geworden ist; vgl dazu *U. Torggler*, JBl 2006, 92 bei und in FN 91; s dazu auch schon oben II.E.1 (37).

[760] S *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 11.

[761] *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 99 verneint bei Vorliegen der Zustimmung jedenfalls die Ersatzpflicht des Geschäftsführers. Eine nachträgliche Genehmigung ließe ihm zu Folge die einmal entstandene Ersatzpflicht wieder entfallen. S dazu unten II.F.1.c.iv (158).

[762] Allg dazu zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 18; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/270; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 187 ff; vgl zB OGH 3 Ob 521/84, ÖJZ 1986, 308 [EvBl 86] sowie die Nw in der folgenden FN.

[763] HM, zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 18; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 187; *ders*, GmbHR I[2] Rz 2/412; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 28 ff, insb 31; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18] § 43 Rz 41 f; *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 279; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 43 Rz 33; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen* GmbHG[7] § 43 Rz 120; *Haas/Ziemons* in *Michalski*, GmbHG[2] § 43 Rz 185b; ausf auch *Konow*, Probleme der

Handlung beseitigt oder erst auf Verschuldensebene ihren Beitrag leistet, wird dabei oft nicht erwähnt; mE ist Ersteres zutreffend. Mangels ausdrücklicher Gesetzesgrundlage (vgl demgegenüber § 84 Abs 4 S 1 AktG[764]) stützt man sich zur Begründung auf die zu Weisungen entwickelten Grundsätze. Da (wirksame) Weisungen gem § 20 Abs 1 GmbHG befolgt werden müssen, kann mit Ausführung der Weisung keine Rechtswidrigkeit begründet werden.[765] Gleiches habe nach hM für Geschäftsführungsmaßnahmen zu gelten, denen im Voraus die Zustimmung erteilt wurde.[766]

ME kann die Rechtmäßigkeit bewilligter Insichgeschäfte aber schon aus einer einfacheren Überlegung gefolgert werden. Denn die Bindung des Geschäftsführers an den Sorgfaltsmaßstab des Abs 1 folgt aus seiner Stellung als Verwalter fremden Vermögens und verliert daher ihre Grundlage, wenn der „Eigentümer" dieses Vermögens (die Gesellschafter) der Geschäftsführungsmaßnahme seine Zustimmung erteilt. Und da es nicht Zweck des Abs 1 ist, die Interessen der Gläubiger und sonstiger Dritter zu schützen,[767] begründen Handlungen, die vom „Eigentümer" bewilligt wurden, grundsätzlich keine Rechtswidrigkeit.

Voraussetzung für die Pflichtgemäßheit des Abschlusses ist freilich, dass die Entscheidungsgrundlagen, insb die Konditionen des fraglichen Insichgeschäfts, wahrheitsgetreu und vollständig dargestellt wurden. Verschweigt der Geschäftsführer wichtige Details, wie etwaige negative Folgen für die Gesellschaft, handelt er trotz Zustimmung rechtswidrig (iSd Abs 1, 2).[768] Gleiches gilt, wenn sich die Entscheidungsgrundlagen seit Erteilung der Zustimmung wesentlich geändert haben und der Geschäftsführer statt die Frage erneut aufzuwerfen, das Geschäft abschließt.[769]

Liegt eine verbindliche Zustimmung der Gesellschafter vor, wodurch Letztere das in Aussicht gestellte Insichgeschäft in verantwortlicher Mitentscheidung gebilligt haben,

---

Geschäftsführerhaftung bei der GmbH, GmbHR 11/1986, 219 ff; *Fleck*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 10/1974, 224, 226.

[764] „Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht.".

[765] S dazu *U. Torggler*, JBl 2006, 92.

[766] S zB *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 28 ff, insb 31; *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 279; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 43 Rz 33.

[767] *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, wbl 1988, 1, 6.

[768] *Dellinger*, § 84 Abs 5 AktG – das klare Haftungsmodell? in *Enzinger/Hügel/Dillenz* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift für Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993) 187, 205; *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 226; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 28; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG[11] § 43 Rz 120.

[769] S zB *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 33; *Dellinger* in FS Frotz 207; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 28.

kommt es selbst dann nicht zur Ersatzpflicht des Geschäftsführers, wenn der Schadenersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich wäre.[770] Denn § 25 Abs 5 GmbHG bezieht sich seiner Historie zu Folge nur auf die Fälle des Abs 3 (s dazu sogleich unten ausf II.F.1.d [159]),[771] die hier nicht gegenständlich sind.

Der Zustimmung des Aufsichtsrats (oder eines aufsichtsratsähnlichen Beirats) kommt nach hM keine haftungsbefreiende Wirkung zu.[772] Dies folgt schon daraus, dass Aufsichtsrat und Beirat grundsätzlich keine verbindlichen Weisungen erteilen können (vgl § 84 Abs 4 S 2 AktG, wonach die Ersatzpflicht der Vertretungsorgane aufgrund der Unabhängigkeit des Vorstands vom Aufsichtsrat, die auch in der Haftungsfrage Berücksichtigung finden muss,[773] nicht dadurch ausgeschlossen werden könne, „daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat")[774]. Gilt ausnahmsweise anderes, weil ihnen ein satzungsmäßiges Weisungsrecht eingeräumt wurde,[775] kommen die gleichen Grundsätze zur Anwendung, die iZm Gesellschafterbeschlüssen dargestellt wurden.

Ebensowenig haftungsbefreiend wirkt die Zustimmung der übrigen Geschäftsführer. Dies hat mE schon daraus zu folgen, dass sogar die Zustimmung des Aufsichtsrats, also des Kontrollorgans, die Rechtswidrigkeit iSd § 25 Abs 1, 2 GmbHG unberührt lässt. Noch weniger kann eine solche Wirkung der Zustimmung der Kollegen zu Teil werden, zumal hier sogar die Einräumung eines satzungsmäßigen Weisungsrechts ausgeschlossen ist. Wenn nun auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen ist, kann der Geschäftsführer vielmehr trotz Zustimmung seiner Kollegen haftbar gemacht werden.

Im Ergebnis ergibt dies ein stimmiges Bild. So befreit zwar die Zustimmung der Gesellschafter von der Rechtswidrigkeit der Handlung iSd § 25 Abs 1, 2 GmbHG, nicht aber jene von Aufsichtsrat, Beirat oder den übrigen Geschäftsführern. Da (nur) Erstere die „Eigentümer" der Gesellschaft und somit die von einem nachteiligen Geschäft tatsächlich Geschädigten sind, ist es mE folgerichtig, (nur) ihren Beschlüssen haftungsbefreiende

---

[770] *U. Torggler*, JBl 2006, 92; aA zB *Wünsch*, GmbHG § 20 Rz 67 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/408.
[771] S dazu ausf *U. Torggler*, JBl 2006, 92 f mit FN 93 f sowie *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30 f.
[772] S dazu *Straube/Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? JAP 2007/2008, 168; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/239; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/411; *Fleck*, GmbHR 10/1974, 226; *Konow*, GmbHR 11/1968, 221; *Haas/Ziemons* in *Michalski*, GmbHG^2 § 43 Rz 185b.
[773] So *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG^5 § 77 – 84 Rz 116.
[774] S dazu zB *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG^2 § 84 Rz 29; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG^5 § 77 – 84 Rz 116.
[775] *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 187; *ders*, GmbHR I^2 Rz 2/411; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 25 Rz 17 f; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/239.

Wirkung zuzugestehen, zumal sie auch oberstes Organ der Gesellschaft[776] sind. Will der Geschäftsführer demnach sichergehen, dass sein Handeln, *in concreto* der Abschluss des Insichgeschäfts, nicht pflichtwidrig ist – und zwar auch nicht pflichtwidrig iSd § 25 Abs 1, 2 GmbHG –, hat er die Angelegenheit (zusätzlich) der Gesellschafterversammlung vorzulegen.

iv. Abschluss ohne Zustimmung mit nachträglicher Genehmigung

Wird das zunächst ohne Zustimmung abgeschlossene Insichgeschäft (gleichzuhalten ist dem der Fall, dass die Zustimmungserklärung erfolgreich angefochten wurde [Wegfall *ex tunc*]; (vgl schon oben II.E.1 [37]) nachträglich genehmigt (zu den genehmigungsbefugten Organen s oben II.E.9 [145]), stellt sich die Frage, ob dies nicht nur die (schwebende) Unwirksamkeit, sondern auch die Pflichtwidrigkeit der Handlung beseitigt.[777] ME ist dies grundsätzlich zu verneinen.[778] Denn die Genehmigung betrifft ausschließlich die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts und bedeutet nicht zwingend, dass der Geschäftsherr mit der Ausführung des Geschäfts einverstanden ist und auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verzichten möchte.[779] Jedoch kann eine nachträgliche Genehmigung uU zu Zurechnungsproblemen führen. So soll nach *Larenz*[780] die Zurechnung eines Schadens immer dann abgeschnitten werden, wenn Letzterer auf einem „selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschluß des Verletzten […] beruht". Auch *Koziol*[781] folgt dieser Auffassung, hält jedoch das Kriterium der Herausforderung des Entschlusses für nicht aussagekräftig und will stattdessen eine Interessenwertung vornehmen, wonach bei Überwiegen der Belastungsmomente auf Seiten des Geschädigten eine Schadenszurechnung ausscheidet. ME ist daher (zumindest) in Fällen, in denen die Gesellschaft eine nachträgliche Genehmigung erteilt, die nach der Sachlage eigentlich verweigert hätte werden müssen, die

[776] S zB *Konow*, GmbHR 11/1968, 221.
[777] So zB *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 99, der den Geschäftsführer bei nachträglicher Genehmigung von jeder Ersatzpflicht befreit wissen will. Auch *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 17, 18 sprechen sich für eine die Pflichtwidrigkeit „[s]anierend[e]" Wirkung der nachträglichen Genehmigung aus; s aber auch *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275.
[778] *Dellinger* in FS Frotz 211.
[779] Vgl *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1016 Rz 3; *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3] §§ 1016, 1017 Rz 1.
[780] *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I[10] (1970) § 27 III b 4; ihm folgend *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/77 ff, 12/92.
[781] *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/77 ff, 12/92.

Schadenszurechnung unterbrochen.[782] Bestanden hingegen Gründe für die Genehmigung, heilt diese nicht automatisch auch die Pflichtwidrigkeit der Handlung.

Eine nachträgliche Genehmigung der Gesellschafter kann aber bei Hinzutreten weiterer Indizien in eine konkludente[783] Entlastungserklärung umgedeutet werden.[784] Zwar vermag sie es im Gegensatz zur (Vorweg-)Zustimmung durch die Generalversammlung nicht das Entstehen des Ersatzanspruchs zu verhindern, sie befreit aber immerhin vom bereits entstandenen Haftungsanspruch. Wollen die Gesellschafter zwar das ursprünglich ohne Zustimmung und daher regelmäßig unwirksame Insichgeschäft (s dazu oben II.E.8.d [115]) genehmigen und ihm damit Wirksamkeit verleihen, nicht jedoch den Geschäftsführer aus seiner Haftung entlassen, sollten sie dies bei Erteilung der Genehmigung vorsichtshalber zum Ausdruck bringen.

d. Verschulden

Zusätzlich muss das Verhalten des Geschäftsführers schuldhaft sein. Die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung, die sich in den hier interessierenden Haftungsfällen nach dem oben Gesagten regelmäßig aus der mangelnden Zustimmung der Gesellschaft ergeben wird, muss ihm demnach auch subjektiv vorwerfbar sein (leichtes Verschulden genügt).[785] In der Regel wird dies unproblematisch sein, darf sich doch der „Beschuldigte" zu seiner Entlastung nicht auf eigene Unfähigkeit berufen.[786] Vielmehr begründet aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs in § 25 Abs 1 GmbHG schon die Rechtswidrigkeit der Handlung sein Verschulden.[787] Entlasten würde ihn eine etwaige Deliktsunfähigkeit[788] oder ein Schuldausschließungsgrund, wie zB der Eintritt eines unvorhersehbaren Ereignisses.

Fraglich ist, ob einem nichtigen Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter – so etwa, wenn Letztere einem Insichgeschäft ihre Zustimmung erteilen, das wegen der

---

[782] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 95 Rz 40; ähnl auch *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275, der die Schadenszurechnung ausschließt, wenn die Gesellschaft die Genehmigung „ohne triftigen Grund (wie insb ihrem Interesse an der Fortsetzung der Geschäftsbeziehung mit dem Dritten)" erteilt.
[783] S dazu zB *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 37 aE; *Fleck*, GmbHR 10/1974, 228 vor FN 49.
[784] RG II 403/25, RGZ 115, 246, 251; *Fleck*, GmbHR 10/1974, 228 vor FN 49.
[785] S zB *Lehner*, GesRZ 2005, 130.
[786] OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97; *Lehner*, GesRZ 2005, 130; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR[5], 394; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 21; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 25 Anm 7; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 14; *Wünsch*, GmbHG, § 25 Rz 4.
[787] RIS-Justiz RS0059556, OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 21; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 14.
[788] *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 21.

Gesellschaftereigenschaft des Geschäftsführers und der inäquivalenten Gegenleistung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt –, der jedenfalls die Rechtswidrigkeit der Handlung unberührt lässt, dennoch Entlastungswirkung zu Teil werden kann. Entgegen der wohl noch hM[789] bejahen dies *S.–F. Kraus/U. Torggler*[790] in Bezug auf nichtige Weisungen (dass die Zustimmung der Weisung in dieser Hinsicht gleichzuhalten ist, wurde bereits erwähnt; s dazu II.F.1.c.iii [155]). Ihre Begründung stützen sie dabei auf § 25 Abs 5 GmbHG, wonach Gesellschafterbeschlüsse den Geschäftsführer dann nicht aus seiner Haftung entlassen, wenn der Ersatz zur Befriedung der Gläubiger erforderlich ist. Denn da sich diese Anordnung historisch bedingt nur auf die Fälle des Abs 3 bezieht,[791] könne es andere nichtige Weisungen geben, denen sehr wohl Entlastungswirkung zuzugestehen ist; dies sogar unabhängig davon, ob der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Weil der Haftungsausschluss Ausdruck des Verbots des „*venire contra factum proprium*" sei – die Gesellschaft würde ihren Vertreter sonst wegen einer Handlung in Anspruch nehmen, zu der sie ihn selbst angeleitet hat – müssten jedoch stets sämtliche Gesellschafter an der Einflussnahme beteiligt werden.[792] Nichtige Mehrheitsbeschlüsse würden demgegenüber aus Gründen des Minderheitenschutzes nie entlasten, auch nicht, wenn der Ersatz nicht zur Befriedung der Gläubiger benötigt wird.[793] ME ist dieser Auffassung aufgrund der eindeutigen Historie des § 25 Abs 5 GmbHG[794] zu folgen, sodass sich bezogen auf die nichtige Zustimmungserklärung der Gesellschafter folgendes Ergebnis zeigt: Stimmen sämtliche Gesellschafter dem Insichgeschäft zu und ist dieser Beschluss aus den Gründen des § 25 Abs 3 GmbHG nichtig, kann er den Geschäftsführer nur dann von seiner Haftung befreien, wenn der Ersatzanspruch nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Davon unabhängig ist die Entlastungswirkung hingegen bei Beschlüssen, die aus anderen Gründen nichtig sind; sie können selbst dann haftungsbefreiend wirken, wenn der Ersatzanspruch zur Gläubigerbefriedung erforderlich wäre. Bloße Mehrheitsbeschlüsse entfalten demgegenüber nie haftungsbefreiende Wirkung.

---

[789] S zB OGH 3 Ob 287/02f, GesRZ 2004, 57; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 17; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 72; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 25 Anm 16; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 191 f.

[790] *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; folgend *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 164.

[791] Zur Begründung s *U. Torggler*, JBl 2006, 92 in FN 93.

[792] *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; folgend *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 164.

[793] *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; folgend *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 164.

[794] S dazu *U. Torggler*, JBl 2006, 92 in FN 93.

e. Gesellschafterbeschluss gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG

Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen den Geschäftsführer ist das Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG. Da es sich dabei nach hM um eine materielle Anspruchsvoraussetzung handelt,[795] ist die Klage bei Fehlen eines entsprechenden Beschlusses als unbegründet abzuweisen.[796] Die Auffassung von OGH und Teilen des Schrifttums, wonach die Schlüssigkeit der Klage nicht davon abhängt, dass die Gesellschaft das Vorliegen eines Beschlusses behauptet, und eine entsprechende Beweislast Letzterer erst durch Einwand des Beklagten ausgelöst wird,[797] ist mE abzulehnen.[798] Denn wenn man den Gesellschafterbeschluss als materielle Anspruchsvoraussetzung qualifiziert, muss man mE konsequenterweise auch „B sagen" und verlangen, dass das Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses behauptet und bewiesen wird (s dazu auch sogleich unten).

f. Behauptungs- und Beweislast

Nach mE richtiger Ansicht trifft die Gesellschaft nur für Schaden (Eintritt und Höhe[799]),[800] (adäquate) Kausalität und das Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG die Behauptungs- und Beweislast. Hinsichtlich des Verschuldens ist nach stRsp und hL § 84 Abs 2 S 2 AktG analog anzuwenden.[801] Danach können sich Vorstandsmitglieder von der Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, „daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben". Nach neuerer Auffassung soll sich die Beweislastumkehr dabei nicht nur auf das

---

[795] S zB RIS-Justiz RS0059438 T 4, zB OGH 2 Ob 170/03v, wbl 2004, 142; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 27; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 34; ebenso die dhM, s dazu zB *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 43 Rz 30; *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 322; *Haas/Ziemons* in *Michalski*, GmbHG[2] § 43 Rz 222.

[796] S dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 34, ebenso wiederum die dhM, s dazu zB *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 322.

[797] So etwa OGH 8 ObA 62/11t, GeS 2012, 129; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 27.

[798] Krit auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 35 Rz 34; offenlassend *Lehner*, GesRZ 2005, 134; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/394.

[799] Sobald der Schaden dem Grunde nach feststeht, kann sich die Gesellschaft hinsichtlich der Schadenshöhe auf § 273 ZPO stützen, wonach das Gericht den Betrag nach freier Überzeugung festsetzen kann. So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29.

[800] Zu etwaigen Beweiserleichterungen s *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 43 Rz 37.

[801] RIS-Justiz RS0121916, zB OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; RIS-Justiz RS0059642, zB OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97; RIS-Justiz RS0059608, zB OGH 8.5.1980, 8 Ob 505/80; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274; *ders*, ZfRV 2002, 137 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 25 Rz 12; *Frotz*, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44, 46.

Verschulden, sondern auch auf die Rechtswidrigkeit der Handlung beziehen;[802] dies mE zu Recht. Schon aufgrund der Doppelrelevanz des Sorgfaltsmaßstabs[803] erscheint es zutreffend, die Bestimmung auf Verschulden und Rechtswidrigkeit gleichermaßen anzuwenden. Würde man sie auf Ersteres beschränken, bliebe die Norm zudem weitgehend ohne praktische Bedeutung und würde genau zu jenem Beweisnotstand führen, den das Gesetz vermeiden will.[804] Denn Fälle, in denen dem Geschäftsführer trotz pflichtwidrigen Handelns kein Verschulden zur Last fallen würde, seien – so der OGH zutreffend – (ob des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs) äußerst selten.[805] Rechtfertigung findet die Beweislastumkehr in der Beweisnähe des organschaftlichen Vertreters[806] und in der Tatsache, dass der Geschäftsführer Verwalter fremden Vermögens ist und schon eine Verminderung des Vermögens eine Pflichtwidrigkeit seiner Handlung indiziert[807].

Das von Teilen der Lehre und Rsp geforderte darüber hinausgehende Vorbringen von Tatsachen, „aus denen ein Schluß auf die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers gezogen werden kann“,[808] ist als gesonderte Voraussetzung mE verzichtbar, muss doch die Gesellschaft ohnedies substantiiert vortragen, durch welche Handlung bzw welches Unterlassen ihr ein Schaden entstanden ist, um den Anforderungen des Kausalitätsbeweises zu genügen (s dazu oben II.F.1.b [152]).[809] Abzulehnen ist die Ansicht, wonach die Beweislast hinsichtlich der Rechtswidrigkeit in Fällen, in denen sich die Pflichtwidrigkeit nicht allein aus der Nichteinhaltung des Sorgfaltsmaßstabs ergibt, sondern aus anderen Verstößen, wie bspw der Missachtung eines

[802] S dazu zB RIS-Justiz RS0121916 T 1, OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; RIS-Justiz RS0059608 T 3, OGH 1 Ob 144/01k, SZ 2002/26; RIS-Justiz RS0059608 T 5, OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20; *H. Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 44, 47; *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 45; ebenso die dhL, s zB *v Gerkan*, ZHR 154 [1990] 49; *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 272; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 43 Rz 66; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 36; aA OGH 8 Ob 6/10f, GesRZ 2011, 230 [*Ratka*].

[803] S dazu *v Gerkan*, ZHR 154 (1990) 54; *Lehner*, GesRZ 2005, 132; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20.

[804] S dazu zB *Lehner*, GesRZ 2005, 132 f.

[805] Ausdr OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; s weiters *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 45, der zutr darauf hinweist, dass sich die objektive Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) und die subjektive Pflichtwidrigkeit (Verschulden) praktisch decken werden.

[806] S zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29; *Lehner*, GesRZ 2005, 131 f mwN; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG[8] § 43 Rz 66; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5] § 43 Rz 36; *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 270: „Beweisnähe“.

[807] Audr *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274.

[808] S zB RIS-Justiz RS0110283, zB OGH 3 Ob 34/97i, SZ 71/108, OGH 3 Ob 287/02f, SZ 2003/133; *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung, in FS Krejci (2001) 503, 510 ff; *Goette*, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648 ff; *Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in FS W. Jud (2012) 571, 599, 603; ausdr abl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20 mwN; *U. Torggler*, ZfRV 2002, 137 f.

[809] Ähnl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29 aE; vgl weiters *Fleischer* in MüKo GmbHG § 43 Rz 271.

Gesellschafterbeschlusses, einer Satzungsbestimmung oder eines Zustimmungsvorbehalts (wie etwa jenem gem § 25 Abs 4 GmbHG), wieder auf die Gesellschaft falle.[810] Zwar spricht der Wortlaut des § 84 Abs 2 S 2 AktG tatsächlich nur von der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters". Weil diese aber gerade auch die Einhaltung von Satzungsbestimmungen oder gesetzlichen Zustimmungsvorbehalten umfasst und insofern den weiteren Begriff darstellt, ist eine Differenzierung strikt abzulehnen. Eine solche würde zudem zu dem mE paradoxen Ergebnis führen, dass die Gesellschaft in Fällen eines schwerwiegenderen Verstoßes ihres Geschäftsführers die schwerere Beweislast aufgebürdet werden würde.

Die Gesellschaft hat demnach (auch bei Verstößen ihres Geschäftsführers gegen den Zustimmungsvorbehalt des § 25 Abs 4 GmbHG oder eine etwaige Insichgeschäfte betreffende Satzungsregelung) nur zu beweisen, dass ihr in Folge eines (adäquaten) Verhaltens ihres Geschäftsführers ein Schaden entstanden ist und dass die Anspruchsvoraussetzung gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG erfüllt ist[811]. Gelingt der Beweis, so ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, zu behaupten und beweisen, dass das ihm zur Last gelegte Verhalten weder subjektiv noch objektiv sorgfaltswidrig war. Das Vertretungsorgan hat sich somit sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch der Rechtswidrigkeit zu entlasten.[812] Unerwähnt bleiben darf auch an dieser Stelle nicht, dass es aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs nur selten Fälle geben wird, in denen es dem Organwalter zwar gelingt, sich vom Vorwurf des Verschuldens, nicht aber von jenem der Rechtswidrigkeit zu befreien. Dementsprechend schwer fällt der Freibeweis, wenn es der Geschäftsführer vor Abschluss eines Insichgeschäfts unterlässt, die Zustimmung einzuholen, und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht, ist ein solches Verhalten doch grundsätzlich schon *per se* pflichtwidrig (s dazu schon oben II.F.1.c.ii [154]). Möglich ist aber der Beweis, dass Gefahr in Verzug bestand (s dazu oben II.E.6.a [62]) oder es sich um einen Ausnahmefall handelt, in dem die Vorschrift des § 25 Abs 4 GmbHG teleologisch zu reduzieren ist; so bspw wenn ein (zulässiger, s dazu oben II.E.6.b.ii.4 [72]) „Geschäftseintritt" vorliegt. Gelingt es dem Geschäftsführer damit die Rechtswidrigkeit iSd Abs 4 von sich zu weisen, hat er freilich weiters vorzubringen, dass

[810] *U. Torggler*, ZfRV 2002, 137 f mwN; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20.
[811] *Lehner*, GesRZ 2005, 134; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29; s auch OGH 6 Ob 747/89, ecolex 1990, 357, wonach die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 erst dann ausgelöst werde, wenn der Beklagte das Fehlen des Beschlusses einwendet.
[812] OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29; *Lehner*, GesRZ 2005, 133.

das Geschäft auch den Anforderungen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs des Abs 1 entsprach.

Kann der Geschäftsführer weder seine objektive noch seine subjektive Sorgfaltswidrigkeit entkräften, bleibt ihm nur noch der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Nach zutreffender Ansicht des OGH und einem Teil der Lehre soll er diesbezüglich jedenfalls dann behauptungs- und beweispflichtig sein, wenn das rechtswidrige Verhalten das Risiko des Schadenseintritts im Vergleich zu dem gedachten pflichtgemäßen Alternativverhalten erhöht hat.[813] Dies beruht auf dem allgemeinen Gedanken, dass derjenige, der risikoerhöhend und damit rechtswidrig handelt, auch das Risiko der Aufklärung zu tragen hat.[814]

Da es sich um eine echte Beweislastumkehr handelt, trifft den Geschäftsführer die volle Beweislast. Es genügt demnach nicht, wenn dieser Umstände dartut, die seine Verantwortlichkeit ernstlich in Zweifel ziehen.

g. Art des Schadenersatzes

Gem § 1323 S 1 ABGB gilt der Vorrang der Naturalrestitution. Der Schaden ist demnach in erster Linie durch Zurückversetzung in den vorigen Stand auszugleichen.[815] Für die hier interessierenden Fälle bedeutet dies grundsätzlich, dass das abgeschlossene Insichgeschäft rückabzuwickeln ist. Ein verkauftes Auto muss der Gesellschaft, der vom Geschäftsführer namens der GmbH dafür bezahlte Kaufpreis Letzterem zurückgegeben werden. Es ist jener tatsächliche Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.[816] Das Primat der Naturalrestitution führt dabei zu einem Ergebnis, das insb für die hM interessant sein könnte. So vermag es auch in Fällen grundsätzlich wirksamer Insichgeschäfte (so etwa wenn zwar keine Zustimmung aber auch kein Fehlgebrauch der Vertretungsmacht vorliegt, weil der Geschäftsführer die „einfache Vermutung“ seiner Kenntnis entkräften konnte und der Gesellschaft der gegenteilige Beweis nicht gelungen ist; s ausf dazu II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]) eine Rechtslage herbeizuführen, die grundsätzlich jener eines unwirksamen Insichgeschäfts entspricht.

[813] OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 399 ff; *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/67; *Lehner*, GesRZ 2005, 133; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274 f; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 29.
[814] Ausdr *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 8/67, der sich dabei auf die Ausführungen von *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 399 ff, bezieht.
[815] Allg dazu s *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 9/1 ff.
[816] *Koziol/Welser*, Grunriss II[13], 321 f.

Geldersatz ist demgegenüber nur dann zu leisten, wenn die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht möglich oder untunlich ist, so etwa dann, wenn die rückzustellende Sache zerstört wurde oder ihre Rückstellung wegen der hohen Kosten unwirtschaftlich wäre.[817]

h. Umfang des Schadenersatzes

Zur Frage des Umfangs des Schadenersatzes sind die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften heranzuziehen, wonach zwischen eigentlicher Schadloshaltung und voller Genugtuung zu unterscheiden ist (§ 1323 S 2 ABGB). Nur in zweitem Fall gebührt dem Geschädigten neben dem positiven Schaden (§ 1332 ABGB; abstrakte oder objektive Schadensberechnung) auch der entgangene Gewinn (§ 1293 S 2 ABGB; konkrete oder subjektive Schadensberechnung).[818] Voraussetzung hierfür ist, dass der Geschäftsführer vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat (§ 1324 S 1 ABGB). Leichte Fahrlässigkeit genügt, wenn auf Seiten des Geschäftsführers ein unternehmensbezogenes Geschäft (§ 343 Abs 2 UGB) vorliegt; so etwa wenn er die von der Gesellschaft im Wege des Selbstkontrahierens gekaufte Sache für sein eigenes Unternehmen erwirbt. Da der GmbH als Formunternehmerin iSd § 2 UGB kein privater Bereich zu Teil ist (unwiderlegliche Fiktion des Unternehmensbezugs),[819] liegt damit automatisch ein beiderseitig unternehmensbezogenes Geschäft vor, das die Anwendung des § 349 UGB[820] und damit den Ersatz des entgangenen Gewinns bedingt.

i. Konkurrenz mit Bereicherungsanspruch

Besteht neben dem Schadenersatzanspruch ein Bereicherungsanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer – so insb wenn das Insichgeschäft in Folge eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht unwirksam ist und selbiges auch nicht nachträglich genehmigt wurde – konkurrieren die beiden Ansprüche.[821] Denn die Tatsache, dass ein bereicherungsrechtlicher Anspruch besteht, schließt einen Schaden nicht schlichtweg

[817] *Koziol/Welser*, Grunriss II[13], 322 f; *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 9/16 ff, 19 ff.
[818] S ausf *Reischauer* in *Rummel*, ABGB[3] § 1293 Rz 5a; *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 323 f; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 166 ff, insb 168.
[819] *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB § 2 Rz 12.
[820] „Unter Unternehmern umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn.“.
[821] S zB OGH 2 Ob 5/00z, JBl 2000, 446 [zust *Rummel*]; OGH 10 Ob 23/04m, JBl 2005, 443 [*Lukas*]; *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 17/26 ff, 17/29; *Mader* in *Schwimann*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 16; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 22.

aus.[822] Dies gilt auch und hier zeigt sich die Relevanz, wenn die Ansprüche gegen unterschiedliche Personen gerichtet sind.[823] So sind in Fällen der Doppelvertretung Geschäftsführer und Dritter Solidarschuldner.[824] Die Gesellschaft kann sich somit aussuchen, gegen wen sie vorgeht und wird demnach in der Regel denjenigen wählen, der „besser bei Kasse" ist. Sieht man von Folgeschäden ab, wird sich die Höhe des Schadenersatzanspruchs dabei regelmäßig mit der Höhe des bereicherungsrechtlichen Anspruchs decken. Denn jene errechnet sich aus der Differenz zwischen den im Rahmen des Insichgeschäfts erbrachten Leistungen und stellt damit nicht nur die bei der Gesellschaft eingetretene Vermögensminderung dar, sondern in der Regel auch die ungerechtfertigte Bereicherung des Vertragspartners. Wird der Geschäftsführer in Anspruch genommen, kann sich dieser in weiterer Folge beim Dritten regressieren (§ 896 ABGB); nach zutreffender Ansicht von *U. Torggler* mangels internen Rechtsverhältnisses in voller Höhe.[825] Nur wenn die Vermögensminderung der Gesellschaft und damit der Schaden größer ist als die Bereicherung des Vertragspartners muss der Regressanspruch mE von Letzterer abhängig gemacht werden, widrigenfalls der Vertragspartner für eine Summe Ersatz leisten müsste, um die er gar nicht bereichert wurde und insofern nicht Solidarschuldner ist. Ist der Schaden der Gesellschaft demnach größer als die Bereicherung des Dritten (so insb wenn auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist, den der Dritte mangels gleichen Know-Hows nicht einfahren konnte; zu den Voraussetzungen hierfür s oben II.F.1.h [165]), kann der Geschäftsführer nicht die volle Summe auf den Dritten überwälzen; er hat vielmehr selbst für den darüber hinausgehenden Schaden einzustehen.

j. Kompensation

Die Frage, ob der Geschäftsführer, der einem Schadenersatzanspruch der Gesellschaft ausgesetzt ist, mit eigenen Forderungen – aus dem Anstellungsvertrag, aufgrund seines gesetzlichen Anspruchs auf angemessene Entlohnung oder aufgrund von Aufwendungen, die er für die Gesellschaft getätigt hat – aufrechnen kann, ist soweit ersichtlich noch nicht beantwortet.[826] ME ist sie zu bejahen. Denn das einzige Kompensationsverbot, das das GmbHG kennt, ist in § 63 Abs 3 S 2 geregelt, wonach der

[822] OGH 7 Ob 663/90, JBl 1991, 730; *Koziol*, öHaftpflichtR I[3] Rz 17/26 ff, diesem folgend *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275; *Mader* in *Schwimann*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 16.
[823] S zB *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 25; *Mader* in *Schwimann*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 16; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275.
[824] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275, s weiters *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 25; s auch *Mader* in *Schwimann*, ABGB[3] Vor § 1431 Rz 16, der jedoch selbst keine Stellung dazu bezieht.
[825] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275.
[826] Diese Frage jedoch aufwerfend *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275.

Einzahlungspflicht von Stammeinlagen nicht durch Kompensation mit einer Forderung an der GmbH genügt werden kann.[827] Zwar wird dies von Teilen der Lehre auch auf Ansprüche der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter wegen verbotener Einlagenrückgewähr analog angewendet, doch ist schon dabei strittig, ob dies nur für solche Leistungen zu gelten habe, die das Gesellschaftsvermögen unter das Stammkapital drücken oder für sämtliche vermögensauskehrende Leistungen.[828] Betrifft die Forderung der Gesellschaft aber weder Fälle der Kapitalaufbringung noch solche der Kapitalerhaltung – so etwa weil es wie in den hier interessierenden Fällen um einen Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer geht –, greift ein Kompensationsverbot mE nicht Platz.[829] Anderes gilt freilich, wenn ein solches Aufrechnungshindernis im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen wurde.[830]

2. Abberufung aus wichtigem Grund

Noch wenig diskutiert wurde die Frage, ob der Abschluss eines pflichtwidrigen Insichgeschäfts einen „wichtigen Grund" für die Abberufung des Geschäftsführers darstellen kann. Wann ein „wichtiger Grund" vorliegt, beschreiben (wenn auch nur demonstrativ) die §§ 117 Abs 1, 127 UGB, die aufgrund des Verweises in § 16 Abs 2 GmbHG auf die gerichtliche Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers analog Anwendung finden, und ausweislich der Materialien zudem auch der näheren Beschreibung des „wichtigen Grunds" dienen.[831] Demnach ist ein solcher Grund insb bei grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gegeben. Darüber hinaus nimmt die Rsp allgemein bei „alle[n] bedeutsamen Umstände[n], die die Belange der Gesellschaft gefährden oder ihr die Beibehaltung des Geschäftsführers unzumutbar machen" einen „wichtigen Grund" an.[832] Jedoch soll es im Einzelfall stets auf eine Interessenabwägung ankommen, in die auch die bisherigen Verdienste des

[827] S dazu ausf *Schopper* in *Straube*, WK GmbHG § 63 Rz 107 ff.
[828] S dazu *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 83 Rz 18; einschränkend auf verbotene Leistungen, die das Gesellschaftsvermögen unter das Stammkapital drücken *Bauer/Zehetner* in *Straube*, WK GmbHG § 83 Rz 56.
[829] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 72 Rz 13, die sogar die Erfüllung einer Nachschusspflicht eines Gesellschafters durch Aufrechnung für „unproblematisch" erklären. Vgl weiters *Brugger/Schopper* in *Straube*, WK GmbHG § 72 Rz 49.
[830] Zur Möglichkeit, vertragliche Aufrechnungsverbote zu schaffen zB *Dullinger* in *Rummel*, ABGB[3] § 1440 Rz 29. Ist der Geschäftsführer Verbraucher, ist § 6 Abs 1 Z 8 KSchG zu beachten: *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1440 Rz 33.
[831] EB GmbHG 6; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 504. S weiters OGH 7 Ob 700/88, wbl 1989, 374; OGH 4 Ob 507/90, wbl 1990, 383 [*Aicher*].
[832] RIS-Justiz RS0059403, zB OGH 8 Ob 563/89, GesRZ 1990, 225; OGH 6 Ob 190/06v, GesRZ 2007, 128 [*U. Torggler*].

Geschäftsführers sowie etwaiges Fehlverhalten seiner Kollegen miteinzubeziehen sind.[833] Wenngleich es insofern schwer fällt, an dieser Stelle allgemein gültige Aussagen für die hier interessierenden Fälle zu treffen, kann wohl dennoch behauptet werden, dass der Abschluss eines Insichgeschäfts entgegen eines ablehnenden Beschlusses der Gesellschafter, des Aufsichtsrats oder der übrigen Geschäftsführer in der Regel eine grobe Pflichtverletzung und damit einen „wichtigen Grund" zur Abberufung darstellen wird. Gibt es hingegen keinen ablehnenden Beschluss, weil der Geschäftsführer die entsprechenden Organe nie mit der Thematik befasste und das Geschäft vielmehr eigenmächtig abgeschlossen hat, wird dies allein wohl noch keine Abberufung rechtfertigen, wenngleich es in dieser Konstellation sicher sehr auf den Einzelfall ankommen wird – anders mE das wiederholte Hinwegsetzen über den Zustimmungsvorbehalt des § 25 Abs 4 GmbHG.[834]

3. Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund

Nachdem die (organschaftliche) Abberufung eines Geschäftsführers keine unmittelbaren Auswirkungen auf dessen Anstellungsvertrag (idR Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag) hat,[835] muss gesondert gefragt werden, ob der Abschluss eines Insichgeschäfts auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund rechtfertigt. Dabei darf von der Tatsache, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung des Geschäftsführers vorlag, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass auch ein wichtiger Grund für die Auflösung des Arbeitsvertrags (§§ 25, 27 AngG), also für eine Entlassung, oder die vorzeitige Auflösung des Dienstvertrags (§ 1162 ABGB), gegeben ist. Denn die wichtigen Gründe sind hier nicht immer identisch.[836] So kann eine längere Krankheit des Geschäftsführers oder dessen wirtschaftliche Erfolglosigkeit zwar seine organschaftliche Abberufung rechtfertigen, nicht hingegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.[837] Anders wird dies im Schrifttum jedoch bei groben Pflichtverstößen des Geschäftsführers gesehen. Letztere sollen nicht nur einen Abberufungs-, sondern in

[833] S dazu zB RIS-Justiz RS0059647 T 1, OGH 6 Ob 190/06v, GesRZ 2007, 128 [*U. Torggler*]; *S.-F. Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 117 Rz 3 f; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, WK UGB[4] § 127 Rz 4; diff *U. Torggler*, GesRZ 2007, 130.

[834] Vgl zB RIS-Justiz RS0061714, wonach das „wiederholte Überschreiten der eigenen Befugnisse" einen wichtigen Grund darstellen kann, zB OGH 7 Ob 700/88, wbl 1989, 374.

[835] S dazu zB OGH 8 Ob 563/89, ecolex 1991, 324; *Schrammel*, Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern aus arbeitsrechtlicher Sicht, ecolex 1990, 697; *Harrer*, Abberufung des Geschäftsführers und Beendigung des Anstellungsverhältnisses, wbl 2000, 255 f; *Stoll*, GmbH-Geschäftsführer-Abberufung: Trennung Gesellschaftsrecht von Arbeitsrecht, ASoK 2012, 183; *Binder*, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit GmbH-Geschäftsführerverträgen, ASoK 2008, 322, 329.

[836] *Mosler*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers einer GmbH, wbl 2002, 49.

[837] Ausf *Mosler*, wbl 2002, 49; vgl aber auch *Schrammel*, ecolex 1990, 697 ff; *Stoll*, ASoK 2012, 183.

aller Regel auch einen Entlassungsgrund (in den hier interessierenden Fällen wird insb § 27 Z 1 Alt 3 AngG[838] [Vertrauensunwürdigkeit] einschlägig sein) bzw einen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrags setzen,[839] was die Lösung der Eingangsfrage erheblich erleichtert und eine sinngemäße Anwendung des unter II.F.2 (167) Gesagten erlaubt.[840]

4. Strafrechtliche Konsequenzen

Neben den schon genannten Rechtsfolgen kann der Abschluss eines Insichgeschäfts sogar strafrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer haben. Denn gem § 153 Abs 1 StGB ist, wer die ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen; Abs 2 enthält eine Strafverschärfung für die Qualifikation des Delikts. Missbraucht der Geschäftsführer demnach die ihm eingeräumte (nach der hier vertretenen Auffassung auch den Abschluss von Insichgeschäften umfassende) Vertretungsmacht wissentlich und entsteht der Gesellschaft dadurch ein Vermögensnachteil[841], macht er sich strafbar iSd § 153 Abs 1 StGB.[842] Sein Vorsatz muss sich dabei einerseits auf den Missbrauch seiner Befugnisse (Vorsatzintensität: Wissentlichkeit), andererseits auf die Schadenszufügung (jede Vorsatzart genügt) beziehen.[843] Dass der Geschäftsführer davon ausging, dass die Gesellschaft das zunächst eigenmächtig abgeschlossene Geschäft nachträglich genehmigen werde, lässt das Vorliegen der Wissentlichkeit bestehen.[844] Vielmehr zeigt dieser Umstand mE, dass dem Geschäftsführer das Überschreiten seiner internen Befugnisse sehr wohl bewusst war.[845] Auswirkung könnte dies lediglich auf den Schädigungsvorsatz haben.[846] Da diesbezüglich

[838] Vgl die Aufzählung bei *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 27 Rz 188 ff.
[839] S dazu *Mosler*, wbl 2002, 49; weitergehend *Schrammel*, ecolex 1990, 697 ff.
[840] S aber auch OGH 8 Ob 563/89, ecolex 1991, 324, wo das Höchstgericht bereits das einmalige Unterlassen der Buchführungspflicht aufgrund der dadurch geschaffenen Situation der Vertrauensunwürdigkeit als ausreichenden (wichtigen) Grund zur Beendigungen des Arbeitsverhältnisses erachtete.
[841] Dazu, was unter den Begriff des Vermögensnachteils zu subsumieren ist *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB^2 § 153 Rz 36, 38; *Pfeifer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SK StGB § 153 Rz 32 mwN; s aber auch *Lewisch*, Untreue als Vermögensgefährdungsdelikt? AnwBl 2012, 141, 142 f.
[842] Vgl auch *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB^2 § 153 Rz 29, die explizit auf Fälle von Insichgeschäften Bezug nehmen; vgl weiters *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 2/324.
[843] *Lewisch*, AnwBl 2012, 141, 143; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB^2 § 153 Rz 42; *Pfeifer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SK StGB § 153 Rz 39.
[844] *Pfeifer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SK StGB § 153 Rz 24 aE; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB^2 § 153 Rz 43.
[845] *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB^2 § 153 Rz 43.
[846] S zum Ganzen auch *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB^2 § 153 Rz 43.

aber auch *dolus eventualis* genügt und sich der Geschäftsführer im Vorfeld der nachträglichen Genehmigung nie gewiss sein kann, dürfte dies wohl auch diesem Tatbestandselement nicht abträglich sein.

5. Verbotene Einlagenrückgewähr

Aufgrund der Tatsache, dass Fragen zum Verbot der Einlagenrückgewähr eigene Dissertationen füllen,[847] darf sich dieser Punkt mit dem Hinweis begnügen, dass der Abschluss eines Insichgeschäfts gleichzeitig einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen kann.[848] Im Fall des Selbstkontrahierens ist dabei freilich Voraussetzung, dass der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter der GmbH oder zumindest eine diesem nahestehende Person[849] ist, im Fall der Doppelvertretung muss es sich bei dem vom Geschäftsführer vertretenen Dritten um einen Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person[850] handeln, widrigenfalls sich eine Rückgewähr von Stammeinlagen nicht konstruieren ließe.

6. Zusammenfassung und Thesen

- Die in der Praxis wohl häufigste Sanktion gegen pflichtwidrige Insichgeschäfte sind Schadenersatzansprüche gegen den (idR eigenmächtig handelnden) Geschäftsführer.

- Der Schadensbegriff des § 25 GmbHG folgt dabei dem weiten Schadensbegriff des ABGB. Eine Begrenzung desselben auf zweckwidrige Vermögensminderungen verlagert Elemente der Rechtswidrigkeit in den Schadensbegriff und ist abzulehnen.

- Auch bloße Vermögensumschichtungen, also wertmäßig neutrale, ja sogar vorteilhafte Rechtsgeschäfte können einen (realen) Schaden darstellen, der die Gesellschaft zur Naturalrestitution berechtigt.

- Stets ist der Schaden schon mit Entstehen der Forderung begründet.

[847] S zB *Köppl*, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr" unter besonderer Berücksichtigung Dritter (2014).
[848] S zB OGH 6 Ob 271/05d, ÖBA 2006/1337 [*Karollus*]; OGH 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 [*Rüffler*]; OGH 6 Ob 110/12p, wbl 2013, 43.
[849] Zur Frage, wer in diesen Kreis miteinzubeziehen ist, s *Köppl*, „Einlagenrückgewähr" 39 ff.
[850] FN 849.

- Die Kausalität ist in Fällen, in denen der Geschäftsführer ohne Zustimmung oder trotz verweigerter Zustimmung kontrahiert, unproblematisch.

- Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens verlangt neben dem Beweis, dass unbefangene Organe dem Geschäft ihre Zustimmung erteilt hätten, in der Regel auch den Nachweis der Angemessenheit der Gegenleistung.

- Ein Insichgeschäft ohne Zustimmung der Gesellschaft ist von gewissen Ausnahmefällen abgesehen (II.E.6 [62]) *per se* rechtswidrig iSd § 25 Abs 4 GmbHG; und zwar unabhängig davon, ob das Geschäft an sich dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 *leg cit* entspricht.

- Wurde dem Insichgeschäft im Vorfeld eine § 25 Abs 4 GmbHG entsprechende Zustimmung erteilt, kann sein Abschluss dennoch rechtswidrig iSd § 25 Abs 1 *leg cit* sein. Dies gilt in Anlehnung an die zu Weisungen entwickelten Grundsätze nur dann nicht, wenn die Gesellschafter oder ein Aufsichtsrat (Beirat), dem ein satzungsmäßiges Weisungsrecht eingeräumt wurde, einem konkreten Geschäft des Geschäftsführers ihre Zustimmung erteilt und dieses damit in verantwortlicher Mitentscheidung gebilligt haben.

- Durch die nachträgliche Genehmigung eines schwebend unwirksamen Insichgeschäfts bleibt die Rechtswidrigkeit des Geschäftsabschlusses grundsätzlich unberührt. Eine nachträgliche Genehmigung der *Gesellschafter* kann aber bei Hinzutreten weiterer Indizien in eine konkludente Entlastungserklärung umgedeutet werden. Hätte die nachträgliche Genehmigung nach der Sachlage eigentlich verweigert werden müssen, ist die Schadenszurechnung hingegen unterbrochen, sodass sich die Frage der Konversion nicht mehr stellt.

- Aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs des § 25 Abs 1 GmbHG ist dem rechtswidrig handelnden Geschäftsführer grundsätzlich auch Verschulden vorzuwerfen.

- Vom Vorwurf des Verschuldens entlasten kann ein nichtiger Zustimmungsbeschluss *sämtlicher Gesellschafter* (ein mangelfreier bzw unangefochtener Beschluss würde demgegenüber schon die Rechtswidrigkeit beseitigen). Bei Nichtigkeit iSd § 25 Abs 3 GmbHG gilt dies jedoch nur, wenn der Ersatzanspruch nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Bloße Mehrheitsbeschlüsse entfalten indes keine haftungsbefreiende Wirkung.

- Das Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG ist materielle Anspruchsvoraussetzung, sodass die Klage bei Fehlen eines entsprechenden Beschlusses als unbegründet abzuweisen ist.

- Die Behauptungs- und Beweislast für Schaden (Eintritt und Höhe), (adäquate) Kausalität und das Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG trifft die Gesellschaft. Hinsichtlich Rechtwidrigkeit und Verschulden gilt die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 S 2 AktG analog. Der Geschäftsführer hat somit zu beweisen, dass sein Verhalten weder objektiv noch subjektiv sorgfaltswidrig war. Hinsichtlich des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens ist er jedenfalls dann beweispflichtig, wenn das rechtswidrige Verhalten das Risiko des Schadenseintritts im Vergleich zu dem gedachten pflichtgemäßen Alternativverhalten erhöht hat.

- Aufgrund des Primats der Naturalrestitution ist Geldersatz nur dann zu leisten, wenn die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht möglich oder untunlich ist.

- Handelt der Geschäftsführer vorsätzlich oder grob fahrlässig oder liegt ein beiderseitig unternehmensbezogenes Geschäft vor (seitens der GmbH gilt die unwiderlegliche Fiktion des Unternehmensbezugs), umfasst der Ersatzanspruch neben dem positiven Schaden auch den entgangenen Gewinn.

- Besteht neben dem Schadenersatzanspruch (etwa aufgrund der Unwirksamkeit des Insichgeschäfts) ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer, konkurrieren die beiden Ansprüche. Im Fall der Doppelvertretung sind Geschäftsführer und Dritter Solidarschuldner. Kompensationsverbot besteht

keines, weshalb der Vertreter mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft aufrechnen kann.

- Der pflichtwidrige Abschluss eines Insichgeschäfts kann zudem einen „wichtigen Grund“ für die Abberufung des Geschäftsführers sowie die Auflösung dessen Arbeitsverhältnisses darstellen, so etwa wenn er sich trotz ablehnenden Beschlusses des Aufsichtsrats, der übrigen Geschäftsführer oder der Gesellschaft für den Abschluss des Geschäfts entscheidet oder sich wiederholt über den Zustimmungsvorbehalt des § 25 Abs 4 GmbHG hinwegsetzt.

- Missbraucht der Geschäftsführer wissentlich seine (mE auch den Abschluss von Insichgeschäften umfassende) Vertretungsmacht und nimmt zumindest in Kauf, der Gesellschaft dadurch einen Schaden zuzufügen, erfüllt er zudem die Tatbestandsvoraussetzungen der „Untreue“ (§ 153 StGB).

- Zu guter Letzt ist zu erwähnen, dass das Insichgeschäft eines selbstkontrahierenden Gesellschafter-Geschäftsführers oder eines doppelvertretenden Geschäftsführers, der gleichzeitig einen Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person vertritt, auch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen kann.

III. Teil: Einmann-GmbH

A. Einleitung

Wie Insichgeschäfte des Alleingesellschafters zu behandeln sind, war jahrelang strittig. Während die Rsp wie auch im Mehrpersonen-Pendant die Zustimmung der Gesellschaft forderte[851] (und somit in Ermangelung eines unbefangenen Gesellschaftsorgans die Beiziehung eines Kollisionskurators erforderlich machte)[852], vertrat die Lehre den Standpunkt, dass aufgrund des Interessengleichlaufs von Gesellschaft und Alleingesellschafter eine Zustimmung unterbleiben könne.[853] Endgültig entschieden hat diesen Meinungsstreit das EU-GesRÄG 1996, mit dem § 18 GmbHG zwei Absätze über das Insichgeschäft angefügt wurden, welche ua die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens durch den Alleingesellschafter ausdrücklich festhalten und insb die Bestellung eines Kurators für entbehrlich erklären. Wie die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage festhalten, wurde damit „der bisherigen, vielfach kritisierten Rechtsprechung […] die Grundlage entzogen".[854] Verlangt wird in Umsetzung des Art 5 der Einpersonen-RL[855] nunmehr lediglich, dass der Alleingesellschafter über Rechtsgeschäfte, die er sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, unverzüglich eine Urkunde errichtet (§ 18 Abs 5 S 1 GmbHG). Doch selbst diese Erfordernis kann wegen der „Bestreben, die den kleinen Unternehmen auferlegten Formalitäten auf das unbedingt notwendige Mass zu beschränken"[856] immer dann unterbleiben, „wenn das Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen wird" (§ 18 Abs 6 GmbHG).

Bemerkenswert ist, dass die Neuregelung um ein Haar nicht nur Einmann-, sondern auch Mehrpersonengesellschaften erfasst hätte.[857] Denn die Regierungsvorlage spricht noch ganz allgemein von „Rechtsgeschäfte[n], die ein Gesellschafter sowohl im eigenen

[851] S zB RIS-Justiz RS0019680 T 1, OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39: „Auch bei der Einmann-Ges.m.b.H. decken sich deren Interessen keineswegs immer mit jenen des einzigen Gesellschafters"; OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94.
[852] So zB OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94; RIS-Justiz RS0019680 T 1, OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39; zust *Wünsch* in FS Hämmerle 451.
[853] *Thöni*, wbl 1988, 102; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35, 36; *Harrer*, RdW 1991, 167, 168 f.
[854] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 113.
[855] Art 5 Abs 1 Einpersonen-RL: „Verträge, die zwischen dem einzigen Gesellschafter und der von ihm vertretenen Gesellschaft abgeschlossen werden, sind in eine Niederschrift aufzunehmen oder schriftlich abzufassen."; Art 5 Abs 2 Einpersonen-RL: „Die Mitgliedstaaten brauchen Absatz 1 auf die unter normalen Bedingungen abgeschlossenen laufenden Geschäfte nicht anzuwenden.".
[856] Begründung des Rates vom 28.6.1989, Ratsdokument 7459/89 ADD 1, Seite 4 Punkt III.2.
[857] S dazu *Geist*, SWK 1996 B 99 f; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 198.

Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt".[858] Erst im Justizausschuss erfolgte eine Beschränkung auf Geschäfte, die „der einzige Gesellschafter" einer GmbH auf eben jenem Weg vornimmt,[859] was mE einer Rettung in letzter Sekunde gleicht. Denn während es bei Einmanngesellschaften kein von den Interessen des Alleingesellschafters zu abstrahierendes eigenständiges Gesellschaftsinteresse gibt, wird das Gesellschaftsinteresse der Mehrpersonengesellschaft auch durch die Interessen aller übrigen (am Geschäft unbeteiligten) Gesellschafter definiert.[860]

Erwähnt werden soll an dieser Stelle auch, dass sich der österreichische Gesetzgeber mit der Regelung in § 18 Abs 5 f GmbHG klar gegen die Auffassung des deutschen Gesetzgebers entschieden hat.[861] Denn dieser hat mit der GmbH-Novelle 1980 Geschäfte des Alleingesellschafter-Geschäftsführers ausdrücklich dem Reglement des § 181 BGB unterstellt und sie damit entgegen der damaligen deutschen Rsp für unzulässig erklärt (§ 35 Abs 3 dGmbHG), was im Schrifttum jedoch auf heftige Kritik gestoßen ist.[862] Auch hat der deutsche Gesetzgeber von der in Art 5 Abs 2 Einpersonen-RL vorgesehenen Möglichkeit, „harmlose" Geschäfte von der Beurkundungspflicht auszunehmen, keinen Gebrauch gemacht, was aus Gründen, die es noch zu zeigen gilt, auch den inländischen Rechtsanwendern Schwierigkeiten erspart hätte (s dazu unten III.C.4 [188]).

Trotz der in Österreich nunmehr seit 1.7.1996 bestehenden gesetzlichen Regelung existieren nach wie vor Unklarheiten iZm Insichgeschäften des Alleingesellschafters. So ist etwa strittig, ob die Bestimmung trotz abweichenden Wortlauts auch Fälle der Doppelvertretung erfasst. Und auch die Rechtsfolgen einer fehlenden Protokollierung sind noch nicht abschließend geklärt. Die folgenden Kapitel sollen daher zumindest einen Beitrag zur Beantwortung dieser und anderer sich stellender Fragen leisten. Die Struktur wird dabei jener folgen, die sich schon bei Untersuchung der Mehrpersonen-GmbH bewährt hat. Um Wiederholungen vorzubeugen, darf bei jenen Problemen, die sich im

[858] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 33. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass selbst wenn die insofern liberale Regierungsvorlage Gesetz geworden wäre, nur Fälle des Selbstkontrahierens eines *Gesellschafters* zulässig gewesen wären (wohl unabhängig davon, ob dieser als Geschäftsführer oder als rechtsgeschäftlicher Vertreter der GmbH agiert oder ihm in seiner Funktion als Gesellschafterversammlung ausnahmsweise Vertretungsbefugnis zu Teil wird). Geschäfte des Fremdgeschäftsführers waren demgegenüber nie Gegenstand der Neuregelung.
[859] JAB 133 BlgNR 20. GP 4.
[860] S *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 209.
[861] S dazu auch *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 198 f.
[862] S dazu zB *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 137: „Rechtliche Regelung ist sachlich wenig glücklich, weil materieller Interessenkonflikt für EinmannGfterGFührer nur bei Insolvenzgefährdung besteht, es daher letztlich nur um hinreichende Dokumentation gehen kann".

Rahmen des Mehrpersonen-Pendants gleichsam stellen, auf das schon Ausgeführte verwiesen werden.

B. Abschluss: Manifestation

Weil auch Insichgeschäfte des Alleingesellschafters nicht durch bloß innerlichen Entschluss des Vertreters wirksam begründet[863] werden können,[864] hat auch hier an die Stelle des Austauschs von empfangsbedürftigen Willenserklärungen (§ 861 ABGB) die Setzung eines Manifestationsakts zu treten.[865] Nach der bereits an anderer Stelle vorgestellten Formel der Rsp, der im Wesentlichen auch die Lehre beinahe einhellig folgt,[866] muss der Abschlusswille des Vertreters demnach derart nach außen zum Ausdruck gebracht werden, dass seine Erklärung unzweifelhaft feststeht und nicht mehr unkontrollierbar zurückgenommen werden kann.[867] Weil sich der Wille des Alleingesellschafters somit nach den gleichen Grundsätzen wie jener des Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH zu manifestieren hat, kann hinsichtlich seiner Anforderungen auf die Ausführungen unter II.C.3 (25) verwiesen werden. Gleiches gilt bezüglich der Rechtsfolgen einer fehlenden Manifestierung (II.C.4 [32]).

C. Protokollierung

1. Normzweck und Schutzobjekt

Gem § 18 Abs 5 S 1 GmbHG ist „…[ü]ber Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, […] unverzüglich eine Urkunde zu errichten“ (zur Ausnahme gem Abs 6 s unten III.C.4

[863] S § 18 Abs 5: „abschließt“.
[864] Diesem mangelt es nämlich an dem auf Herbeiführung bestimmter Rechtsfolgen gerichteten Geschäftswillen; s dazu nur *Hupka*, Vollmacht 278.
[865] S auch JAB 133 BlgNR 20. GP 4, wonach die in der Vorschrift geforderte Urkunde den nach der allgemeinen zivilrechtlichen Lehre über das Selbstkontrahieren erforderlichen Manifestationsakt darstellen *kann*.
[866] HM, *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 35; *ders*, wbl 2000, 389, 390 mwN; ausf *Geist*, SWK 1996 B 99, 102; *Thöni*, wbl 1998, 102, 103 ff; weniger streng *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG^2, 290 mit FN 212, der eine Erklärung ausreichen lässt, die für eine Dritten feststellbar ist. Das vom OGH (seines Erachtens aufgrund von überbetonten Verkehrsschutzinteressen) aufgestellte Erfordernis des Ausschlusses einer geheimen und unkontrollierbaren Rücknahme hält er für nicht erforderlich, zumal Verkehrsschutzinteressen nicht mehr als sonst Beachtung verdienen.
[867] Grundlegend RG I 82/81, RGZ 6, 11; stRsp RIS-Justiz RS0108252; RS0049183; RS0019684; RS0059793; OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100; OGH 4 Ob 7/92, wbl 1992, 406; OGH 3 Ob 2325/96z, RdW 1997, 721; OGH 3 Ob 2106/96v, SZ 71/27; OGH 1 Ob 115/02x, ÖBA 2003, 226; OGH 6 Ob 298/05z, RdW 2006, 761; OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308; OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y; OGH 5 Ob 39/10m; GesRZ 2011, 46.

[188]). Zweck der Vorschrift ist es, für ausreichende Beweissicherung zu sorgen.[868] Das vom europäischen Gesetzgeber aufgestellte (Art 5 Einpersonen-RL) und vom österreichischen Pendant umgesetzte Gebot der Schriftform, das insofern strengere Anforderungen stellt, als der schon nach allgemeinen Regeln erforderliche Manifestationsakt,[869] erklärt sich mE daraus, dass die Gefahr einer Vermögensvermischung[870] bei Einmanngesellschaften besonders groß ist (s dazu bereits oben II.D.1 [33]).[871] Insb besteht das Risiko, dass der Alleingesellschafter gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt – er also die „Todsünde" des Kapitalgesellschaftsrechts begeht –, indem er mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließt, die einem Drittvergleich nicht standhalten.[872] §§ 82 f GmbHG ordnen zwar die Nichtigkeit solcher „vermögensauskehrender" Geschäfte an, doch hilft dies wenig, wenn nachträglich gar nicht mehr festgestellt werden kann, ob die gewährte Leistung inäquivalent oder doch angemessen war. Im schlimmsten Fall kann nachträglich gar nicht mehr festgestellt werden, ob überhaupt eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat.

Vorrangiges Schutzobjekt der Dokumentationspflicht sind die Gläubiger der Gesellschaft und des Alleingesellschafters, die es vor intransparenten Vermögensverschiebungen zu bewahren gilt.[873] Dass jene nicht zur Einsicht in die

---

[868] S zB *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 70; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 35; *ders*, wbl 2000, 391 f; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 202 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 2, 23a.

[869] S dazu auch JAB 133 BlgNR 20. GP 4, der festhält, dass die in der Vorschrift geforderte Urkunde den nach der allgemein zivilrechtlichen Lehre über das Selbstkontrahieren erforderlichen Manifestationsakt darstellen kann.

[870] Obiter zur Anerkennung der Vermögensvermischung als einen Fall der Durchgriffshaftung s zB OGH 6 Ob 313/03b, GeS 2005, 19 [*Fantur*]: „wenn das Prinzip der Trennung von Vermögen der Gesellschaft und der Gesellschafter verletzt wird". S weiters BGH II ZR 16/93, NJW 1994, 1801: „wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist; denn dann können die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 II [d]GmbHG) ist, nicht funktionieren.".

[871] Allg zur Vermögensvermischung s *U. Torggler*, JBl 2006, 87: „Im Wesentlichen dürfte es um Gesellschaften (meist Einpersonengesellschaften) gehen, bei denen aufgrund fehlender oder äußerst mangelhafter Buchführung die stattgefundenen Bewegungen zwischen dem Verbandsvermögen und dem Privatvermögen der Gesellschafter nicht nachvollziehbar sind."; s weiters *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 13 Rz 134 sowie die Nw in der folgenden FN.

[872] Natürlich kann es auch in der Mehrpersonen-GmbH durch ein Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr kommen. Häufiger ist dies jedoch in Einmanngesellschaften der Fall, zumal dort die mangelnde Unterscheidbarkeit von Gesellschafts- und Privatvermögen ein typisches Problem darstellt (dazu *Thöni*, wbl 1988, 102, 107; vgl *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 108). Zum Ganzen s auch *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 201 ff; *U. Torggler*, wbl 2000, 391; *Kalss* in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht I (1994) 302.

[873] RIS-Justiz RS0124490, OGH 2 Ob 246/08b, RdW 2009, 466; OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94; *Koppensteiner* in FS Claussen 217; *Geist*, SWK 1996 B 101; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 210 f; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 39; *ders*, wbl 2000, 391; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23a; *Kalss* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht I 304; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 49; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 70; s auch schon *Thöni*,

Unterlagen berechtigt sind,[874] schadet mE nicht, soll die Protokollierung doch nur der nachträglichen Überprüf- und Beweisbarkeit des Geschäfts und seiner Konditionen dienen. Und zu diesem Zweck steht die Urkunde auch nachfolgenden Gesellschaftern, Geschäftsführern bzw einem etwaigen Masseverwalter zur Verfügung.[875]

Fraglich ist, ob das Protokollierungserfordernis auch die Gesellschaft selbst schützt.[876] Gegen ein Schutzbedürfnis spricht zunächst, dass sich die Interessen der Gesellschaft grundsätzlich mit jenen des Alleingesellschafters decken, was wie *Koppensteiner/Rüffler* zutreffend betonen nun bereits durch das Gesetz selbst ausgedrückt wird, indem es die Bestellung eines Kollisionskurators für entbehrlich erklärt.[877] Weil jedoch die Möglichkeit besteht, dass sich nach Abschluss des Insichgeschäfts der Gesellschafterbestand ändert oder die GmbH in Konkurs fällt, ist die Frage dennoch zu bejahen.[878]

Dass eine entsprechende Dokumentation auch für den Vertreter selbst empfehlenswert ist, zeigt schon die einfache Überlegung, dass dieser, wenn er sich auf den Abschluss des Geschäfts berufen möchte, diesen nach allgemeinen zivilprozessualen Beweislastverteilungsregeln auch zu beweisen hat, was am leichtesten mit einer schriftlichen Aufzeichnung gelingen wird.[879]

2. Anwendungsbereich

Unmittelbar erfasst das Protokollierungsgebot des § 18 Abs 5 GmbHG nur Rechtsgeschäfte[880], „die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt“, wobei es nach dem Justizausschussbericht genügt, wenn der Gesellschafter an der Gesamtvertretung mitwirkt.[881] Nach zutreffender Ansicht

---

wbl 1988, 102, 105 ff; so auch die dhM, zB *Lenz* in *Michalski*, GmbHG[2] § 35 Rz 92; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 137; s auch *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 181, 211.

[874] Ein entsprechendes Einsichtsrecht wurde jedoch vom Wirtschafts- und Sozialausschuss gefordert, in dessen Stellungnahme es heißt (Punkt 2.4.1.): „Im Hinblick auf eine größere Transparenz und zur Erleichterung der Rechtsdurchsetzung sollte das Recht Dritter, in Protokolle und sonstige Unterlagen Einsicht nehmen zu können, nachdrücklich festgelegt werden.“; s dazu ABl C 317/88, 9, 10.

[875] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 202.

[876] Verneinend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23a; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 49; aA *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 202.

[877] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23a; so auch schon *Koppensteiner* in FS Claussen 217.

[878] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 202.

[879] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23.

[880] Zur Abgrenzung s bereits oben I.D.1 (8).

[881] JAB 133 BlgNR 20. GP 4: „Die Errichtung einer Urkunde ist auch dann vorgesehen, wenn der Einpersonengesellschafter bloß Kollektivvertretungsbefugnis für die Gesellschaft hat“; s weiters

ist es dabei unerheblich, ob der Alleingesellschafter in seiner Funktion als Geschäftsführer handelt, oder aufgrund einer ihm eingeräumten rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.[882] Auch Fälle, in denen der Gesellschafter ausnahmsweise in seiner Eigenschaft als Gesellschafterversammlung[883] oder als Mitglied eines Aufsichts- oder Beirats die Gesellschaft vertritt, sind mE tatbestandsmäßig.[884] Zwar könnte aus der systematischen Stellung – § 18 GmbHG regelt die Vertretung der Gesellschaft durch den *Geschäftsführer* – der Rückschluss gezogen werden, dass nur der als *Geschäftsführer* handelnde Alleingesellschafter erfasst ist.[885] Hierfür finden sich jedoch weder im Wortlaut noch in den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte. Vielmehr spricht schon eine richtlinienkonforme Interpretation für die Erstreckung auf diese Fälle.[886]

Auch teleologische Gründe sprechen dafür. Denn die durch das Dokumentationsgebot zu bannende Gefahr der intransparenten Vermögensverschiebung hängt gerade nicht von der zugrunde liegenden Vertretungsmacht ab.[887] Ausschlaggebend ist vielmehr, dass der Alleingesellschafter der „Drahtzieher" der Transaktion ist, weshalb Abs 5 daher auch immer dann (analog) anzuwenden ist, wenn die Gesellschaft zwar von einer anderen Person als dem Alleingesellschafter vertreten wird – etwa einem Fremdgeschäftsführer oder einem Bevollmächtigten –, diese allerdings im Auftrag des Gesellschafters handelt; so etwa wenn der gesamtvertretungsbefugte Alleingesellschafter-Geschäftsführer den ebenfalls gesamtvertretungsbefugten Fremdgeschäftsführer zum Abschluss eines Geschäfts ermächtigt oder der alleinvertretungsbefugte Fremdgeschäftsführer vom Alleingesellschafter dazu angewiesen wird.[888] Diesen Gedanken weiterführend, sind mE auch Fälle zu erfassen, in denen die Gesellschaft von einer Person vertreten wird, die zwar grundsätzlich eigenständig handelt, in ihrer Funktion

---

Koppensteiner/Rüffler, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *U. Torggler*, wbl 2000, 392; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 200; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 118; *Kalss* in FS Koppensteiner 302.

[882] *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 50; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 67; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 39; *Geist*, SWK 1996 B 100.

[883] So etwa bei Abschluss des Anstellungsvertrags; s dazu zB *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 39; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.

[884] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b mwN; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 67; *Geist*, SWK 1996 B 100; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 39.

[885] So *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236.

[886] *U. Torggler*, wbl 2000, 392; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 200 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; aA *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236.

[887] So auch *Geist*, SWK 1996 B 100, der zudem die systematische Platzierung der Regelung in § 18 als „nicht glücklich" bezeichnet. Auch *U. Torggler*, wbl 2000, 392 spricht von „der (verfehlten) systematischen Stellung des Abs 5".

[888] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 204 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 67; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; s weiters *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 118, die auf die wirtschaftliche Abhängigkeit des Vertreters abstellen; vgl OGH 10 Ob 216/02s, RdW 2003, 201.

aber dennoch vom Alleingesellschafter abhängig ist.[889] So wird ein Prokurist, aber auch ein Geschäftsführer, der gleichsam jederzeit vom Alleingesellschafter abberufen werden kann, in seiner Willensbildung nicht völlig frei sein, weshalb es geboten erscheint, auch Geschäfte zwischen der von einer solchen Person vertretenen Gesellschaft und dem am Vertretungsakt unbeteiligten Alleingesellschafter zu dokumentieren. Umgekehrt ist dem Protokollierungserfordernis aber auch immer dann Rechnung zu tragen, wenn das rechtsgeschäftliche Gegenüber nicht der Alleingesellschafter selbst ist, sondern ein Dritter, dessen Interessen er (ähnlich seiner eigenen) fördern möchte („materielles Selbstkontrahieren"). Zu denken ist hier etwa an Rechtsgeschäfte mit nahen Angehörigen des Alleingesellschafters oder mit Gesellschaften, an denen er ebenfalls sämtliche Anteile hält (dazu ausf unten IV [203]).

Nicht abschließend geklärt ist, ob das Dokumentationserfordernis auch auf Fälle der Doppelvertretung analog Anwendung findet.[890] Wortlaut der Norm („sowohl im *eigenen* Namen als auch im Namen der Gesellschaft")[891] und Entstehungsgeschichte sprechen grundsätzlich dagegen. Denn wie *Kalss*[892] in den Vorarbeiten zur Umsetzung der Einpersonen-RL vorschlug, erfasste der Ministerialentwurf zunächst noch Fälle des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung gleichermaßen.[893] Die Regierungsvorlage beschränkte den Anwendungsbereich der Neuregelung dann jedoch auf Geschäfte, die ein

[889] Dies erwägend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; aA *U. Torggler*, wbl 2000, 392 in FN 40, der bezugnehmend auf den Vorschlag von *Koppensteiner/Rüffler* zu bedenken gibt, dass in der Einmann-GmbH wohl bei allen zur Vertretung befugten Personen von einer verzerrten Willensbildung auszugehen sei, sodass das Tatbestandsmerkmal „im Namen der Gesellschaft" bedeutungslos werden würde. Freilich kann auch dieser Ansicht einiges abgewonnen werden, hat sie doch jedenfalls den Wortlaut auf ihrer Seite. Weil jedoch (zumindest nach der hier vertretenen Auffassung) Geschäfte, die zwischen dem Alleingesellschafter und der Gesellschaft, wobei Letztere durch eine vom Alleingesellschafter abhängige Person vertreten wird, als „materielle Insichgeschäfte" zu qualifizieren sind (ausf IV [203]) und somit jedenfalls der Setzung eines Manifestationsakts bedürfen, stellt das Zusatzerfordernis der Protokollierung iSd § 18 Abs 5 S 1 mE keine unzumutbare Hürde dar.

[890] Bejahend *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *Geist*, SWK 1996 B 100 f; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 118; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 54; so wohl auch *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/210; verneinend *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 ff; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 70; allg gegen eine analoge Anwendung des § 18 Abs 5 ohne zwischen Protokollierungsgebot und Entbehrlichkeit der Zustimmung zu differenzieren OGH 5 Ob 213/99 f, wbl 2000, 425; *Gellis/Feil*, GmbHG[7] § 18 Anm 6.

[891] § 18 Abs 5; Hervorhebung durch die Autorin veranlasst.

[892] *Kalss*, Die zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Einpersonengesellschafts-Richtlinie), in *Doralt/Nowotny*, Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993) 227, 251.

[893] Im Ministerialentwurf lautete § 18 Abs 5 wie folgt: „Sind alle Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters vereinigt, so sind Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Gesellschafter in seinem oder fremdem Namen und der von ihm vertretenen Gesellschaft abgeschlossen werden, gültig, wenn sie schriftlich abgefaßt sind oder unverzüglich in einen Niederschrift aufgenommen werden. Dieser Form bedarf es nicht bei Geschäften, die zum Unternehmensgegenstand gehören und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen werden."; abgedruckt bei *Heidinger*, Änderungen im GmbH-Recht durch EU-Anpassung, SWK 1996 B 1, 2. S zum Ganzen auch *Aicher/U.Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f.

Gesellschafter (die Einschränkung auf Geschäfte des *einzigen* Gesellschafters erfolgte demgegenüber erst im Justizausschussbericht)[894] „sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt“ und lässt insofern wenig Argumentationsspielraum für das Vorliegen einer Lücke.[895] Denn dass der Gesetzgeber auf die Regelung der Doppelvertretung vergessen hätte, ist angesichts des Wortlauts des Ministerialentwurfs zumindest nicht naheliegend.[896] Weil sich in den Materialien aber keine Erklärung für die Differenzierung findet und nach allgemeinen Regeln beide Formen des Insichgeschäfts gleich behandelt werden, ist an dieser Stelle auch auf teleologische Erwägungen Bedacht zu nehmen. *Koppensteiner/Rüffler* stellen dabei auf die Frage ab, „ob das Beweissicherungsziel durch die Beteiligung des Dritten zuverlässig gewährleistet ist“ und kommen zum Ergebnis, dass es „vorzugswürdig“ erscheint, das Formgebot auch auf Doppelvertretungssituationen anzuwenden.[897] (Mit-)Entscheidungsgebend dürfte dabei die Tatsache gewesen sein, dass nach dieser Auffassung der Manifestationsakt keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt[898] und man daher mit der analogen Anwendung von § 18 Abs 5 S 1 GmbHG einer flächendeckenden Dokumentierung näher kommen würde.[899] Nach *Aicher/U. Torggler* lautet die entscheidende Frage indes, „ob bei der Doppelvertretung ein zumindest ebenso starkes Bedürfnis nach Beweissicherung besteht wie im unmittelbaren Anwendungsbereich“.[900] Sie verneinen dies, weil durch das Hinzutreten eines Dritten, der gegenläufige Interessen verfolgt, die Dringlichkeit der Beweissicherung in der Regel geringer sei als im Fall des Selbstkontrahierens.[901] Dem ist mE zuzustimmen. Denn die Gefahr intransparenter Vermögenstransaktionen und nachträglicher Manipulationen durch den Alleingesellschafter ist um einiges geringer, wenn an dem Geschäft auch ein Dritter beteiligt ist, der sich aufgrund seiner eigenen und damit gegenläufigen Interessen zur Wehr setzen wird, wenn nachträglich Vertragskonditionen geändert werden oder der Geschäftsabschluss sogar bestritten wird. Zudem unterliegen Geschäfte mit Dritten in der Regel auch nicht dem Verdacht verbotener

[894] JAB 133 BlgNR 20. GP 4.
[895] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 33.
[896] S zum Ganzen auch *Aicher/U.Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.
[897] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; ebenso *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 54; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 118; s weiters *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Geist*, SWK 1996 B 100 f; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 54; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/210.
[898] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23.
[899] Jedoch folgt auch nach dieser Ansicht aus der unterlassenen Protokollierung nicht automatisch die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts; s *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b, 23d.
[900] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f.
[901] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f; folgend *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 68.

Vermögensauskehr,[902] dessen Vermeidung ohne Zweifel Hauptanliegen von § 18 Abs 5 GmbHG ist (s dazu bereits oben III.C.1 [176]). Was die Gefahr der undurchsichtigen Vermögensverschiebungen betrifft, zeigt sich daher im Bereich der Doppelvertretung allgemein ein geringeres Schutzbedürfnis der Gläubiger als im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm, wo der Alleingesellschafter allein schaltet und waltet und keine weitere (unabhängige) Person in die Transaktion miteingebunden ist.[903] Die Voraussetzungen für einen Analogieschluss sind demnach mangels Gleichheit des Schutzbedürfnisses zu verneinen. Vielmehr kann dem Beweissicherungsbedürfnis im Fall der Doppelvertretung schon durch Setzung des (zumindest nach dieser Auffassung ohnedies erforderlichen) Manifestationsakts genügt werden.

Doch selbst jene Autoren, die eine analoge Anwendung der Protokollierungspflicht auf Doppelvertretungsfälle grundsätzlich ablehnen, wollen Ausnahmen dann vornehmen, wenn das Bedürfnis nach Beweissicherung ausnahmsweise doch jenem des unmittelbaren Anwendungsbereichs gleicht.[904] Denkbar sei dies etwa, wenn das Geschäft mit einer Schwestergesellschaft abgeschlossen wird, die denselben Alleingesellschafter hat,[905] oder wenn es sich bei dem (ebenfalls vom Alleingesellschafter vertretenen) Dritten um seine Ehefrau handelt,[906] also in Fällen, die zwar formell eine Doppelvertretung darstellen, im Ergebnis aber wegen der gegebenen Nahebeziehung zum Alleingesellschafter hinsichtlich der Gefahr von intransparenten Vermögensverschiebungen dem Selbstkontrahieren ähneln.[907] Im Ergebnis ist dem jedenfalls zuzustimmen. Denn zum einen ist durch Hinzutreten einer „befangenen" Person keineswegs gewährleistet, dass nachträgliche Manipulationen des Vertragsinhalts oder des Abschlusszeitpunkts ausgeschlossen sind. Zum anderen unterliegen auch diese Fälle dem Verdacht einer verbotenen Vermögensauskehr, weil auch § 82 GmbHG Fälle kennt, in denen eine Leistung an einen

[902] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 208 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f.
[903] Demgegenüber hielt der OGH allgemein, ohne Differenzierung hinsichtlich des Protokollierungsgebots und der Entbehrlichkeit der Zustimmung, fest, dass die Gefahrenlage beim Selbstkontrahieren jener bei der Doppelvertretung vergleichbar sei. Eine analoge Anwendung des § 18 Abs 5 scheitere ihm zu Folge jedoch an der Entstehungsgeschichte der Norm. Denn die Nichtregelung der Doppelvertretung in § 18 Abs 5 entspreche schlichtweg dem Plan des Gesetzgebers; s OGH 5 Ob 213/99f, ecolex 2000/93. Ebenso wohl *Kalss* in in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 251.
[904] *Aicher/U.Torggler*, GesRZ 1996, 206; *U. Torggler*, wbl 2000, 393; ohne diese Einschränkung jedoch *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 68.
[905] OGH 5 Ob 213/99f, ecolex 2000/93.
[906] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.
[907] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 208 f; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 39; *ders*, wbl 2000, 393; s weiters *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b, die das Dokumentationserfordernis „jedenfalls dann [anwenden], wenn sich der ‚Dritte' als ‚alter ego' des Gesellschafters darstellt"; s auch *Geist*, SWK 1996 B 100 f; *C. Nowotny*, Koppensteiner – die 2. Auflage, RdW 1999, 318, 319.

Nichtgesellschafter dem Gesellschafter zugerechnet wird.[908] ME muss bei der Begründung jedoch schon einen Schritt früher angesetzt werden. Denn nur formell betrachtet handelt es sich bei den eben beschriebenen Konstellationen um Fälle der Doppelvertretung. Materiell gesehen entspricht die Gefahrenlage jener beim Selbstkontrahieren, weshalb diese Fälle als „materielles Selbstkontrahieren" zu qualifizieren sind und damit – wie noch zu zeigen ist (s ausf IV [203]) – ohnedies den Regeln des Selbstkontrahierens und damit dem Dokumentationsgebot des § 18 Abs 5 GmbHG unterliegen.

3. Anforderungen

§ 18 Abs 5 S 1 GmbHG sieht vor, dass über einschlägige Rechtsgeschäfte „unverzüglich eine Urkunde zu errichten" ist. Dabei zeigt das Tatbestandsmerkmal der Unverzüglichkeit zwar, dass der Gesetzgeber primär die nachträgliche Dokumentierung vor Augen hatte;[909] was darunter genau zu verstehen ist, bleiben nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Materialien schuldig. Im Schrifttum stützt man sich daher zutreffend auf die Legaldefinition des § 121 BGB, wonach „unverzüglich" als „ohne schuldhaftes Zögern" zu verstehen ist.[910] Der Vertreter muss demnach die Dokumentation vornehmen, sobald es ihm nach den Umständen möglich und zumutbar ist.[911] Ein „Zuwarten" kommt in der Regel nicht in Betracht. So sind zum einen keine berechtigten Interessen des Machthabers an einem Hinauszögern der Dokumentierung denkbar. Zum anderen besteht kein Grund für eine Prüf- oder Überlegungszeit, wie sie Rsp und Literatur zu § 121 BGB bejahen,[912] setzt Abs 5 doch klare Vorgaben. Einzig die Klärung der Frage, ob der Ausnahmetatbestand des Abs 6 erfüllt ist, könnte zulässigerweise Zeit in Anspruch nehmen (dazu ausf unten III.C.4 [188]).

Die Dokumentation soll laut § 18 Abs 5 S 1 GmbHG in Form einer „Urkunde" erfolgen, worunter iSd ZPO[913] jede *schriftliche* Verkörperung von Gedanken zu verstehen ist, die Tatsachen überliefert.[914] Dies entspricht den Vorgaben der Einpersonen-RL, dessen Art 5 Abs 1 das Gebot der Schriftlichkeit vorsah und anordnete, dass einschlägige Verträge

[908] Dazu ausf *Köppl*, „Einlagenrückgewähr" 39 ff.
[909] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23c.
[910] So schon *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 210; *U. Torggler*, wbl 2000, 393; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 71; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 57.
[911] BGH VII ZR 163/93, NJW-RR 1994, 1108.
[912] S zB BGH VII ZR 17/07, NJW 2008, 985; *Armbrüster* in MüKo BGB[6] § 121 Rz 7.
[913] Da Normzweck der Dokumentationspflicht die Beweissicherung ist, kann ohne weitere Begründung auf die dortige Definition abgestellt werden.
[914] *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] Rz 794.

„in eine Niederschrift aufzunehmen oder schriftlich abzufassen“ sind. ME hat der europäische und in dessen Umsetzung der österreichische Gesetzgeber gut daran getan, der im Bereich der Einpersonen-GmbH erhöhten Gefahr der Vermögensvermischung mit dem Erfordernis einer schriftlichen Abfassung zu begegnen.

S 2 *leg cit* spezifiziert die Anforderungen an die Urkunde. Demnach ist bei Errichtung dafür „vorzusorgen, daß nachträgliche Änderungen des Inhaltes und Zweifel über den Zeitpunkt des Abschlusses ausgeschlossen sind“. Damit ist klargestellt, dass die bloße Errichtung einer Urkunde nicht genügt. Zusätzlich müssen Vorkehrungen getroffen werden, die eine nachträgliche Manipulation ausschließen. *Aicher/U. Torggler* haben bereits zutreffend auf die offensichtliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf den Manifestationsakt hingewiesen.[915] Der Unterschied besteht darin, dass Abs 5 eine schriftliche Dokumentierung fordert, dem Manifestationsakt demgegenüber auch mündlich entsprochen werden kann, so etwa durch Inkenntnissetzung eines (unabhängigen; s dazu oben II.C.3 [25]) Dritten. So stellt zwar jede Protokollierung, die den Anforderungen des § 18 Abs 5 GmbHG genügt, gleichzeitig einen Manifestationsakt dar.[916] *Vice versa* entspricht jedoch aufgrund des Schriftformgebots nicht jeder Manifestationsakt den Anforderungen des § 18 Abs 5 *leg cit*.[917]

Zwei Beispiele für eine § 18 Abs 5 GmbHG entsprechende Dokumentation enthalten die Materialien, *in concreto* die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage. Demnach würde es sich „…[b]ei besonders wichtigen Geschäften [anbieten,] die Urkunde notariell beglaubigt zu unterfertigen oder von Zeugen bestätigen zu lassen“.[918] Daraus folgt einerseits, dass der Gesetzgeber die Gefahr der nachträglichen „Verheimlichung“ zumindest in gewissem Maße in Kauf nahm (s dazu bereits oben II.C.3 [25]), und andererseits, dass es auch andere Möglichkeiten einer ausreichenden Dokumentation geben muss (*arg* „[b]ei besonders wichtigen Geschäften“).[919] Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber in § 18 Abs 5 HS 1 GmbHG zur genaueren Beschreibung der „Urkunde“ die Anforderungen an den Manifestationsakt übernommen hat, kann mit dem Unterschied, dass § 18 Abs 5 GmbHG eine schriftliche Aufzeichnung

[915] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 210 f.
[916] S auch JAB 133 BlgNR 20. GP 4: „Die in der Vorschrift geforderte Urkunde kann den nach der allgemein zivilrechtlichen Lehre über das Selbstkontrahieren erforderlichen Manifestationsakt darstellen, ist aber nicht Gültigkeitserfordernis.“; vgl auch *Hügel/Zib*, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (EU-GesRÄG), JAP 1996/97, 189, 191 f: „Diese Urkunde kann und wird zumeist den für das Selbstkontrahieren erforderlichen Manifestationsakt darstellen.“.
[917] Zu den Anforderungen an den Manifestationsakt s II.C.3 (25).
[918] ErlRV 32 Blg 20. GP 113.
[919] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 211.

verlangt, an die Ausführungen zum Manifestationsakt angeknüpft werden.[920] Demnach ist es unproblematisch, wenn Personen, die ein öffentliches Amt bekleiden, die Urkunde errichten oder selbige bei einer öffentlichen Stelle (Firmenbuch, Grundbuch etc) eingereicht wird. Die bloße Errichtung einer privaten Urkunde genügt hingegen nicht, könnte der Alleingesellschafter diesfalls doch nach wie vor eigenmächtig ihren Inhalt ändern. Zur schriftlichen Abfassung muss ein weiterer Akt hinzutreten, der Manipulationen hintanhält; so etwa die Verständigung eines Mitgeschäftsführers, eines Aufsichtsratsmitglieds oder eines (unabhängigen)[921] Dritten. Aber auch die Aufnahme des Schriftstücks in die Buchhaltung genügt diesem Erfordernis. Nicht notwendig ist, dass es sich bei dem Dokument um eine eigens für den Protokollierungsakt errichtete Urkunde handelt; so genügt auch ein Beleg über den Kaufvertrag den Anforderungen des § 18 Abs 5 GmbHG.[922]

Laut OGH kommt auch ein Protokoll über eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung, in der eine entsprechende Erklärung des Alleingesellschafters festgehalten wird, als Publizitätsakt in Frage.[923] Dies ist insofern zutreffend, als ein Verhandlungsprotokoll eine inländische öffentliche[924] Urkunde iSd § 292 Abs 1 ZPO darstellt und somit vollen Beweis über Verlauf und Inhalt der Verhandlung liefert. Voraussetzung ist, dass das Insichgeschäft in eben dieser Tagsatzung abgeschlossen wird, sonst wäre das Erfordernis der *unverzüglichen* Errichtung wohl kaum gewahrt.[925]

Um den Arbeitsaufwand zum Zweck einer lückenlosen Dokumentierung möglichst gering zu halten, sollte auch die elektronische Speicherung auf Datenträgern zugelassen werden.[926] Im Wortlaut findet dies Deckung, weil zum einen „Urkunden“ auch

---

[920] S dazu II.C.3 (25).
[921] S die Begründung unter II.C.3 (25).
[922] OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39.
[923] OGH 7 Ob 256/08k, wbl 2009, 361; zust *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 59.
[924] Da einer öffentlichen Urkunde sogar erhöhte Beweiskraft zukommt, besteht kein Zweifel, dass damit den Erfordernisses des § 18 Abs 5 Rechnung getragen wird. S auch OGH 7 Ob 256/08k, wbl 2009, 361.
[925] OGH 7 Ob 256/08k, wbl 2009, 361; nicht so deutlich RIS-Justiz RS0124489, OGH 2 Ob 246/08b, RdW 2009, 466.
[926] So auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 251; *C. Nowotny*, Neue Medien und Gesellschaftsrecht, in FS Krejci (2001) 771, 779; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 211; aA Geist, SWK 1996 B 103, dessen Ansicht aber wohl darauf beruht, dass früher elektronische Urkunden noch nicht allgemein anerkannt waren. Die dhM geht (bei ausdr Erwähnung der Speicherung auf Datenträger in den Materialien (s RegE BT-Drucks 12/625, 6, zitiert nach *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 209) ganz einhellig davon aus, dass eine Dokumentation auf elektronischen Datenträgern ausreicht. S dazu zB *Schimmelpfennig/Hauschka*, Die Zulassung der Ein-Personen-GmbH in Europa und die Änderungen des deutschen GmbH-Rechts, NJW 1992, 942, 944, der dies mit den Materialien des dGesetzgebers begründet; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 144; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG[2] § 35 Rz 99; *Kuhn* in BeckOK GmbHG § 35 Rz 95; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 209.

elektronisch errichtet werden können.[927] Zum anderen gibt es heutzutage Formen der elektronischen Archivierung, die ausreichend Schutz vor nachträglichen Änderungen bieten und auch den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses endgültig festhalten. Jedenfalls ausreichend ist demnach eine Aufzeichnung auf einem Datenträger gem § 190 Abs 5 UGB, wodurch „die inhaltsgleiche, vollständige und geordnete, hinsichtlich der in § 212 Abs. 1 genannten Schriftstücke auch die urschriftgetreue Wiedergabe bis zum Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen jederzeit gewährleistet sein“ muss. Neben entsprechenden EDV-Buchführungssystemen,[928] kommen mE aber auch andere Speichermedien in Frage, die diesen Anforderungen genügen; so etwa ein Netzwerkserver, dessen Daten laufend archiviert und erst nach Ablauf von sieben Jahren (§ 212 UGB) gelöscht werden.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass als Protokollierungsakt iSd § 18 Abs 5 GmbHG jedes (elektronische) Schriftstück in Frage kommt, bei dem – durch spezielle Speicherung oder Einbindung Dritter – Vorkehrungen getroffen wurden, die nachträgliche Änderungen und Zweifel über den Abschlusszeitpunkt ausschließen. Die Aufbewahrungsfirst solcher Dokumente beträgt sieben Jahre (§ 212 UGB).

Strittig ist, ob die Urkunde unterfertigt sein muss.[929] Dagegen spricht zunächst, dass das Gesetz an anderen Stellen ausdrücklich von unterfertigten Urkunden spricht[930] und auch nicht unterfertigte Dokumente Urkunden darstellen (vgl §§ 294, 312 Abs 1 ZPO)[931]. Auch im Hinblick auf eine mögliche elektronische Speicherung der Urkunde sollte auf eine Unterschrift verzichtet werden. Es besteht zwar die Möglichkeit einer sicheren elektronischen Signatur,[932] jedoch sollten die formalen Anforderungen nicht unnötig erschwert werden, um eine flächendeckende Dokumentierung zu gewährleisten. Zudem kann einer Unterfertigung im Fall des § 18 Abs 5 GmbHG kein Schutz vor Übereilung zukommen, weil das Rechtsgeschäft ausweislich der Materialien auch ohne Protokollierung wirksam ist.[933] Einzig die erhöhte Beweiskraft einer unterfertigten

---

[927] *Rechberger*/*McGuire*, Die elektronische Urkunde und das Beweismittelsystem der ZPO, in *Rechberger*, Die elektronische Revolution im Rechtsverkehr – Möglichkeiten und Grenzen, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats XXXIV (2006) 1, 11 ff mwN.
[928] S zum Ganzen *U. Torggler* in *Straube*, WK UGB[3] § 190 Rz 51 ff.
[929] So sieht § 886 ABGB vor, dass Verträge, für die Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit bestimmen, nur durch die Unterschrift der Parteien zustande kommen.
[930] ZB § 4 HVertrG, §§ 284f Abs 2, 885 ABGB; s auch § 48 Abs 3 dGmbHG: „[…] Niederschrift aufzunehmen und zu unterschreiben“.
[931] So ausdr *Bittner* in *Fasching/Konecny*[2] § 294 ZPO Rz 1.
[932] § 4 Abs 1 SignG.
[933] Dazu ausf II.C.4 (32).

Urkunde spricht für das Zusatzerfordernis der Unterschrift.[934] Dies ist wohl auf den Gedanken zurückzuführen, dass durch die eigenhändige Unterschrift eine Fälschung der Urkunde ausgeschlossen werden kann. Im hier gegenständlichen Fall tritt die Fälschungsgefahr jedoch in den Hintergrund, könnte der Vertreter doch jederzeit durch Vorlage der echten Urkunde das Gegenteil beweisen. Um dem Beweissicherungsziel des § 18 Abs 5 GmbHG gerecht zu werden, genügt demnach schon die Errichtung einer nicht unterschriebenen Urkunde.[935] Dennoch empfiehlt sich eine Unterfertigung, weil zumindest für Privaturkunden keine Echtheitsvermutung gilt[936] und es somit der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegt, ob die Urkunde tatsächlich von dem in ihr genannten Aussteller stammt.[937] Ist sie jedoch unterschrieben und wird die Echtheit der Unterschrift bewiesen (vgl die Erleichterung in § 312 Abs 1 ZPO, dazu FN 937) gilt auch der Inhalt als echt („qualifizierte Echtheitsvermutung").[938] Die inhaltliche Richtigkeit von Privaturkunden unterliegt demgegenüber stets der freien Beweiswürdigung durch den Richter.[939]

Über den Inhalt der zu errichtenden Urkunde schweigt der Gesetzestext. Auch die Materialien und die Einpersonen-RL enthalten keine diesbezüglichen Angaben. Aus dem Normzweck kann indes geschlossen werden, dass das Geschäft so zu dokumentieren ist, dass es später noch nachvollzogen und insb überprüft werden kann.[940] Jedenfalls festzuhalten sind demnach das Zustandekommen des Geschäfts, Art und Höhe von Leistung und Gegenleistung und der Zeitpunkt des Abschlusses.[941] Über die Aufnahme von Nebenpflichten sind die Ansichten geteilt. In Deutschland geht man bei vergleichbarer Rechtslage davon aus, dass neben dem Abschlusszeitpunkt nur die wesentlichen Punkte

---

[934] Mit dieser Begründung für das Erfordernis der Unterschrift *Geist*, SWK 1996 B 102.

[935] S *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 41; so auch die dhM, zB *Paefgen* in *Ulmer,* GmbHG § 35 Rz 62; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG[2] § 35 Rz 99; *Kuhn* in BeckOK GmbHG § 35 Rz 95; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 209; aA *Geist*, SWK 1996 B 102; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 129.

[936] Demgegenüber haben inländische öffentliche Urkunden sehr wohl die Vermutung der Echtheit für sich. S § 310 Abs 1 ZPO.

[937] Eingeschränkt wird dies durch § 312 Abs 1 ZPO, wonach die Echtheit der Urkunde als unbestritten gilt, sofern es der Gegner unterlässt, die Echtheit der Urkunde zu bestreiten; s zum Ganzen auch *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] § 312 Rz 1.

[938] Ausf *Bittner* in *Fasching/Konecny*[2] § 294 ZPO Rz 1 ff, 4; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[4] § 294 Rz 1; *ders/Simotta*, ZPO[8] Rz 797.

[939] Öffentliche Urkunden „begründen vollen Beweis dessen, was darin von der Behörde amtlich verfügt oder erklärt, oder von der Behörde oder der Urkundsperson bezeugt wird" (§ 292 Abs 1 S 1 ZPO). Nicht widerlegbar ist somit, dass die Behörde verfügt oder erklärt hat. Es kann jedoch trotzdem bewiesen werden, dass diese Verfügung oder Erklärung inhaltlich unrichtig ist. S zum Ganzen *Rechberger/Simotta*, ZPO[8] Rz 798.

[940] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 210.

[941] So schon *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 210; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 71.

festzuhalten sind.[942] Hierzulande wird teilweise vertreten, dass auch Nebenkonditionen zu protokollieren sind, weil auch ihnen beachtliche Bedeutung zukommen kann und sie letzten Endes auch bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei der getätigten Zahlung um eine verbotene Vermögensauskehr handelt, eine Rolle spielen können.[943] Dem ist im Grunde zuzustimmen, jedoch muss auch an dieser Stelle betont werden, dass die Vorgaben nicht unverhältnismäßig hoch sein dürfen, kennt man doch das Phänomen, dass Aufgaben, an die sehr hohe Anforderungen gestellt werden, eher „auf morgen" verschoben werden als Aufgaben, die leicht und in kurzer Zeit zu bewältigen sind („Prokrastination", lat *procrastinatio*, Vertagung). ME sind daher nicht alle Nebenbestimmungen zu dokumentieren, sondern nur jene, die Auswirkungen auf den Fortbestand des Rechtsgeschäfts haben (wie bspw vertragliche Rücktrittsrechte, auflösende Bedingungen, vertraglich modifizierte Gewährleistungsrechte) oder nachträglich große Bedeutung erlangen können (wie bspw bedungene Eigenschaften oder ein vereinbarter Verwendungszweck), und solche, denen ein Vermögenswert zukommt (wie bspw die Verpflichtung zu einem monatlichen Service einer verkauften Maschine).[944]

4. Ausnahmen von der Protokollierungspflicht

§ 18 Abs 6 GmbHG schränkt den Anwendungsbereich des Formgebots ein. Demnach kann die Errichtung einer Urkunde unterbleiben, „wenn das Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen wird". Mit dieser Ausnahmeregelung machte der österreichische Gesetzgeber[945] entgegen ablehnender Stellungnahmen in den Vorarbeiten zum EU-GesRÄG 1996[946] von der ihm durch Art 5 Abs 2 Einpersonen-RL eingeräumten Ermächtigung Gebrauch und beschränkte das Dokumentierungsgebot auf Geschäfte, die wegen ihrer Bedeutung oder Ungewöhnlichkeit besonders geeignet sind, die Gläubiger der

[942] DhM, s zB *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 209: „Es ist ausreichend, wenn die wesentlichen Eckpunkte und der Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts aus der Niederschrift erkennbar sind. Als Mindestanforderung sind die essentialia negotii (Vertragspartner, Leistung und Gegenleistung) in die Niederschrift aufzunehmen"; ebenso *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 144.
[943] S *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 210 f; aA *Geist*, SWK 1996 B 102.
[944] Ähnl *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 210; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 58; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 71.
[945] Der dGesetzgeber nahm demgegenüber – im Interesse der Rechtssicherheit – keine solche Ausnahmeregelung in den Gesetzestext auf; s dazu BT-Dr 12/625, 6, zitiert nach *Schimmelpfennig/Hauschka*, NJW 1992, 942, 945.
[946] *Kalss* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht I 304 f; *dies* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 251; *Schimmelpfennig/Hauschka*, NJW 1992, 945.

Gesellschaft zu schädigen.[947] Dies erscheint zwar insofern zutreffend, als damit dem vom europäischen Gesetzgeber geforderten „Bestreben, die den kleinen Unternehmen auferlegten Formalitäten auf das unbedingt notwendige Mass zu beschränken“[948], zum Durchbruch verholfen wurde. Und auch die Überlegung, dass ein Rechtsgeschäft, das „zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen wird“ (§ 18 Abs 6 GmbHG), in aller Regel mit einem Dritten zu den gleichen Konditionen abgeschlossen worden wäre und insofern keiner Dokumentation bedurft hätte, lässt sich für die Entscheidung des Gesetzgebers ins Treffen führen.[949] Dennoch muss sie kritisiert werden, gehen damit doch erhebliche Abgrenzungsprobleme einher.[950] Denn wann gehört ein Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb? Wann wird es zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen? Fest steht nur, dass es sich gem Art 5 Abs 2 Einpersonen-RL um „laufende[…] Geschäfte“ handeln muss (die zudem unter „normalen“ Bedingungen abgeschlossen werden), was die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht gerade vereinfacht. Um diese dennoch möglichst gering zu halten, wird auf die Rsp und Lehre zu § 116 UGB verwiesen.[951] Demnach gehören zum gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens all jene Geschäfte, die im konkreten Unternehmen wenn auch nicht alltäglich so zumindest von Zeit zu Zeit zu erwarten sind,[952] was auch mit Art 5 Abs 2 der Einpersonen-RL übereinstimmt („laufende[…] Geschäfte“), die für den Fall, dass sich doch Differenzen ergeben sollten, iSd richtlinienkonformen Interpretation freilich Vorrang genießt.[953] Zudem muss das Geschäft zu „geschäftsüblichen Bedingungen“ abgeschlossen werden (Art 5 Abs 2 Einpersonen-RL: „normale[…] Bedingungen“), was mE dann der Fall ist, wenn das Geschäft zu denselben Konditionen mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre.[954] Das Geschäft muss also einem „Fremdvergleich“ standhalten, der auch bei Prüfung einer verdeckten Einlagenrückgewähr eine Rolle spielt. Zudem können mE frühere Geschäfte Anhaltspunkte für die Beurteilung der „Üblichkeit“ liefern. Generell müssen die Geschäftsbedingungen der Sorgfalt eines ordentlichen

[947] Art 5 Abs 2 Einpersonen-RL lautet: „Die Mitgliedstaaten brauchen Absatz 1 auf die unter normalen Bedingungen abgeschlossenen laufenden Geschäfte nicht anzuwenden.“.
[948] Begründung des Rates vom 28.6.1989, Ratsdokument 7459/89 ADD 1, Seite 4 Punkt III.2.
[949] *Koppensteiner* in FS Claussen 218.
[950] So auch schon *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 251; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 200; *Geist*, SWK 1996 B 103; *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c.
[951] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 40; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 74; zwfl *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 251.
[952] S dazu *S.-F. Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 2; *U. Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB[3] § 116 Rz 4; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB[2] § 116 Rz 4.
[953] So auch *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 74.
[954] So *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 40.

Geschäftsleiters entsprechen.[955] Weil aber auch die zuvor genannten Kriterien – insb aufgrund der jeweils notwendigen Betrachtung im Einzelfall – Auslegungsspielraum lassen, kann es im Nachhinein durchaus zweifelhaft sein, ob die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung tatsächlich vorgelegen haben. Um den hinter der Neuregelung stehenden Zweck der Beweissicherung nicht allzu sehr zu unterlaufen, aber auch um sich als selbstkontrahierender Alleingesellschafter nicht nachträglicher Beweisnot auszusetzen, sollte daher im Zweifel vom Formgebot ausgegangen werden, zumal dies für den Gesellschafter wohl keine unzumutbare Belastung darstellt. Denn einen Manifestationsakt hat er ohnedies zu setzen, sodass er bei schriftlicher Manifestierung (ohne enormen Mehraufwand) „zwei Fliegen mit einer Klappe schlägt".[956]

5. Fehlende Protokollierung

Nicht vollständig geklärt sind die Folgen einer Verletzung der Protokollierungspflicht. Dies betrifft zunächst die Frage nach der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Die europäischen Vorgaben schweigen diesbezüglich;[957] auch wenn mancherorts anderes behauptet wird[958]. Nur für das in Art 4 der Einpersonen-RL geregelte Formgebot bei Gesellschafterbeschlüssen sehen die Materialien vor, dass es den nationalen Gesetzgebern überlassen bleibt, entsprechende Sanktionen anzuordnen. Aufgrund der gemeinsamen Entstehungsgeschichte und des engen Zusammenhangs zwischen den beiden Formgeboten[959] hat das Gleiche auch für die Vorgaben in Art 5 zu gelten, weshalb es bezüglich der Protokollierung von Insichgeschäften des Alleingesellschafters den Mitgliedstaaten frei stand, Rechtsfolgen vorzusehen.[960] In Österreich hat sich eine solche Rechtsfolgenanordnung zwar nicht im Gesetzestext niedergeschlagen, jedoch stellt der Justizausschussbericht – wohl in Anlehnung an die deutsche hM[961] – klar, dass das

[955] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c.
[956] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23c; *Geist*, SWK 1996 B 103 f.
[957] In Punkt 2.5.2 der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses heißt es dazu ausdr: „ Es ist jedoch nicht klar, welche Folgen sich aus der Nichteinhaltung dieses formellen Erfordernisses ergeben. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, daß die Kommission Sanktionen vorschreibt…". ABl C 318/88, 9, 10. Dazu kam es jedoch nicht.
[958] So geht *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 249, davon aus, dass die Richtlinie die Dokumentierung als Wirksamkeitskriterium festsetze, um den Zweck, die Beweisbarkeit und Offenkundigkeit des Geschäfts im Interesse der Gläubiger zu gewährleisten.
[959] S dazu ausf *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 211 f und die dortigen Nw.
[960] *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 211 f; *Kalss* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht I 302.
[961] S zB *Paefgen* in *Ulmer*, GmbHG § 35 Rz 62; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG[2] § 35 Rz 100; *Kuhn* in BeckOK GmbHG § 35 Rz 95; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 211; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 144.

Dokumentationserfordernis iSd § 18 Abs 5 GmbHG „nicht Gültigkeitserfordernis“ ist.[962] Ein nicht protokolliertes Insichgeschäft kann demnach – unter der Voraussetzung, dass dem Manifestationsakt auf andere Weise entsprochen wurde[963] – dennoch wirksam sein. Auch die Lehre hat sich beinahe einhellig[964] gegen die Nichtigkeitsfolge ausgesprochen.[965] Dem ist mE zuzustimmen; und zwar nicht nur aufgrund der ausdrücklichen Anordnung der Materialien, sondern auch deshalb, weil teleologische Überlegungen die Rechtsfolge der Unwirksamkeit entbehrlich machen. So sind Verträge, die zu einer Vermögensauskehr führen und damit ohne Zweifel Hauptanliegen des § 18 Abs 5 GmbHG sind, ohnehin gem §§ 82, 83 *leg cit* nichtig;[966] eine doppelte Sanktion würde hier nur ins Leere gehen. Bei anderen undokumentierten Rechtsgeschäften ist es mE ausreichend, dem Alleingesellschafter (mangels anderer Beweise) die Berufung auf das Rechtsgeschäft zu versagen,[967] um dem Normzweck des § 18 Abs 5 GmbHG (Vermeidung intransparenter Vermögensverschiebungen; s dazu schon oben III.C.1 [176]) zu genügen.[968] Kann der Alleingesellschafter hingegen andere Beweise vorbringen und auf diesem Weg die Gefahr intransparenter Vermögensverschiebungen ausschalten, ist mE kein Grund ersichtlich, das Rechtsgeschäft für unwirksam zu erklären. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass es ausnahmsweise auch Fälle geben kann, in denen Gläubiger Vorteile aus dem Selbstkontrahieren des Alleingesellschafters ziehen und insofern sogar ein Interesse daran haben, dass das Geschäft auch anders als durch eine Urkunde iSd § 18 Abs 5 GmbHG nachgewiesen werden kann, zumal sie auf Letztere regelmäßig keinen Zugriff haben.

---

[962] JAB 133 BlgNR 20. GP 4. Strenger sah dies noch der Ministerialentwurf, der das Dokumentationserfordernis eindeutig zur Wirksamkeitsvoraussetzung erklärte: „Sind alle Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters vereinigt, so sind Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Gesellschafter in seinem oder in fremdem Namen und der von ihm vertretenen Gesellschaft abgeschlossen werden, gültig, wenn sie schriftlich abgefaßt sind oder unverzüglich in eine Niederschrift aufgenommen werden.“; abgedruckt bei *Heidinger*, SWK 1996 B 2.

[963] S zum Ganzen auch *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 212.

[964] *Umfahrer*, GmbHR[6] Rz 235 erklärt das ohne Protokollierung abgeschlossene Geschäft für schwebend unwirksam (jedoch ohne Begründung). *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 249 geht demgegenüber davon aus, dass der europäische Gesetzgeber im Formalerfordernis sehr wohl eine Wirksamkeitsvoraussetzung gesehen hat; *dies* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht I 303.

[965] JAB 133 BlgNR 20. GP 4; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23d; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 42; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236; *Geist*, SWK 1996 B 101; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 211 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 393 f; *Hügel/Zib*, JAP 1996/97, 191 f.

[966] Mit dieser Begründung auch *Koppensteiner* in FS Claussen 219.

[967] Denn schon nach allgemeinen Grundsätzen hat derjenige das Risiko der Unaufklärbarkeit zu tragen, der es rechtswidrig geschaffen hat; s dazu *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 399 ff. S weiters OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]: „Vielmehr gehen nach Ausschöpfung aller verfügbaren Beweismittel allenfalls verbleibende Unklarheiten zu Lasten des Beklagten, der diese durch entsprechend sorgfältige Vorgangsweise bei der Ausübung seines Amtes und der Dokumentation von vornherein hätte vermeiden können“.

[968] Ähnl *Koppensteiner* in FS Claussen 219.

Wenngleich die Verletzung des Formgebots demnach nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, ist § 18 Abs 5 GmbHG dennoch nicht als „bloße Ordnungsvorschrift (deren Verletzung irrelevant ist)“[969] zu deklarieren. So kann ein Verstoß bspw Schadenersatzpflichten gegenüber der Gesellschaft auslösen.[970] Diese würden zwar freilich kaum durch den Alleingesellschafter geltend gemacht werden; jedoch haben auch Gläubiger der GmbH im Wege der Exekution gegen die Gesellschaft (durch Pfändung und Überweisung) Zugriff auf diese Ersatzansprüche.[971] Gesichert sind Letztere durch § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG, wonach vereinbarte Vergleiche und Verzichte keine rechtliche Wirkung haben, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

Strittig ist, ob Gläubiger der Gesellschaft in diesen Fällen auch einen direkten Anspruch gegen den Alleingesellschafter haben. In Frage kommen hierfür zwei Möglichkeiten, die mE beide vertretbar sind. Zum einen kann § 18 Abs 5 GmbHG als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger interpretiert werden, sodass einem geschädigten Gläubiger ein direkter Anspruch gem § 1311 ABGB zusteht.[972] Dass die Gläubiger kein Einsichtsrecht in die Urkunden haben, schadet mE nicht;[973] sie sind dennoch – und das ist mE entscheidend – primäres Schutzobjekt der Vorschrift. Zudem kann der Richter in einem allfälligen Prozess die Vorlage der Urkunde verlangen (§§ 304 f ZPO), wodurch auch sie Kenntnis vom Inhalt erlangen. Zwar ist es richtig, dass ein solcher Anspruch häufig an mangelnder Kausalität scheitern wird[974] – so ist für den Schaden eines Gläubigers zwar der Abschluss des Geschäfts kausal, nicht jedoch die unterlassene Protokollierung. Dennoch soll auch diese Option der Vollständigkeit halber erwähnt werden.

---

[969] *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/236.

[970] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 212 f; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 42; *Geist* SWK 1996 B 101; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 18 Rz 23d; *Schimmelpfennig/Hauschka*, NJW 1992, 945; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 211.

[971] *Haselberger*, Geschäftsführung und Vertretung unter dem Gesichtspunkt der Vertrauenstheorie, GesRZ 1999, 152, 158.

[972] So auch *Geist*, SWK 1996 B 101; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 39; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG^{20} § 35 Rz 144; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG^2 § 35 Rz 100, der eine solche Einordnung zumindest für „nicht unvertretbar“ hält; offenlassend *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG^7 § 35 Rz 93; s auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB^3 § 1311 Rz 4: „auch gesellschaftsrechtl, den Gläubigerschutz bezweckende Vorschriften gehören hierher“; aA *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 42.

[973] AA *U. Torggler*, wbl 2000, 394.

[974] So bspw *Geist* SWK 1996 B 101; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG^{20} § 35 Rz 144; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG § 35 Rz 211.

Zum anderen besteht die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung wegen genereller[975] Vermögensvermischung[976].[977] Dabei wird das Trennungsprinzip durchbrochen, sodass neben der Gesellschaft ausnahmsweise auch der Gesellschafter für deren Verbindlichkeiten haftet.[978] Voraussetzung hierfür ist, dass sich das Vermögen des Alleingesellschafters nicht mehr von jenem der Gesellschaft trennen lässt, sei es durch unzureichende Buchführung oder andere Verschleierungen.[979] Zudem fordert der BGH und ihm folgend Teile des deutschen Schrifttums, dass dem in Anspruch genommenen Gesellschafter die Vermögensvermischung zurechenbar sein muss,[980] was im Fall der mangelnden Protokollierung unproblematisch erscheint.

Fehlt die Protokollierung, hat der Alleingesellschafter zudem zu beweisen, dass er dem Erfordernis des Manifestationsakts auf andere Weise nachgekommen ist,[981] widrigenfalls das Geschäft unwirksam ist (s dazu oben III.B [176]). Freilich kann ihm dieser Beweis aufgrund der Möglichkeit mündlicher Manifestationsakte (s dazu oben II.C.3 [25]) dennoch gelingen. Leichter und unkomplizierter ist dies aber freilich, wenn eine Urkunde iSd § 18 Abs 5 GmbHG aufgenommen wurde.

Ob – wie *Aicher/U. Torggler*[982] ausführen – darüber hinaus tatsächlich die Gefahr besteht, dass der Richter das Fehlen einer Urkunde und die Setzung eines bloß mündlichen Manifestationsakts (s dazu II.C.3 [25]) als mangelnde Ernstlichkeit der Einwilligung (§ 869 ABGB) deuten und es in Betracht ziehen könnte, dass sich der Gesellschafter nur die Möglichkeit zum Abschluss dieses Rechtsgeschäfts sichern wollte, ist mE zweifelhaft. Denn die Gefahr nachträglicher Manipulation ist hier nicht größer als wenn der

[975] Von der „generellen" Vermögensvermischung ist die „gegenständliche" Vermögensvermischung zu unterscheiden, bei der nur die Eigentumsverhältnisse einzelner Vermögensgegenstände unaufklärbar sind. Letztere rechtfertigt nach hM jedoch keine Durchgriffshaftung; der Gesellschafter hat lediglich das Risiko der Unaufklärbarkeit zu tragen. S dazu *U. Torggler*, JBl 2006, 85, 86 f.

[976] Die Terminologie ist nicht einheitlich. An vielen Stellen wird auch „Sphärenvermischung" als Synonym verwendet; so etwa OGH 6 Ob 313/03b, GesRZ 2004, 379 [*Harrer*]; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 61 Rz 36; *K. Schmidt*, GesR[4] § 9 IV 2; *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, öGesR, Rz 4/352 spricht nur von „Sphärenvermischung". Zur uneinheitlichen Verwendung zu Recht krit *U. Torggler*, JBl 2006, 85, 86 f; präziser Teile des dSchrifttum, s zB *Wilhelmi* in BeckOK GmbHG § 13 Rz 144 ff, 149 ff; s aber *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] Rz 133.

[977] Ausf *Geist* SWK 1996 B 101; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23d.

[978] Dazu ausf *K. Schmidt*, GesR[4] § 9 IV 2; *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 1 (I) 43 (II); s auch *U. Torggler*, JBl 2006, 85, 86 f, der bei „genereller Vermögensvermischung" keine Durchgriffshaftung, sondern eine Verlustausgleichspflicht im Innenverhältnis annimmt.

[979] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 61 Rz 36; *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, öGesR, Rz 4/352; *Jabornegg*, wbl 1989, 52; s auch BGH II ZR 16/93, NJW 1994, 1801; BGH II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 333 – *Autokran*.

[980] BGH II ZR 16/93, NJW 1994, 1801; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7] § 13 Rz 134; krit *Wilhelmi* in BeckOK GmbHG § 13 Rz 147.

[981] JAB 133 BlgNR 20. GP 4.

[982] S dazu *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 212 bei und in FN 109.

Geschäftsführer einen schriftlichen Kaufvertrag errichtet, diesen aber nicht iSd § 190 UGB in die Buchhaltung aufnimmt, sondern „lediglich“ von Zeugen bestätigen lässt und auf diesem Weg (sogar) den Anforderungen des § 18 Abs 5 S 2 HS 1 GmbHG entspricht[983]. Dennoch hat es die Meinung für sich, dass die Nichteinhaltung des durch § 18 Abs 5 GmbHG angeordneten Formgebots jedenfalls in die freie Beweiswürdigung des Richters miteinfließen wird.[984]

Darüber hinaus können durch eine unterlassene Protokollierung auch die Buchführungspflicht gem § 190 UGB sowie steuerrechtliche Vorschriften (s § 124 BAO, § 51 FinStrG) verletzt werden.

D. Entbehrlichkeit der Zustimmung der Gesellschaft

Wie schon in der Einleitung des dritten Teils erwähnt (die kurze Wiederholung an dieser Stelle sei zu verzeihen), war es vor dem EU-GesRÄG 1996 strittig, ob der Alleingesellschafter bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts im Wege des Selbstkontrahierens die Zustimmung der Gesellschaft einzuholen hatte. Während die Rsp nach den allgemeinen Regeln die Zustimmung der Gesellschaft forderte[985] (und somit in Ermangelung eines unbefangenen Gesellschaftsorgans die Beiziehung eines Kollisionskurators erforderlich machte)[986], vertrat die Lehre bereits den Standpunkt, dass wegen des Interessengleichlaufs von Gesellschaft und Alleingesellschafter eine Zustimmung unterbleiben könne.[987] Entschieden wurde dieser Meinungsstreit durch das EU-GesRÄG 1996, das den Forderungen der Lehre nachkam und die Zulässigkeit in § 18 Abs 5 GmbHG positivierte. Seither ist bei Rechtsgeschäften, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen als auch im fremden Namen abschließt, die Bestellung eines Kollisionskurators entbehrlich, wodurch „der bisherigen, vielfach kritisierten Rechtsprechung, wonach bei Insichgeschäften zwischen dem Alleingesellschafter und seiner von ihm selbst vertretenen Gesellschaft ein Kollisionskurator bestellt werden muß, die Grundlage entzogen [wurde]“ (s dazu schon oben III.A [174]).[988] Dies mE völlig zu Recht. Denn Zweck des

[983] ErlRV 32 Blg 20. GP 113.
[984] S dazu *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 212 bei und in FN 109.
[985] S zB RIS-Justiz RS0019680 T 1, OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39: „Auch bei der Einmann-Ges.m.b.H. decken sich deren Interessen keineswegs immer mit jenen des einzigen Gesellschafters“; OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94.
[986] So zB OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94; RIS-Justiz RS0019680 T 1, OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39.
[987] *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG[2], 291 f; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35 f; *Thöni*, wbl 1988, 102; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35, 36; *Harrer*, RdW 1991, 167, 168 f; aA *Wünsch*, GmbHG § 25 Rz 107 ff; *Wünsch* in FS Hämmerle 451.
[988] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 113.

Zustimmungsgebots ist es, die Gesellschaft vor Interessenkollisionen ihres Vertreters zu schützen.[989] Eben solche sind beim Selbstkontrahieren des Alleingesellschafters aber gar nicht zu befürchten. Denn wie schon vor dem EU-GesRÄG 1996 im Schrifttum dargelegt wurde, decken sich die Interessen des Alleingesellschafters in aller Regel mit jenen der in seinem alleinigen Eigentum stehenden Gesellschaft,[990] sodass der Zweck des Zustimmungsgebots nicht verfängt.

Die Begründung des Gesetzgebers, die sich in den Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage findet, ist indes eine andere.[991] So sei der Verzicht auf einen Kurator auf das neue Formgebot zurückzuführen,[992] was angesichts der Tatsache, dass das Formgebot primär den Schutz der Gläubiger vor Augen hat, das Zustimmungsgebot hingegen allein auf den Schutz der Gesellschaft abzielt, nicht so recht zu überzeugen vermag.[993] ME entscheidend ist allein der schon zuvor beschriebene Umstand, dass im Fall des Selbstkontrahierens des Alleingesellschafters das Schutzbedürfnis der Gesellschaft so sehr in den Hintergrund rückt, dass es einen Entfall der Zustimmungspflicht rechtfertigt.[994] Wenngleich die Materialien ausdrücklich nur auf besagte wenig überzeugende Begründung abstellen, dürfte es doch die fehlende Interessendifferenz gewesen sein, die den Gesetzgeber zur (über die Vorgaben der Einpersonen-RL hinausgehenden) Regelung der allgemeinen Zulässigkeit einschlägiger Rechtsgeschäfte bewegte.[995] Denn wie *Koppensteiner/Rüffler* zutreffend festhalten, lässt sich der Verzicht auf die Kuratorenbestellung nur als eine gesetzgeberische Einsicht in den Interessengleichklang deuten.[996]

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die herrschende Ansicht zutreffend, wonach die Entbehrlichkeit der Zustimmung nicht davon abhängt, ob ausnahmsweise ein unbefangenes Gesellschaftsorgan zur Erteilung der Zustimmung vorhanden wäre, das die vom Gesetz für entbehrlich erklärte Kuratorenbestellung erst gar nicht erforderlich machen würde.[997] Denn der für die Entbehrlichkeit der Zustimmung ausschlaggebende

[989] HM, s dazu zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.
[990] *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 69; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 202; *Koppensteiner* in FS Claussen 217 f; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 18; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 38; vgl bereits *Thöni*, wbl 1988, 106 ff; *Harrer*, RdW 1991, 168 ff.
[991] So schon *Koppensteiner* in FS Claussen 217 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 394 f in FN 73.
[992] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 113.
[993] Ebenso *Koppensteiner* in FS Claussen 217 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 394 f in FN 73.
[994] S dazu die Nw in FN 990. Vgl auch *Koppensteiner* in FS Claussen 217, der darauf hinweist, dass die amtliche Begründung die viel grundsätzlichere Wertung des mangelnden Interessengegensatzes überdeckt.
[995] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.
[996] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.
[997] S dazu *U. Torggler*, wbl 2000, 395; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 69.

Interessengleichklang zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter hängt nicht davon ab, ob ein Aufsichtsrat oder ein Fremdgeschäftsführer existiert. Erst das Hinzutreten eines weiteren *Gesellschafters* würde diese Interessenharmonie stören. Weil mit Eintritt eines weiteren Gesellschafters jedoch gar keine Einmann-GmbH mehr vorliegt, kann der herrschenden Auffassung, wonach § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG das Selbstkontrahieren des Alleingesellschafters allgemein für zulässig erklärt,[998] ohne Zweifel beigepflichtet werden.

Ebensowenig hängt die Anwendbarkeit der Bestimmung davon ab, ob der Alleingesellschafter in der Funktion als Geschäftsführer handelt. Wie auch schon iZm der Reichweite des Protokollierungsgebots ausgeführt, könnte man zwar aus der systematischen Stellung – § 18 GmbHG regelt die Vertretung der Gesellschaft durch den *Geschäftsführer* – den Rückschluss ziehen, dass nur der als Geschäftsführer handelnde Alleingesellschafter erfasst sei,[999] jedoch finden sich dafür weder im Wortlaut, noch in den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte. Auch teleologische Überlegungen sprechen jedenfalls dagegen. Denn der Umstand, dass Interessenkollisionen zwischen der Gesellschaft und dem Alleingesellschafter auszuschließen sind, hängt nicht von der Art dessen Vertretungsmacht ab.[1000] § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG findet daher unabhängig davon Anwendung, ob der einzige Gesellschafter als organschaftlicher Vertreter (Geschäftsführer), rechtsgeschäftlicher Repräsentant der Gesellschaft (zB Prokurist, Handlungsbevollmächtigter) oder in seiner Funktion als Gesellschafterversammlung (so etwa bei Abschluss seines eigenen Anstellungsvertrags) tätig wird.[1001] Gleichfalls nicht erheblich ist, ob er die Gesellschaft dabei allein vertritt oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäftsführern oder rechtsgeschäftlichen Vertretern.[1002] Es genügt sogar, wenn er nur als „Drahtzieher" der Transaktion fungiert, so etwa, wenn er einen Fremdgeschäftsführer zum Abschluss angewiesen hat, oder die Gesellschaft von einer Person vertreten wird, die vom Alleingesellschafter abhängig ist (ausf zu „materiellen Insichgeschäften" IV [203]; vgl auch schon bei und in FN 889). Kontrahiert hingegen ein Fremdgeschäftsführer sowohl im

[998] *U. Torggler*, wbl 2000, 395; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 38; *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 18; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 50; *Geist*, SWK 1996 B 100; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 200 f; aA *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236.
[999] So *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236.
[1000] *Geist*, SWK 1996 B 100.
[1001] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 200 f; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 50; *Geist*, SWK 1996 B 100; *U. Torggler*, wbl 2000, 395; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 38; *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 18; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; aA *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236.
[1002] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197, 200; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 67.

eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft, ist mangels Interessengleichlaufs stets die Zustimmung der Gesellschaft einzuholen (§ 25 Abs 4 GmbHG).[1003] Nach allgemeinen Grundsätzen kann nur dann davon abgesehen werden, wenn ausnahmsweise keine Gefahr der Interessenkollision zu befürchten ist (s dazu oben ausf).[1004]

Nach wie vor strittig ist, ob § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG auf Fälle der Doppelvertretung analog anzuwenden ist.[1005] Der OGH verneint dies, wenngleich er erkennt, dass die Gefahrenlage beim Selbstkontrahieren mit der bei der Doppelvertretung vergleichbar ist.[1006] Eine analoge Anwendung scheitere ihm zu Folge jedoch an der Entstehungsgeschichte des EU-GesRÄG 1996, die gegen das Vorliegen einer Gesetzeslücke sprechen und damit die Voraussetzung für einen Analogieschluss ausschließen würde.[1007] Denn während die Vorarbeiten[1008] und der Ministerialentwurf[1009] noch eine für Selbstkontrahieren und Doppelvertretung gleichermaßen geltende Fassung vorsahen, verengte die Regierungsvorlage den Gesetzestext auf Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen als auch im fremden Namen abschließt,[1010] was nach Ansicht des OGH nur als bewusste gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Miteinbeziehung der Doppelvertretung in den Anwendungsbereich des § 18 Abs 5 GmbHG interpretiert werden könne.[1011]

Demgegenüber spricht sich das überwiegende Schrifttum mE zutreffend für eine analoge Anwendung des § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG auf Fälle der Doppelvertretung aus, sodass auch hier auf Seiten der Gesellschaft keine besondere Zustimmung (durch den Gesellschaftsvertrag, einen Kollisionskurator oder ein [ausnahmsweise vorhandenes]

[1003] *Geist*, SWK 1996 B 100; *U. Torggler*, wbl 2000, 395.
[1004] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.
[1005] Bejahend *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206; *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 118; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *U. Torggler*, wbl 2000, 395 ff; *ders* in *Straube*, WK 4. Lfg § 18 Rz 38; *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 18; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 54; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 69; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/209 f; verneinend RIS-Justiz RS0112611, OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146; *Gellis/Feil*, GmbH[7] § 18 Anm 16.
[1006] Ausdr OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146.
[1007] OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146, folgend *Gellis/Feil*, GmbH[7] § 18 Anm 16.
[1008] *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Anpassungsbedarf 251; *dies* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht I 304 f.
[1009] Im Ministerialentwurf lautete § 18 Abs 5 wie folgt: „Sind alle Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters vereinigt, so sind Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Gesellschafter in seinem oder fremdem Namen und der von ihm vertretenen Gesellschaft abgeschlossen werden, gültig, wenn sie schriftlich abgefaßt sind oder unverzüglich in einen Niederschrift aufgenommen werden. Dieser Form bedarf es nicht bei Geschäften, die zum Unternehmensgegenstand gehören und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen werden."; abgedruckt bei *Heidinger*, SWK 1996 B 2. S zum Ganzen auch *Aicher/U.Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f.
[1010] ErlRV 32 BlgNR 20. GP 33.
[1011] OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146; so auch *Gellis/Feil*, GmbH[7] § 18 Anm 16 f.

unbefangenes Gesellschaftsorgan) erforderlich und das Geschäft allgemein zulässig ist.[1012] Dies folgt mE aus Gleichheitserwägungen und ist entgegen der Auffassung des OGH[1013] durchaus mit der Entstehungsgeschichte der Norm zu vereinbaren (dazu sogleich im nächsten Abs). Denn wie schon an anderer Stelle ausgeführt, unterscheidet sich der Fall des Selbstkontrahierens von jenem der Doppelvertretung dadurch, dass andere Interessen miteinander kollidieren. Während es beim Selbstkontrahieren die Eigeninteressen des Vertreters sind, die jenen der Gesellschaft gegenüberstehen, sind es bei der Doppelvertretung die Interessen eines Dritten, die mit jenen der Gesellschaft duellieren. Dass die größere Gefahr in aller Regel vom Selbstkontrahieren ausgeht, zeigt die Überlegung, dass der Vertreter eher geneigt sein wird, sich von gesellschaftsfremden *Eigen*interessen als von gesellschaftsfremden *Fremd*interessen leiten zu lassen.[1014] Das Selbstkontrahieren stellt insofern die „gefährlichere" Form des Insichgeschäfts dar, weshalb es wertungswidersprüchlich erscheint, das Selbstkontrahieren zu erlauben, die Doppelvertretung hingegen nicht. Nun tritt im Bereich der Einmann-GmbH noch die Besonderheit hinzu, dass die Interessen der Gesellschaft mit jenen ihres Alleingesellschafters zusammenfallen,[1015] was die Wertungswidersprüchlichkeit mE noch verstärkt. Denn während im Fall des Selbstkontrahierens eine Benachteiligung der Gesellschaft wegen des Interessengleichklangs zwischen ihr und dem Vertreter ausgeschlossen werden kann, ist im Fall der Doppelvertretung mE sogar davon auszugehen, dass der Vertreter aufgrund der Tatsache, dass sich seine Interessen mit jenen der Gesellschaft decken, verleitet ist, Letztere zu bevorteilen. Das Bedürfnis, die Gesellschaft mittels Zustimmungsvorbehalts vor etwaigen Benachteiligungen zu schützen, ist daher mE im Fall der Doppelvertretung noch geringer als im Fall des Selbstkontrahierens, weshalb es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten erscheint, § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG auch auf Fälle der Doppelvertretung zu übertragen.[1016]

[1012] *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206; *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *U. Torggler*, wbl 2000, 395 ff; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 38; *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 18; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 54; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 69; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/209 f.

[1013] OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146.

[1014] So schon *U. Torggler*, wbl 2000, 395 f.

[1015] S dazu *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 68; *U. Torggler*, wbl 2000, 396; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b.

[1016] Ebenso *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206; *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/236; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *U. Torggler*, wbl 2000, 395 ff; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 38; *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 18 Rz 18; *Enzinger* in *Straube*,

Dem steht mE auch die Entstehungsgeschichte der Norm nicht entgegen.[1017] Zwar lassen die Materialien dem Vorliegen einer Gesetzeslücke nur wenig Argumentationsspielraum,[1018] worauf schon bei der parallel gelagerten Frage, ob das Dokumentationsgebot auf die Doppelvertretung analog anzuwenden ist, hingewiesen wurde (s dazu III.C.2 [178]). An dieser Stelle kann bzw muss der Spielraum jedoch genutzt werden. Denn würde man annehmen, dass es eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war, die Doppelvertretung (auch; s bereits oben III.C.2 [178]) hinsichtlich der Zulässigkeit vom Anwendungsbereich auszugrenzen, würde man Letzterem damit gleichsam unterstellen, eine wertungswidersprüchliche Regelung geschaffen zu haben, was im Zweifel nicht angenommen werden darf.[1019] Vielmehr dürfte die schon im Schrifttum angestellte Überlegung zutreffen, dass der Gesetzgeber bei Streichung der Doppelvertretungsfälle nur das Protokollierungsgebot vor Augen hatte,[1020] das im gleichen Satz geregelt wird und insofern Hauptregelungsanliegen des Gesetzgebers war, als er zu dessen Regelung durch die Einpersonen-RL verpflichtet war[1021]. Die Regelung der Zulässigkeit erfolgte demgegenüber über die Vorgaben der Richtlinie hinaus und ist nicht auf einen europäischen Anstoß, sondern vielmehr auf die immer lauter werdende Kritik der inländischen Lehre zurückzuführen.[1022] Und weil Letztere sowohl das Selbstkontrahieren als auch die Doppelvertretung hinsichtlich der Zulässigkeit gleich behandelt wissen wollte und die Regierungsvorlage bei bereits geändertem Wortlaut des § 18 Abs 5 GmbHG („im eigenen Namen und im fremden Namen“) nach wie vor betonte, dass durch die Neuregelung „der bisherigen, vielfach kritisierten Rechtsprechung […] die Grundlage entzogen [wurde]“, ist auch unter diesem Aspekt von keiner bewussten Entscheidung des Gesetzgebers auszugehen.[1023] Vielmehr ist das Gesetz als planwidrig unvollständig zu betrachten. Die Regelung ist auf Fälle der Doppelvertretung zu erstrecken, weil auch hier (bzw hier sogar noch mehr) das Schutzbedürfnis der Gesellschaft zu vernachlässigen ist. Nicht verzichtet werden kann hingegen auf die Zustimmung des (ebenfalls vom

---

WK GmbHG, 52. Lfg § 18 Rz 54; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 69; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, öGesR, Rz 4/209 f.

[1017] So aber die Begründung des OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146. Wie hier demgegenüber auch schon *Koppensteiner* in FS Claussen 218; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/236; *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 206; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 18 Rz 23b (in Anschluss an *U. Torggler*, wbl 2000, 395 f): „Die Materialien sind nicht hinreichend deutlich, um die Analogie zu verneinen“.

[1018] S zum Ganzen auch *Aicher/U.Torggler*, GesRZ 1996, 206 f; *U. Torggler*, wbl 2000, 392 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 18 Rz 23b.

[1019] *U. Torggler*, wbl 2000, 395; vgl *Reich-Rohrwig*, GmbHR I^2 Rz 2/23.

[1020] Zutr *U. Torggler*, wbl 2000, 395.

[1021] Art 5 Abs 1 Einpersonen-RL.

[1022] S dazu *Thöni*, wbl 1988, 102; *C. Nowotny*, RdW 1987, 35, 36; *Harrer*, RdW 1991, 167, 168 f.

[1023] So schon *U. Torggler*, wbl 2000, 395 f.

Alleingesellschafter vertretenen) Dritten. Anderes gilt freilich wiederum, wenn es sich auch bei dem Dritten um eine Einmann-GmbH handelt, dessen einziger Gesellschafter gleichzeitig Gesellschafter der anderen GmbH ist.[1024]

E. Zusammenfassung und Thesen

- Seit dem EU-GesRÄG 1996 ist es dem Alleingesellschafter allgemein erlaubt, Rechtsgeschäfte sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abzuschließen (Selbstkontrahieren). Der zwischen Judikatur und Literatur ausgetragene Meinungsstreit wurde damit zugunsten Letzterer beendet.

- In Umsetzung des Art 5 Abs 1 Einpersonen-RL sieht § 18 Abs 1 S 1 GmbHG nunmehr vor, dass über Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, unverzüglich eine Urkunde zu errichten ist. Normzweck ist Beweissicherung; insb sollen intransparente Vermögenstransaktionen hintangehalten werden. Schutzobjekt sind primär die Gläubiger von Gesellschaft und Alleingesellschafter, aber auch die Gesellschaft selbst kann in den Schutzbereich fallen (Änderung im Gesellschafterbestand, Insolvenz).

- Das Gebot der Schriftform, das insofern strengere Anforderungen setzt als der schon nach allgemeinen Regeln erforderliche Manifestationsakt, erklärt sich mE daraus, dass die Gefahr einer Vermögensvermischung bei Einmanngesellschaften besonders groß ist.

- Weil § 18 Abs 5 S 2 HS 1 GmbHG bei Beschreibung der Anforderungen an die Protokollierung jene an den Manifestationsakt übernimmt – so ist bei Errichtung dafür Sorge zu tragen, dass nachträgliche Änderungen des Inhalts und Zweifel über den Abschlusszeitpunkt ausgeschlossen sind –, stellt jede idS errichtete Urkunde gleichzeitig einen Manifestationsakt dar. Dies gilt wegen des Schriftlichkeitserfordernisses nicht *vice versa*.

[1024] OGH 5 Ob 213/99f, SZ 72/146; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 68; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 18 Rz 23b; *U. Torggler*, wbl 2000, 396.

- Die Urkunde ist unverzüglich zu errichten, dh ohne schuldhaftes Zögern. Sie muss indes nicht eigens für den Zweck der Protokollierung geschaffen werden.

- Den Anforderungen des § 18 Abs 5 S 2 HS 1 GmbHG kann ua durch die Errichtung eines Notariatsakts, die notarielle Beglaubigung einer Urkunde, ein Protokoll zur mündlichen Tagsatzung, der Einreichung eines Schriftstücks bei einer öffentlichen Stelle (zB Grundbuch), der Aufnahme eines Belegs in die (elektronische) Buchhaltung oder der Erstellung einer Privaturkunde und Inkenntnissetzung eines (unabhängigen) Dritten Rechnung getragen werden.

- In der Niederschrift festzuhalten sind das Zustandekommen des Geschäfts, Art und Höhe von Leistung und Gegenleistung, Zeitpunkt des Abschlusses und jene Nebenbestimmungen, denen entweder ein Vermögenswert oder ein Einfluss auf den Fortbestand des Rechtsgeschäfts zukommt.

- Aufgrund der mit einer unterfertigten Urkunde einhergehenden erhöhten Beweiskraft empfiehlt es sich, das Schriftstück zu unterschreiben; Voraussetzung ist dies jedoch nicht.

- Das Protokollierungsgebot gilt unabhängig davon, ob der Alleingesellschafter als (allein- oder gesamtvertretungsbefugter) Geschäftsführer, (allein- oder gesamtvertretungsbefugter) rechtsgeschäftlicher Vertreter oder in seiner Funktion als Gesellschafterversammlung handelt. Auch genügt es, wenn er lediglich der „Drahtzieher“ der Transaktion ist, so etwa, wenn er einen Fremdgeschäftsführer zum Abschluss angewiesen hat oder die Gesellschaft von einer Person vertreten wird, die vom Alleingesellschafter abhängig ist. Ausf zu Fällen von „materiellen Insichgeschäften“ unten IV (203).

- Eine analoge Anwendung der Protokollierungspflicht auf Fälle der Doppelvertretung scheitert daran, dass die Gefahr intransparenter Vermögensverschiebungen bei Beteiligung eines (unabhängigen) Dritten weitaus geringer ist. Steht der Dritte hingegen in einer gewissen Nahebeziehung zum Alleingesellschafter (ausf IV.B.3 [208]), liegt ein Fall „materiellen

Selbstkontrahierens“ vor, der ohnedies der Bestimmung des § 18 Abs 5 f GmbHG (*per analogiam*) unterliegt (ausf IV.D [227]).

- Die Entscheidung des Gesetzgebers, „harmlose“ Geschäfte vom Anwendungsbereich des Dokumentationserfordernisses auszunehmen, muss aufgrund damit einhergehender Abgrenzungsprobleme kritisiert werden.

- Fehlt die Protokollierung, kann das Rechtsgeschäft unter der Voraussetzung, dass dem Manifestationsakt auf andere Weise entsprochen wurde, dennoch wirksam sein. Das Risiko, dass das Rechtsgeschäft nicht nachgewiesen werden kann, trägt der Gesellschafter.

- Ein Verstoß gegen das Dokumentationsgebot kann zu Schadenersatzpflichten gegenüber der Gesellschaft und Gläubigern führen. Letztere haben dabei nicht nur die Möglichkeit, den Anspruch der Gesellschaft zu pfänden; mE können sie auch direkt gegen den Gesellschafter vorgehen.

- Die Entscheidung des Gesetzgebers, bei Geschäften, die der Alleingesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt (Selbstkontrahieren), auf die Bestellung eines Kollisionskurators zu verzichten, dürfte trotz anderweitiger nicht überzeugender Begründung in den Materialien auf der zutreffenden Annahme eines Interessengleichklangs zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter beruhen.

- Die Bestimmung ist daher im Sinne einer allgemeinen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens zu verstehen und nicht davon abhängig, ob andere unbefangene Gesellschaftsorgane zur Erteilung der Zustimmung vorhanden wären.

- § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG ist auf Fälle der Doppelvertretung analog anzuwenden. Dies folgt aus Gleichheitserwägungen und lässt sich entgegen der Auffassung des OGH durchaus mit der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbaren.

IV. Teil: Materielle Insichgeschäfte[1025]

A. Allgemeines

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wird die Auffassung vertreten, dass die Vorschriften über Insichgeschäfte auch dann Anwendung finden sollen, wenn zwar kein Insichgeschäft im eigentlichen Sinn („formelles Insichgeschäft"), jedoch ein Geschäft mit entsprechendem Interessenkonflikt („materielles Insichgeschäft") vorliegt (vgl außerdem die zu § 39 Abs 4 ähnlich geführten Diskussionen)[1026].[1027] Vorwiegend behandelt wird dieser Themenkreis im Bereich der Mehrpersonen-GmbH, wo ihm jedenfalls Zustimmung gebührt. Denn Normzweck des § 25 Abs 4 GmbHG ist es, die Gesellschaft vor Interessenkollisionen ihres Vertretungsorgans und der damit einhergehenden Gefahr einer Übervorteilung zu schützen.[1028] Ist nun das Schutzbedürfnis der Gesellschaft bei einem vom Wortlaut grundsätzlich nicht erfassten Rechtsgeschäft gleich groß wie im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm – so etwa, wenn nicht der Geschäftsführer selbst, sondern dessen Ehefrau bzw eine andere Gesellschaft, an der eben jener Geschäftsführer zu 100 % beteiligt ist, Vertragspartner der GmbH wird –, verfängt der Normzweck auch hier; eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 25 Abs 4 GmbHG ist daher nicht nur möglich, sondern vielmehr geboten.

[1025] Zur Terminologie: Während viele Autoren keine eigene Bezeichnung für diese Art von Rechtsgeschäften wählen, variiert die Terminologie bei jenen, die dies tun. Teilweise ist von „mittelbaren Insichgeschäften" die Rede; so etwa *Hübner*, Interessenkonflikt 175 ff; andererorts findet man die Bezeichnung der „materiellen Insichgeschäfte"; s *U. Torggler*, ecolex 2009, 920; *Festner*, Interessenkonflikte 182 („materielles Selbstkontrahieren"). Da es sich bei jener Fallgruppe um Geschäfte handelt, die formell betrachtet nicht die Voraussetzungen des § 25 Abs 4 erfüllen, materiell gesehen jedoch Insichgeschäften entsprechen, ist zweitere Variante vorzuziehen. Zudem verleitet der Terminus der „mittelbaren Insichgeschäfte" zu dem Schluss, dass es sich um Fälle der mittelbaren bzw indirekten Vertretung handelt, was nicht (immer) der Fall und damit irreführend ist. Vgl dazu auch *Gschnitzer*, AT 228, der schon 1966 zumindest vom Pendant der „formellen" Insichgeschäfte spricht.

[1026] S dazu *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 29 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 35 ff.

[1027] S RIS-Justiz RS0113487, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68, OGH 5 Ob 99/02y, wobl 2003/45; *U. Torggler*, ecolex 2009, 921 ff; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 15; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 18 Rz 63; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 159; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 117; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 1/163; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 20 Rz 23; *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 44; für die Privatstiftung s *Csoklich*, Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZfS 2006, 97, 100; *Arnold,* PSG[3] § 17 Rz 92a; zum dRecht s zB *Festner*, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht (2006) 182 ff; *Hübner*, Interessenkonflikt 175 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 34 ff; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 15 ff; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 21 ff; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 24 ff.

[1028] S dazu zB *U. Torggler*, GesRZ 2007, 273.

Wenngleich dies im Schrifttum bislang nicht mit dieser Deutlichkeit ausgeführt wird, stellen sich eben jene Probleme auch im Bereich der Einmann-GmbH, obzwar sie hier gewissermaßen konträr gelagert sind. Denn § 18 Abs 5 GmbHG ordnet statt eines Zustimmungsvorbehalts der Gesellschaft (§ 25 Abs 4 GmbHG) die allgemeine Zulässigkeit von Insichgeschäften des Alleingesellschafters an, verlangt jedoch die schriftliche Dokumentation des Geschäfts (s oben III.D [194]). *Ergo* ist hier nicht zu fragen, in welchen Fällen eine ähnliche Interessenkollision zu befürchten ist, sondern vielmehr in welchen Fällen eben jene Interessenkollision ausgeschlossen werden kann und das Beweissicherungsbedürfnis damit jenem des unmittelbaren Anwendungsbereichs entspricht. Weil wie noch zu zeigen sein wird in beiden Fällen entscheidend ist, ob der Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter die Interessen des Vertragspartners fördern muss oder möchte,[1029] und sich die Prüfung damit in beiden Gesellschaftsformen gleich gestaltet und nur die Rechtsfolgen differenzieren (s dazu unten IV.D [227]), genügt es, sich bei der folgenden Untersuchung zwecks einfacherer Darstellung auf eine der beiden Formen zu konzentrieren. Gewählt werden die „materiellen Insichgeschäfte" des Geschäftsführers einer Mehrpersonengesellschaft, weil diese insofern die „problematischere" Gruppe bilden, als es hier um die analoge Anwendung des Zustimmungsvorbehalts und damit um eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis (s dazu oben II.E.8.b.i.2.b [83]) geht; die analoge Anwendbarkeit von § 18 Abs 5 f GmbHG verlangt demgegenüber nur die Errichtung einer Urkunde (und selbst darauf kann uU verzichtet werden).

Da sich die Abgrenzung der „materiellen Insichgeschäfte" immer noch schwierig gestaltet, sollen im Folgenden zunächst Fallgruppen herausgearbeitet werden, die es im Anschluss erlauben, eine allgemeine Definition aufzustellen.

[1029] Diesfalls ist im Bereich der Mehrpersonen-GmbH von einer Interessenkollision des Geschäftsführers auszugehen, im Bereich der Einmann-GmbH ist eine solche aufgrund des Interessengleichklangs zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter auszuschließen; Ersteres bedingt ua die analoge Anwendung des Zustimmungsvorbehalts (§ 25 Abs 4), Zweiteres jene des § 18 Abs 5 S 2 HS 2, sodass die Zustimmung entbehrlich, das Geschäft aber uU zu protokollieren ist; ausf unten IV.D (227).

B. Fallgruppen

1. Hinzuziehen eines weiteren Vertreters

a. Eigenbevollmächtigung

In Judikatur und Schrifttum (mittlerweile)[1030] beinahe einhellig behandelt wird der Fall der Eigenbevollmächtigung. Dabei bestellt der Geschäftsführer für seine eigene Person als Vertragspartner der Gesellschaft einen Vertreter und schließt mit diesem das Rechtsgeschäft, sodass es *prima vista* so wirkt, als wäre die von § 25 Abs 4 GmbHG im Fall des Selbstkontrahierens geforderte Personenidentität nicht gegeben. Auf den zweiten Blick wird aber schnell klar, dass die Interessenkollision, der die Bestimmung vorzubeugen versucht, hier gleichsam droht, kann der Geschäftsführer doch jederzeit auf die Entscheidungen seines Bevollmächtigten einwirken.[1031] Ob er dies tatsächlich tut, ist dabei nicht relevant; schon das abstrakte Bestehen des Interessenkonflikts in der Sphäre des Geschäftsführers und die damit einhergehende Gefahr einer Übervorteilung der Gesellschaft bedingen die (analoge) Anwendbarkeit des § 25 Abs 4 GmbHG.[1032] Es liegt ein Fall des „materiellen Selbstkontrahierens" vor.

b. Unterbevollmächtigung

Eine dem Telos des § 25 Abs 4 GmbHG entsprechende Interessenkollision besteht nach mE zutreffender Ansicht der hM auch dann, wenn der Geschäftsführer einen Untervertreter[1033] bestellt[1034] und sich von diesem in seiner Funktion als Vertreter der

---

[1030] Das Reichsgericht hat sowohl Fälle der Eigenbevollmächtigung als auch jene der Unterbevollmächtigung (s dazu IV.B.1.a [205] sowie IV.B.1.b [205]) nach einer streng formellen Sichtweise für zulässig erachtet; s dazu zB RG V B 13/37, RGZ 157, 24, 31; RG V 367/23, RGZ 108, 405.

[1031] S dazu *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 24.

[1032] S OLG Hamm 15 W 117/80, NJW 1982, 1105 (die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer in seiner Funktion als Vertragspartner von seiner Ehefrau vertreten ließ, macht diesen Fall besonders prekär); *U. Torggler*, ecolex 2009, 921; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 1/163; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1009 Rz 14; *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 2 PSG, ZUS 2012, 64 f (zur Privatstiftung); *Festner*, Interessenkonflikte 192; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 26; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 15. Für eine unmittelbare Anwendung des § 181 BGB sprechen sich wohl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 35 Rz 136 aus; vgl auch *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 36, der jedoch eine Begründung vermissen lässt. Vgl weiters *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 816 ff, der die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung des § 181 BGB allerdings anders begründet; s auch OLG Hamm 15 W 117/80, NJW 1982, 1105: „so findet § 181 BGB *mindestens* entsprechend Anwendung" (Hervorhebung durch die Autorin).

[1033] Dieser vertritt in weiterer Folge die Gesellschaft, er handelt im Namen der GmbH. S dazu ausf IV.B.1.b (205). Die Rechtsfigur der „Vertretung des Vertreters" („mittelbare Untervertretung") ist mit gewichtigen Stimmen im Schrifttum abzulehnen. S dazu zb *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 836 ff; *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 224 ff, insb 226.

Gesellschaft (diesfalls wird es sich oftmals um einen anderen Geschäftsführer oder einen Prokuristen handeln; s dazu schon oben II.B [21]) oder/und (bei Doppelvertretung) in seiner Funktion als Vertreter des Dritten vertreten lässt.[1035] Zwar liegt auch hier nicht die „klassische" Situation vor, in der der Geschäftsführer auf beiden Seiten des Geschäfts in Erscheinung tritt. Denn im einen Fall handelt der Geschäftsführer zwar für sich selbst, nicht jedoch für die Gesellschaft, diese wird vom Untervertreter berechtigt und verpflichtet („materielles Selbstkontrahieren"); und im anderen Fall handelt der Geschäftsführer nur für die Gesellschaft, nicht auch für den Dritten („materielle Doppelvertretung"). Eventuell vertritt der Geschäftsführer sogar keine der beiden Seiten des Insichgeschäfts, weil er sich im zuletzt genannten Fall auch in seiner Funktion als Geschäftsführer der Gesellschaft vertreten lässt („materielle Doppelvertretung") oder er im ersten Fall sowohl einen Eigenbevollmächtigten bestellt als auch einen Untervertreter für die Gesellschaft („materielles Selbstkontrahieren"). Dennoch besteht in diesen Fällen ein mE gleich hohes Schutzbedürfnis der Gesellschaft. Denn selbst wenn man davon absieht, dass es regelmäßig Zweck solcher Konstruktionen ist, die Regeln über Insichgeschäfte zu umgehen,[1036] vermag es der vom befangenen Geschäftsführer bestellte Untervertreter auch nicht, die Gesellschaft vor Übervorteilungen zu schützen.[1037] Denn zum einen wählt der befangene Geschäftsführer selbst die Person des Untervertreters aus und wird sich dementsprechend eines „willigen" Vertreters bedienen. Zum anderen hat es ein Geschäftsführer, der ausreichend Vertretungsmacht zur Bestellung des Untervertreters hatte, gleichsam auch in der Hand, jenen wieder „abzusägen" (s bereits II.B [21]),[1038] was dessen Handlungen entsprechend stark beeinflussen und insofern zu einer faktischen Weisungsbefugnis führen dürfte.

2. Zwischenschaltung eines Strohmanns

Ebenfalls analog angewendet werden sollen die Regeln über Insichgeschäfte, wenn der befangene Geschäftsführer einen Strohmann zwischenschaltet und mit diesem namens

---

[1034] Voraussetzung hierfür ist freilich, dass der Geschäftsführer einen Untervertreter wirksam bestellen konnte (§ 1010 ABGB; s dazu *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 222 ff).

[1035] S dazu zB BGH II ZR 167/89, NJW 1991, 691, 692; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/163; *Festner*, Interessenkonflikte 183 ff; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 22; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 35 f; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 15; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 24.

[1036] S nur *Suttmann*, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, MittBayNot 2011, 1, 5.

[1037] *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 15; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 35 f; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 24.

[1038] *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 167 Rz 69.

der Gesellschaft kontrahiert („materielles Selbstkontrahieren“).[1039] Eine gesetzliche Stütze findet dies in der hinsichtlich des Normzwecks gleichgelagerten Bestimmung des § 80 Abs 3 HS 2 AktG, wonach der Zustimmungsvorbehalt auch für Kreditgewährungen an einen Dritten gilt, der für Rechnung eines Vorstandsmitglieds handelt.

Als Strohmann kann etwa ein indirekter Stellvertreter fungieren, der zwar zunächst im eigenen Namen das Geschäft abschließt, in weiterer Folge jedoch sämtliche Rechte und Pflichten daraus auf seinen Geschäftsherrn überträgt, sodass der wirtschaftliche Erfolg aus dem Geschäft allein Letzterem zugutekommt.[1040] Weil bei einem solchen Geschäft die Rechtswirkungen nicht unmittelbar zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer eintreten, sondern vielmehr erst aufgrund eines weiteren Rechtsgeschäfts auf Letzteren übergehen, hat die Gesellschaft mE zu beweisen, dass eine solche Konstruktion und damit die Umgehung der Bestimmung des § 25 Abs 4 GmbHG von vornherein geplant war.[1041] Wichtige Indizien hierfür sind die zeitliche Nähe der beiden Rechtsgeschäfte sowie idente Vertragskonditionen.[1042]

Auch der Geschäftsabschluss mit einem Treuhänder, der im eigenen Namen aber auf Rechnung seines Treugebers handelt, fällt in diese Kategorie.[1043] Denkbar ist hier etwa folgender Fall: Der Geschäftsführer X ist gleichzeitig wirtschaftlicher Eigentümer eines Geschäftsanteils an einer anderen GmbH. Letzterer wird von einem Treuhänder Y gehalten und eines Tages an die GmbH, deren Geschäftsführer X ist, verkauft. Weil die Gewinne aus diesem Geschäft ausschließlich dem Treugeber, also dem wirtschaftlichen Eigentümer des Geschäftsanteils, zufließen, befindet sich dieser in seiner Funktion als Geschäftsführer der Käuferin in einer Interessenkollision, die jener des „formellen Selbstkontrahierens“ gleicht und damit die analoge Anwendung des Zustimmungsvorbehalts bedingt.[1044] Der umgekehrte Fall, in dem der Geschäftsführer Treuhänder ist und er das Geschäft einerseits im Namen der GmbH und andererseits im eigenen Namen (aber auf Rechnung des Treugebers) abschließt, fällt mE in den unmittelbaren Anwendungsbereich von § 25 Abs 4

[1039] S dazu zB *Briem*, ZUS 2012, 63 f; *Hübner*, Interessenkonflikt 190 f; *Festner*, Interessenkonflikte 194 ff.
[1040] Vgl *Vorstand* in *Schiemer*, AktG[2] § 80 Anm 8.1 aE, der die Bestimmung des § 80 AktG auch auf Mittelsmänner angewendet wissen möchte.
[1041] *Hübner*, Interessenkonflikt 191; s aber auch *Festner*, Interessenkonflikte 195.
[1042] *Hübner*, Interessenkonflikt 191.
[1043] Vgl zur Privatstiftung OGH 6 Ob 233/09x, GesRZ 2010, 165 [*Hochedlinger*], wo der OGH zwar den umgekehrten Fall, dass das Vorstandsmitglied der Stiftung als Treuhänder (des „wirtschaftlichen Vertragspartners“) tätig wird, der Vorschrift des § 17 Abs 5 PSG unterstellte; woraus sich jedoch der Schluss ziehen lässt, dass *per analogiam* auch jener Fall erfasst sein muss, in dem das Vorstandsmitglied der Stiftung als Treugeber auf Seiten des Vertragspartners fungiert. Ebenso *Briem*, ZUS 2012, 63 f; *Arnold*, PSG[3] § 17 Rz 92a aE.
[1044] *Briem*, ZUS 2012, 63 f.

GmbHG. Interessant ist dabei, dass es sich formell betrachtet um einen Fall des Selbstkontrahierens handelt, materiell gesehen aber wohl ein Fall der Doppelvertretung vorliegt, hat der Treuhänder doch die Interessen des Treugebers zu wahren, weshalb die Interessen der GmbH mit jenen des Treugebers zu kollidieren drohen. Aufgrund der Gleichbehandlung beider Fälle (II.B [21]) stellen sich damit jedoch keine Schwierigkeiten.

3. Geschäftsabschlüsse mit dem Geschäftsführer nahestehenden Dritten

a. *familia suspecta*

Die § 25 Abs 4 GmbHG zugrundeliegende Gefahr einer Interessenkollision des Geschäftsführers kann sich mE auch bei Geschäftsabschlüssen mit nahen Angehörigen des Vertreters verwirklichen,[1045] wird Letzterer doch schon aufgrund des verwandtschaftlichen Naheverhältnisses gewillt sein, deren Interessen besonders zu berücksichtigen („materielles Selbstkontrahieren"). Zusätzlich können im Rahmen solcher Geschäfte auch Eigeninteressen des (mit-)vertretenden Geschäftsführers eine Rolle spielen, welche diese Interessenkollision noch verstärken, man denke nur an den Fall, dass der Vertreter seiner Ehefrau einen Firmenwagen verkauft, den auch er selbst zu verwenden gedenkt.

Dass auch der Gesetzgeber nicht verkannt hat, dass Geschäfte mit nahen Angehörigen des Vertretungsorgans in gewissen Fällen jenen mit dem Vertreter selbst gleichzustellen sind, kann ua § 80 Abs 3 AktG entnommen werden. Danach kommen die Bestimmungen über die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder auch dann zur Anwendung, wenn an den Ehegatten oder ein minderjähriges Kind des Vorstandsmitglieds Kredit gewährt werden soll. Der Gesetzgeber bringt damit diesen Personengruppen die gleiche Skepsis entgegen wie den unmittelbaren Organen der Gesellschaft.

[1045] In der Lit wird diese Fallgruppe nur sehr stiefmütterlich behandelt. Ausdr dagegen spricht sich soweit ersichtlich nur *Csoklich*, ZfS 2006, 100 aus (zur Privatstiftung). *Arnold*, PSG[3] § 17 Rz 92a ff, 92 c wirft die Frage zwar auf, lässt sie jedoch unbeantwortet (zur Privatstiftung). *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 44, befürwortet demgegenüber eine Miteinbeziehung von „dem Unternehmensleiter nahe stehende[n] (Rechts-)Person[en]", worunter wohl nahe Angehörige subsumiert werden können. S weiters *Hübner*, Interessenkonflikt 191 f, der sich bei Behandlung dieser Problematik jedoch insb auf § 1795 Abs 1 Nr 1 BGB stützt, der dem Vertreter von Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen bei Geschäften zwischen dem Vertretenen und dem Ehegatten des Vertreters, dessen Lebenspartner oder dessen Verwandten in gerader Linie die Vertretungsmacht entzieht, aber auch die Bestimmung des § 89 dAktG ins Treffen führt, welche das Pendant des ö § 80 AktG bildet. Auch *Festner*, Interessenkonflikte 194 ff, behandelt die Problematik des Abschlusses mit Familienangehörigen, unterstellt dabei jedoch, dass diese bloß als „Strohmann" zwischengeschalten werden und nach Abschluss mit dem Geschäftsführer mit Letzterem persönlich einen Vertrag schließen, der diesem jene Rechtsposition verschafft, in der er sich befinden würde, wenn er selbst das Geschäft geschlossen hätte.

Auch § 28 Abs 1 Z 5 BWG bindet Rechtsgeschäfte mit Ehegatten, Lebensgefährten iSd § 72 Abs 2 StGB, Kindern, Wahl- und Pflegekindern des Geschäftsleiters an die gleichen Voraussetzungen wie Rechtsgeschäfte mit dem Geschäftsleiter selbst (§ 28 Abs 1 Z 1 BWG).

In einem anderen Zusammenhang, nämlich in Bezug auf die Meldepflichten bei der FMA, setzt auch das BörseG Rechtsgeschäfte einer Person, die bei einem Emittenten von Finanzinstrumenten Führungsaufgaben wahrnimmt, mit jenen einer Person, die mit Ersterer in enger Beziehung steht, gleich (§ 48d Abs 4 BörseG). Der Kreis dieser nahestehenden Personen schließt dabei neben Ehegatten, Lebensgefährten, unterhaltsberechtigten Kindern auch Personen mit ein, die vor dem Geschäft für die Dauer von einem Jahr mit der jeweiligen Person im gleichen Haushalt gelebt haben (§ 48a Abs 1 Z 9 lit a – c BörseG).

Abschließend lässt sich an dieser Stelle auch § 6 Abs 4 MaklerG ins Treffen führen, wonach der Makler nicht nur bei Abschluss eines Eigengeschäfts seinen Provisionsanspruch verliert, sondern auch dann, wenn das Geschäft wirtschaftlich einem Abschluss durch den Makler selbst gleichkommt, worunter die Lehre ua Geschäfte mit nahen Angehörigen subsumiert, von denen auch der Makler selbst profitiert, so etwa wenn ein Immobilienmakler seiner Frau eine Wohnung vermittelt, in der auch er selbst zu wohnen gedenkt.[1046]

Die in den zuvor genannten Bestimmungen zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung lässt sich mE auch auf den hier gegenständlichen Fall übertragen, in dem der Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft mit einem seiner Angehörigen schließt.[1047] Fraglich ist nur, wie weit der Kreis der Angehörigen dabei zu ziehen ist; denn die einschlägigen Normen definieren Letzteren nicht einheitlich. ME ist auf die Umschreibung des § 80 AktG, der die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder der AG reguliert und im GmbHR mE analog Anwendung findet,[1048] abzustellen, weil diese Bestimmung § 25 Abs 4 GmbHG am ähnlichsten ist, ja in gewissen Fällen, nämlich dann, wenn das Vorstandsmitglied, dem Kredit gewährt werden soll, selbst

[1046] S dazu *Noss*, Maklerrecht[3] (2008) 45 f.
[1047] Vgl *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 44; *Hübner*, Interessenkonflikt 191 f.
[1048] So auch *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 4/305; sich vorsichtig anschließend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 30j Rz 16, die jedoch auch darauf hinweisen, dass diese Frage noch nicht vollständig geklärt sei. Ebenso *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 30j Rz 114.

am Vertretungsakt mitwirkt,[1049] sogar einen ausdrücklich positivierten Fall des Selbstkontrahierens darstellt. Nachdem der Gesetzgeber die für diesen besonderen Fall des Insichgeschäfts[1050] aufgestellten Regeln auch auf Kreditgewährungen an Ehegatten und minderjährige Kinder eines Vorstandsmitglieds angewendet wissen will, lässt sich mE daraus durchaus der Schluss ziehen, auch die generell für Insichgeschäfte aufgestellte Regel des § 25 Abs 4 GmbHG auf Geschäfte mit Ehegatten und minderjährigen Kindern analog zu erstrecken.

Dass der Begriff des Ehegattens und jener des minderjährigen Kindes wegen des Schutzzwecks der Norm weit auszulegen ist, wurde schon iZm § 80 AktG betont;[1051] nichts anderes hat im hier interessierenden Kontext zu gelten. Erfasst sind demnach Ehegatten, eingetragene Partner (§ 1 EPG; vgl demgegenüber § 87 Abs 3 dAktG, der das deutsche Pendant des Lebenspartners [§ 1 Abs 1 dLPartG] ausdrücklich erwähnt), Personen, die miteinander in Lebensgemeinschaft leben (§ 72 Abs 2 StGB), eheliche, uneheliche,[1052] adoptierte, minderjährige und großjährige aber nicht voll geschäftsfähige Kinder; nicht jedoch Stief- und Pflegekinder, Enkelkinder, großjährige Kinder, Eltern, geschiedene Ehegatten und vormalige eingetragene Partner.[1053] Handelt es sich bei Letzteren jedoch um bloße Strohmänner, weil sie die zunächst in ihrem eigenen Namen erworbenen Rechte und Pflichten anschließend auf den Geschäftsführer übertragen, sind sie als mittelbare Stellvertreter zu qualifizieren und unterliegen insofern dem analogen Anwendungsbereich des § 25 Abs 4 GmbHG (s dazu schon oben IV.B.2 [206]). Trifft auch dies nicht zu, können Geschäfte mit ihnen dennoch aufgrund eines Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht schwebend unwirksam sein. Zwar folgt die objektive Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis nicht schon daraus, dass es der Geschäftsführer unterlässt, eine Zustimmung iSd § 25 Abs 4 GmbHG einzuholen, auch wird die Kenntnis von der objektiven Pflichtwidrigkeit nicht vermutet. Vielmehr ist nach allgemeinen Regeln zu prüfen, ob der Geschäftsführer seine Befugnisse überschritten hat und dies dem Angehörigen bekannt war.

[1049] Dies ist freilich nur dann möglich, wenn man die in solchen Fällen teilweise behauptete ausschließliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrats verneint. S dazu schon oben II.E.3.a (40).

[1050] *Hopt*, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, ZGR 2004, 1, 10, spricht idZ von einem „kritische[n] Sonderfall" von Eigengeschäften eines Vorstandsmitglieds.

[1051] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 77 – 84 Rz 42; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, AktG[2] § 80 Rz 14; *Spindler* in MüKo AktG[4] § 89 Rz 27.

[1052] Miteinzubeziehen sind auch uneheliche Kinder des Mannes. S dazu die Nw in der folgenden FN.

[1053] *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, AktG[2] § 80 Rz 14; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 77 – 84 Rz 42; s auch *Kalss* in MüKo AktG[4] § 89 Rz 68; *Vorstand* in *Schiemer*, AktG[2] § 80 Anm 8.1; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG[2] § 89 Rz 19; *Spindler* in MüKo AktG[4] § 89 Rz 27 f.

b. Verbände

Im Vergleich zur zuvor behandelten Fallgruppe, die wie schon erwähnt bislang eher stiefmütterlich behandelt wurde, haben sich Rsp und Schrifttum mit dem Fall, dass Vertragspartner der Gesellschaft ein Verband wird, an dem der Geschäftsführer selbst in gewisser Weise beteiligt ist, ausführlicher beschäftigt. So hat der OGH hierzu bereits ausgeführt, dass schon eine mittelbare Beteiligung des Geschäftsführers an der (durch einen Dritten vertretenen) Vertragspartner-Gesellschaft im Ausmaß von 49 % ausreiche, eine dem klassischen Selbstkontrahieren gleichgelagerte Interessenkollision auszulösen, die es rechtfertige, die Regeln über Insichgeschäfte analog anzuwenden.[1054] In der Literatur ist man demgegenüber weniger streng, wenngleich Einigkeit nur in dem Fall besteht, dass der Geschäftsführer Alleingesellschafter der Vertragspartnerin ist. Da seine Interessen diesfalls jenen der Gesellschaft entsprechen, liege hier zumindest materiellrechtlich gesehen ein Insichgeschäft vor.[1055] Darüber hinaus divergieren die Meinungen, insb ist strittig, welches Ausmaß die Beteiligung des Geschäftsführers erlangen muss.

Um eine Grenze zu ziehen, schlägt *Arnold* vor, sich an § 5 EKEG zu orientieren.[1056] Folgt man dieser Auffassung, wären all jene Verbände erfasst, an denen der Geschäftsführer kontrollierend (§ 5 Abs 1 Z 1, Abs 2 EKEG) oder mit einem Anteil von zumindest 25 % (§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG) beteiligt ist. Zwingend ist die Gesellschafterstellung des Geschäftsführers jedoch nicht. Denn kann er gleich einem Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf den Vertragspartner ausüben (§ 5 Abs 1 Z 3 EKEG), würde das Geschäft ebenso in den analogen Anwendungsbereich fallen. Weiters führt *Arnold*[1057] die Bestimmung des § 48a Abs 1 Z 9 lit d BörseG ins Treffen, wonach neben der Wahrnehmung von Führungsaufgaben im Vertragspartner-Verband und dem kontrollierenden Einfluss auf Letzteren auch maßgeblich ist, ob der Verband zugunsten des Geschäftsführers oder einer mit ihm in enger Beziehung stehenden Person (§ 48a Abs 1 Z 9 lit a – c BörseG) gegründet wurde oder seine Interessen weitgehend denen einer solchen Person entsprechen. „Als Richtschnur“ will *Arnold* zudem die zu § 6 Abs 4 MaklerG entwickelten Grundsätze

[1054] OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68.
[1055] S zB *Arnold*, PSG[2] § 17 92c (zur Privatstiftung); so wohl auch *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 705, 780, die eine Ausdehnung des § 17 Abs 5 PSG zwar nur sehr restriktiv befürworten, jenen Fall aber wohl mitumfasst wissen wollen (zur Privatstiftung); zur dRechtslage s *Hübner*, Interessenkonflikt 192 ff; *Festner*, Interessenkonflikte 198 ff; s aber auch *Csoklich*, ZfS 2006, 100 (zur Privatstiftung).
[1056] *Arnold*, PSG[3] § 17 Rz 92a; ihm wohl folgend *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 159: „erwägenswert“; s dazu auch *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.
[1057] *Arnold*, PSG[3] § 17 Rz 92a.

heranziehen, insb jene zur Frage, wann das Geschäft wirtschaftlich einem Abschluss durch den Makler selbst gleichkomme.[1058]

Demgegenüber macht *U. Torggler*[1059] zur Abgrenzung die Wertung des § 24 Abs 1 GmbHG über das Wettbewerbsverbot fruchtbar. Dies freilich mit dem Unterschied, dass es in den hier gegenständlichen Fällen nicht darauf ankomme, ob die Vertragspartner-Gesellschaft im gleichen Geschäftszweig tätig ist. Demnach sollen Geschäftsabschlüsse mit einer Gesellschaft, in der der Geschäftsführer eine Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter oder die Position eines Vorstands-, Aufsichtsrats- oder Geschäftsführungsmitglieds übernommen hat, als „materielle Insichgeschäfte" qualifiziert werden (§ 24 Abs 1 Alt 2 GmbHG). Darüber hinaus könnten aber auch Beteiligungen des Geschäftsführers an der Vertragspartnerin die analoge Anwendung begründen.[1060] Dies ergebe sich jedoch nicht aus § 24 Abs 1 Alt 2 GmbHG, sondern aus der Wertung von Alt 1: „Geschäfte machen". Beherrschenden Einfluss müsse die Beteiligung des Geschäftsführers an der Vertragspartnerin keinen vermitteln. Entscheidend sei vielmehr, dass die Gewinnquote an der Vertragspartner-Gesellschaft jene an der GmbH übersteigt.[1061]

Briem,[1062] der sich in seinen Ausführungen (zur Privatstiftung) va auf die seines Erachtens bestehende unmittelbare Parallele zum Stimmverbot des § 39 Abs 4 GmbHG und die dazu ergangene Judikatur stützt, stellt demgegenüber sehr wohl auf eine beherrschende Beteiligung des Geschäftsführers an der Vertragspartnerin ab. Eine solche soll immer dann gegeben sein, wenn Letzterem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht.

Feltl/Told[1063] halten sich allgemeiner. Ihnen zu Folge sei entscheidend, „ob das Beteiligungsvolumen oder Risiko des Geschäftsführers an der Gesellschaft einen Interessenkonflikt zu schüren vermag oder nicht". Anzunehmen sei dies, wenn das wirtschaftliche Eigeninteresse des Geschäftsführers an der Vertragspartner-Gesellschaft schwerwiegender wäre als an der GmbH, womit sie insofern der Ansicht von *U. Torggler*[1064] folgen.

[1058] *Arnold*, PSG[3] § 17 Rz 92a.
[1059] *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.
[1060] *U. Torggler*, ecolex 2009, 922; *ders* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 24 Rz 15.
[1061] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 24 Rz 15 aE; *ders*, ecolex 2009, 922 vor FN 29.
[1062] *Briem*, ZUS 2012, 64.
[1063] *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 117.
[1064] *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.

Ich würde mich an dieser Stelle – allein schon der Konsistenz halber – gerne wieder auf die Wertung des § 80 AktG berufen, wenn dies nicht so unbefriedigend wäre. Denn der wie schon zuvor erwähnt im Hinblick auf die Interessenkollision mE gleichgelagerte § 80 AktG unterstellt zwar Geschäfte mit nahen Angehörigen des Vorstandsmitglieds seinem Anwendungsbereich, nicht aber Geschäfte mit Gesellschaften, die dem Vorstandsmitglied in gewisser Weise „nahestehen". Auch mein erster Eindruck, dass die Bestimmung doch zumindest in „krassen" Fällen analog angewendet werde müsste, wurde bei einem Blick in die einschlägigen österreichischen Kommentierungen sofort enttäuscht.[1065]

In Deutschland ist die Situation jedoch eine andere, wenngleich ebenfalls nicht völlig zufriedenstellend. § 89 dAktG, der die Parallelbestimmung zu § 80 AktG bildet, enthält in seinem Abs 4 gewisse Umgehungstatbestände. So unterliegen der Regelung auch Kredite, die einer Gesellschaft gewährt werden, an der das Vorstandsmitglied (im Falle einer Personengesellschaft) als Gesellschafter beteiligt ist bzw (im Falle einer Kapitalgesellschaft) die Position eines gesetzlichen Vertreters oder jene eines Aufsichtsratsmitglieds bekleidet. Kredite an eine Gesellschaft, an der das Vorstandsmitglied allein oder maßgeblich beteiligt ist, sind indes auch von der deutschen Parallelnorm nicht erfasst. Zwar wird in Kommentierungen teilweise erkannt, dass die Gefahr einer Selbstbedienung in diesen Fällen sogar größer ist als in jenen, die Abs 4 ausdrücklich nennt.[1066] Eine Erstreckung des Zustimmungsvorbehalts habe jedoch aufgrund des insofern eindeutigen Gesetzeswortlauts zu unterbleiben.[1067] Das ist mE nicht nachvollziehbar, dürfte in Deutschland jedoch hM sein, wenngleich sich auch in den Materialien kein Schluss auf eine solch strenge Auslegung findet[1068]. Der dort ausgewiesene Normzweck des Abs 3, Umgehungen zu verhindern, gebietet mE vielmehr die Miteinbeziehung von Kreditgewährungen an gewisse dem Vorstandsmitglied (oder den anderen dort genannten Personen) nahestehende Gesellschaften.

Gleiches hätte mE für die österreichische Rechtslage zu gelten. Da jedoch weder der Wortlaut des § 80 AktG noch die dazu entwickelte Lehre Geschäfte mit dem Vorstandsmitglied nahestehenden Verbänden in den Anwendungsbereich miteinbeziehen,

---

[1065] S *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 77 – 84 Rz 38 ff, der das Problem nicht erwähnt; s weiters *Kalss* in MüKo AktG[4] § 89 Rz 59 ff, die nur in der ersten Rz der Kommentierung festhält, dass das dAktG insofern strenger sei als das ö, als es durch Nennung weiterer Umgehungstatbestände weiter reiche; s auch *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, AktG[2] § 80 Rz 14, der nur bei börsenotierten Gesellschaften den einbezogenen Personenkreis iSd § 48a Abs 1 Z 9 lit d BörseG ausdehnen möchte.

[1066] Ausdr *Mertens/Cahn* in KölnerKomm AktG[3] § 89 Rz 12.

[1067] *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG[2] § 89 Rz 21; *Spindler* in MüKo AktG[4] § 89 Rz 31; *Mertens/Cahn* in KölnerKomm AktG[3] § 89 Rz 12.

[1068] Begründung RegE zu § 89 AktG, zitiert nach *Kropff*, Aktiengesetz (1965) 114.

empfiehlt es sich nach einer anderen Bestimmung zu suchen, die bei Abgrenzung dieser Fallgruppe ins Treffen geführt werden kann. ME ist dies § 24 Abs 1 GmbHG, womit ich mich erneut auf dem *Torggler*'schen Weg befinde. Dies deshalb, weil auch § 24 Abs 1 *leg cit* die Abgrenzung von Fällen vor Augen hat, in denen die Gefahr besteht, dass sich der Geschäftsführer von gesellschaftsfremden Eigen- oder Fremdinteressen leiten lässt und dadurch in einen Interessenkonflikt gerät.[1069] Doch schon im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm, der Regelung des Wettbewerbsverbots, bestehen gewisse Unklarheiten. Denn während die gesetzgeberische Wertung hinsichtlich Verbänden, an denen der Geschäftsführer als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist bzw in denen er eine Stelle im Vorstand, Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleidet, in Abs 1 Alt 2 klar zum Ausdruck kommt (vgl § 89 dAktG)[1070], ist demgegenüber strittig, ob das Wettbewerbsverbot auch andere Beteiligungen des Geschäftsführers erfasst, insb solche als Kommanditist, Stiller Gesellschafter, Aktionär oder Gesellschafter einer GmbH. Nach einem Teil der Lehre soll § 24 Abs 1 Alt 2 GmbHG zumindest auf Beteiligungen, die einen beherrschenden Einfluss vermitteln, analog angewendet werden.[1071] Die deutsche hM,[1072] der für Österreich *U. Torggler* folgt,[1073] will diese „anderen Beteiligungen" demgegenüber von Abs 1 Alt 1 („Geschäfte […] machen") erfasst wissen, was – jedenfalls für die hier interessierende Abgrenzung der „materiellen Insichgeschäfte" – vorzugswürdig erscheint. Denn Abs 1 Alt 2 setzt eine aktive Interessenförderungs*pflicht* voraus;[1074] es soll verhindert werden, dass sich der Geschäftsführer von Fremdinteressen, die er aufgrund dieser Interessenförderungs*pflicht* zu wahren hat, leiten lässt und damit die Interessen der GmbH vernachlässigt. Mit der Beteiligung als Kommanditist, Stiller Gesellschafter, Aktionär oder GmbH-Gesellschafter geht jedoch eine solche Interessenförderungs*pflicht*

[1069] So schon *U. Torggler*, ecolex 2009, 922; vgl HHB GmbHG I 8; s weiters *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 24 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 24 Rz 1; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 24 Rz 1.

[1070] § 24 Abs 1 Alt 2 entspricht iW interessanterweise § 89 Abs 4 dAktG, der wie schon zuvor erwähnt die Kreditgewährung an Vorstandsmitgliedern nahestehende Dritte regelt: „Ist ein Vorstandsmitglied […] zugleich gesetzlicher Vertreter oder Mitglied des Aufsichtsrats einer anderen juristischen Person oder Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft, so darf die Gesellschaft der juristischen Person oder der Personenhandelsgesellschaft Kredit nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats gewähren".

[1071] S zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 24 Rz 6, *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 2/85; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I[2] Rz 2/292; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG, 53. Lfg § 24 Rz 18; auch *Schummer/Zierler*, Vorbereitungshandlungen für künftige Wettbewerbstätigkeiten als Verstoß iSd § 24 GmbHG? GesRZ 2003, 264, 265 f; aA *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 24 Rz 15.

[1072] S zB *Langhein* in MüKo HGB[3] § 112 Rz 18; *Weitemeyer* in *Oetker*, HGB[2] § 112 Rz 8; *Goette* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB[2] § 112 Rz 15; die zusätzlich eine gewisse Leitungsmacht des Gesellschafters fordern.

[1073] *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.

[1074] Ausdr *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 24 Rz 13; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 24 Rz 1, 6, 7: „Identifizierung mit den Interessen eines möglicherweise konkurrierenden Unternehmens"; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 24 Rz 1 ff.

nicht einher.[1075] Es besteht weniger die Gefahr der Kollision mit fremden Interessen, als vielmehr die Gefahr der Kollision mit eigenen Interessen (insofern kann hier von einem Interessenförderungs*willen* gesprochen werden), welcher Alt 1 vorzubeugen versucht.

Überträgt man nun diese § 24 Abs 1 GmbHG inhärente Wertung auf die insofern gleich gelagerten hier interessierenden Fälle der („materiellen") Insichgeschäfte, bedeutet dies Folgendes: Schließt der Geschäftsführer namens der GmbH mit einer (von einem Dritten vertretenen)[1076] Personengesellschaft ein Geschäft, an der er als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist und ihn damit eine mit seiner Stellung als organschaftlicher Vertreter verbundene Interessenförderungs*pflicht* trifft, findet § 25 Abs 4 GmbHG (entsprechend der Wertung des § 24 Abs 1 Alt 2 GmbHG) analog Anwendung.[1077] Entscheidend ist, dass der Geschäftsführer bei Abschluss eines solchen Rechtsgeschäfts nicht nur die Interessen der GmbH, sondern (aufgrund der Interessenförderungs*pflicht*; § 24 Abs 1 Alt 2 GmbHG) auch die Interessen der Personengesellschaft zu wahren hat („materielle Doppelvertretung"; übersteigt jedoch die Gewinnquote an der Personengesellschaft jene an der GmbH, liegt mE ein Fall „materiellen Selbstkontrahierens" vor, s dazu im folgenden Absatz). Gleiches gilt für den Fall, dass der Geschäftsführer gleichzeitig Vorstandsmitglied, Aufsichtsratsmitglied oder Geschäftsführer der Vertragspartner-Gesellschaft ist. Um einen Fall „materiellen Selbstkontrahierens" handelt es sich demgegenüber, wenn der Geschäftsführer namens der GmbH mit einer (von einem Dritten vertretenen)[1078] Gesellschaft kontrahiert, an der er selbst beteiligt ist. Voraussetzung hierfür ist mE, dass seine Gewinnquote an der Vertragspartner-Gesellschaft jene an der GmbH übersteigt[1079] bzw eine solche überhaupt nur an der Vertragspartner-Gesellschaft besteht. Denn diesfalls kollidieren die in seiner Funktion als Geschäftsführer zu wahrenden Interessen der GmbH mit seinen eigenen (§ 24 Abs 1 Alt 1 GmbHG; „materielles Selbstkontrahieren"), was die analoge Anwendung von § 25 Abs 4 GmbHG bedingt.[1080] Die von weiten Teilen des Schrifttums geforderte mehrheitliche Beteiligung am Vertragspartner ist demgegenüber abzulehnen, weil die hier

[1075] *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 32. Lfg § 24 Rz 15; vgl *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 24 Rz 22.
[1076] Vertritt der Geschäftsführer selbst auch die Vertragspartnerin, handelt es sich freilich um einen Fall „formeller Doppelvertretung".
[1077] Ebenso *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.
[1078] S FN 1076.
[1079] So auch *U. Torggler*, ecolex 2009, 922; ähnl *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 117. IZm § 39 Abs 4 und der Frage, wann ein Gesellschafter bei Verknüpfung mit einer Gesellschaft vom Stimmrecht auszuschließen ist, stellen auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 36 zutr auf die Beteiligungsquote ab.
[1080] *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.

entscheidende Interessenkollision schon weit vor Erreichen dieser Prozentgrenze vorliegen kann.

Denkbar ist auch, dass in den zuletzt beschriebenen Beteiligungsfällen, in denen von einem Interessenförderungs*willen* an der Vertragspartner-Gesellschaft auszugehen ist, gleichzeitig auch eine Interessenförderungs*pflicht* besteht, so etwa, wenn der Geschäftsführer an der Vertragspartner-AG nicht nur Anteile hält (Interessenförderungs*wille*, „materielles Selbstkontrahieren"), sondern auch eine Position im Vorstand bekleidet (Interessenförderungs*pflicht*, „materielle Doppelvertretung"). Wird eine Personengesellschaft Vertragspartnerin der GmbH, ist dies wegen der Selbstorganschaft der Gesellschafter sogar regelmäßig der Fall. Und weil es zumindest im Bereich der Eimann-GmbH im Hinblick auf die Rechtsfolgen entscheidend ist, ob diese Fälle als „materielles Selbstkontrahieren" oder „materielles Doppelvertreten" qualifiziert werden (unten IV.D [227]), muss auch hier eine Einordnung getroffen werden. Den Ausschlag gibt mE die Überlegung, dass Eigeninteressen (Interessenförderungs*wille*) in der Regel als höherwertig einzustufen sind als Fremdinteressen (Interessenförderungs*pflicht*), sodass diese Fälle als „materielles Selbstkontrahieren" zu kategorisieren sind.

4. Rechtsgeschäfte zugunsten des Geschäftsführers oder ihm nahestehender Personen

a. Allgemeines

Zur Frage, ob § 25 Abs 4 GmbHG auch auf Geschäfte anzuwenden ist, die zwar nicht mit dem Geschäftsführer selbst, sondern mit Dritten abgeschlossen werden, aber den Geschäftsführer oder ihm nahestehende (natürliche oder moralische) Personen (s oben IV.B.3.a [208] und IV.B.3.b [211]) begünstigen, finden sich in Österreich nur vereinzelt höchstgerichtliche Entscheidungen,[1081] insb fehlt eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Fallgruppe.[1082] In Deutschland waren solche Geschäfte demgegenüber schon öfter Diskussionsgegenstand. Die Frage der analogen Anwendung von § 181 BGB wurde

[1081] OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308 [zust *Frischauf*, immolex 2009, 254; abl *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 387]; OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222.
[1082] S aber *U. Torggler*, ecolex 2009, 922, der bereits gewisse Fälle solcher Geschäfte in den Anwendungsbereich miteinbezogen hat.

dabei überwiegend abgelehnt.[1083] Solchen „Außengeschäften", in der überwiegenden Zahl der Fälle geht es um Interzessionsgeschäfte, mangle es am Merkmal der „Personenidentität", welches § 181 BGB voraussetze.[1084] Denn der Gesellschaft tritt ein Dritter gegenüber (so etwa ein Gläubiger des Vertreters, dessen Forderung von der Gesellschaft besichert werden soll), der eigene schützenswerte Interessen am Zustandekommen des Geschäfts verfolgt, die über eine analoge Anwendung des § 181 BGB nicht entwertet werden dürften.[1085]

Zugegeben – nach der deutschen Rechtslage erscheint eine analoge Anwendung des § 181 BGB tatsächlich problematisch. Denn Rechtsfolge ist die (schwebende) Unwirksamkeit des Geschäfts, und zwar unabhängig davon, ob es dem Vertragspartner – dem Gläubiger des Vertreters – bewusst war, dass es Letzterem wegen dessen Interessenkollision an ausreichender Vertretungsmacht fehlt.[1086] Dies widerspricht dem Verkehrsschutz, der insb im Verbandsrecht groß geschrieben wird. Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich dieses Problem jedoch nicht. Denn der für Insichgeschäfte vorgesehene Zustimmungsvorbehalt des § 25 Abs 4 GmbHG entfaltet bloß im Innenverhältnis Wirkung und schlägt nur nach den Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht nach außen durch.[1087] Und da es sich beim Vertragspartner der Gesellschaft in den hier interessierenden Fällen um einen „externen" Dritten handelt, der über die Interna seiner Vertragspartnerin nicht Bescheid wissen muss und kann, kommt auch die in Kapitel II.E.8.d.iii.2.a (131) aufgestellte „einfache Vermutung"[1088] nicht zum Zug. Vielmehr ist nach den allgemeinen und schon unter II.E.8.d.ii (116) dargestellten Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht zu fragen, ob der Vertragspartner – also zB der Gläubiger des Geschäftsführers – Kenntnis von der objektiven Pflichtwidrigkeit der Rechtshandlung hatte.[1089] Der Einwand des Verkehrsschutzes trägt nach der hier

[1083] BGH IX ZR 250/89, NJW 1991, 982, 983; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 819 f; *Festner*, Interessenkollision 203 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 42 ff; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 27 f; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 35; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 18.
[1084] Ausdr *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 43; *Festner*, Interessenkollision 205; ähnl *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 819 f.
[1085] *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 819 f; *Festner*, Interessenkollision 204; *Schilken* in *Staudinger*, BGB § 181 Rz 43.
[1086] S dazu oben bei und in FN 104.
[1087] S dazu ausf oben II.E.8.d (115).
[1088] S dazu oben II.E.8.d.iii (131).
[1089] Vgl OGH 4 Ob 2078/96h, ecolex 1999, 323 [*Karollus*] – „Fehringer": Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr schlägt dann auf die Wirksamkeit eines Geschäfts mit einem gesellschaftsfremden Dritten durch (*in concreto* ging es um einen Sicherheitsnehmer der Gesellschaft und Gläubiger des Gesellschafters), wenn die Voraussetzungen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht vorliegen. Dies sei nach mE unzutr Auffassung des OGH nicht nur bei Kenntnis des Dritten, sondern auch bei grob fahrlässiger

vertretenen Auffassung demnach nicht und kann bei der folgenden Untergliederung in Fallgruppen außer Acht gelassen werden. Zu untersuchen ist also allein, ob in solchen Fällen mit einer gleichgelagerten Interessenkollision zu rechnen ist, die wegen des Schutzbedürfnisses der Gesellschaft eine analoge Anwendung des Zustimmungsvorbehalts bedingt.

b. Schuldeintritt

Im Fall des Schuldeintritts erklärt der Geschäftsführer A namens der GmbH B eine Schuld zu übernehmen, die er selbst gegenüber dem Gläubiger C hat. Da Letzterer im Fall des Schuldeintritts seinen früheren Schuldner verliert, ist hierfür stets die Zustimmung des Gläubigers erforderlich (§ 1405 ABGB).[1090] Vereinbart werden kann ein solcher Schuldeintritt auf zwei verschiedene Arten: Möglich ist einerseits, dass der Neuschuldner B mit dem Altschuldner A einen Vertrag schließt, dem der Gläubiger C zustimmt (§ 1405 S 1 ABGB; Schuldnervertrag).[1091] Diesfalls würde schon ein Fall „formellen Selbstkontrahierens" vorliegen. Wird die Schuldübernahme aber andererseits durch einen Vertrag zwischen B (Neuschuldner) und C (Gläubiger) zugunsten von A (Altschuldner und Geschäftsführer) beschlossen (§ 1406 Abs 1 ABGB; Gläubigervertrag),[1092] liegt hierin nach dem bisher Gesagten kein Insichgeschäft; weder wird der Geschäftsführer selbst oder einer seiner Strohmänner Vertragspartner, noch eine ihm nahestehende Person. Dennoch wird durch den Schuldeintritt (ausschließlich)[1093] A begünstigt und (mangels entsprechender Gegenleistung ausschließlich) die Gesellschaft geschädigt; die Interessenkollision ist mE offensichtlich und kann sogar mit dem Fall verglichen werden, dass sich der Geschäftsführer namens der Gesellschaft beschenkt. § 25 Abs 4 GmbHG ist daher analog anzuwenden („materielles Selbstkontrahieren").[1094] Die Gegenmeinung, die

---

Unkenntnis vom Verbotsverstoß der Fall. Ausf dazu *U. Torggler/H. Torggler*, 15 Jahre „Fehringer" – Zur Einlagenrückgewähr über und an Dritte, insb durch Sicherheiten, in FS W. Jud (2012) 723.

[1090] RIS-Justiz RS0033138, OGH 5.9.1972, 8 Ob 144/72; vgl RIS-Justiz RS0032965, OGH 5 Ob 541/88, HS 18.966; *Koziol/Welser*, Grundriss II[13], 130; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1405 Rz 1.

[1091] *Ertl* in *Rummel*, ABGB[3] § 1405 Rz 1; *Neumayr* in KBB[3] § 1406 Rz 2; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1405 Rz 1, 2.

[1092] *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1405 Rz 1, 3; *Ertl* in *Rummel*, ABGB[3] § 1405 Rz 1; *Neumayr* in KBB[3] § 1406 Rz 1.

[1093] Zwar kann auch der Gläubiger durch einen solchen „Schuldnerwechsel" begünstigt werden, etwa weil die Gesellschaft liquider ist als A. Da es hier jedoch um die Kollision der Interessen von Gesellschaft und Geschäftsführer geht, sind eine etwaige Begünstigung des Gläubigers und ein damit einhergehendes Interesse seinerseits an dem Geschäft nicht entscheidend.

[1094] Vgl *Hübner*, Interessenkonflikt 205 f; *Siemes*, Das Verbot der Insichgeschäfte im heutigen deutschen Recht (1964) 66 f.

jedenfalls in Deutschland vorherrschend sein dürfte,[1095] muss sich demgegenüber den Einwand gefallen lassen, dass die Qualifikation dieses Rechtsgeschäfts als Insichgeschäft allein in der Dispositionsbefugnis des Geschäftsführers liege; schließlich hat er es in der Hand, den Vertrag namens der Gesellschaft entweder mit ihm selbst (Schuldnervertrag) oder mit seinem Gläubiger zu schließen (Gläubigervertrag). Dem gleichzuhalten sind Fälle in denen die Gesellschaft (vertreten durch den Geschäftsführer) die Schuld eines dem Geschäftsführer nahestehenden Dritten (IV.B.3 [208]) übernimmt.[1096] Denn auch hier besteht die Gefahr, dass sich der organschaftliche Vertreter von den Interessen des ihm nahestehenden Dritten leiten lässt und jene der Gesellschaft hintanreiht.

c. Anweisung

Eine der Interessenlage beim Insichgeschäft gleichzuhaltende Interessenkollision besteht mE auch in jenen Fällen der Anweisung, in denen die durch den Geschäftsführer vertretene GmbH als Anweisende den Angewiesenen, etwa eine Bank, ermächtigt, auf ihre Rechnung an den Anweisungsempfänger, den Geschäftsführer oder einen ihm nahestehenden Dritten, zu leisten, also etwa € 100.000,-- vom Konto der Gesellschaft auf jenes des Geschäftsführers zu überweisen.[1097] Die Parallele zum „formellen Selbstkontrahieren“ ist dabei nicht zu übersehen: Würde der Geschäftsführer einfach in die von ihm verwaltete Gesellschaftskassa greifen und € 100.000,-- in seine eigene Kassa legen, wäre völlig klar, dass es sich hierbei um einen Fall verbotenen („formellen“) Selbstkontrahierens handelt. Geht er nun aber den Umweg der Anweisung und lässt sich von der Bank jenen Geldbetrag auf sein Konto überweisen, steht dieser Vorgang in seinen Wirkungen, aber auch in der ihm inhärenten Interessengefährdung dem „Griff in die Kassa“ um nichts nach, was die Gleichbehandlung der beiden Fälle verlangt („materielles Selbstkontrahieren“).

d. Sicherheitenbestellungen

Auf Sicherungsgeschäfte, namentlich insb jene, in denen die GmbH als Schuldbeitretende, Garantin, Bürgin oder Pfandbestellerin für eine Verbindlichkeit ihres Geschäftsführers oder eines diesem nahestehenden Dritten (IV.B.3 [208]) fungiert, lassen

[1095] So etwa *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 819 mwN (auch aus der Rsp); *Claussen*, Grenzen der Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht (2000) 54 f; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 35; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 43; *Festner*, Interessenkonflikte 294 mwN.
[1096] So auch *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.
[1097] Vgl *Hübner*, Interessenkonflikt 213 f; aA BGH IX 145/83, WM 1958, 552.

sich mE schon die unter IV.B.4.b (218) zum Schuldeintritt angestellten Überlegungen übertragen.[1098] Zwar ist die Begünstigung des Geschäftsführers bzw der ihm nahestehenden Person in diesem Fall nicht so evident wie im Fall des Schuldeintritts, wo es um die Entlassung aus der Schuld ging; dennoch besteht sie in aller Regel und vermag eine Interessenkollision zu schüren. Denn entweder war die Sicherheitenbestellung der Gesellschaft Voraussetzung für den Geschäftsabschluss des Gläubigers oder Letzterer hätte ohne sie nicht von der Durchsetzung der Forderung vorübergehend Abstand genommen.[1099] Dass durch das Sicherungsgeschäft auch, eventuell sogar primär, der Gläubiger des Geschäftsführers begünstigt wird, schadet nicht; entscheidend ist, dass mit seiner Besserstellung auch eine Begünstigung des Schuldners einhergeht, die es erlaubt, ja sogar erfordert, auch die Sicherheitenbestellung in den Kreis der „materiellen Insichgeschäfte" miteinzubeziehen.[1100]

Im Gegensatz zum Schuldbeitritt,[1101] der gleich dem Schuldeintritt entweder durch Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Erstschuldner (Schuldnervertrag; „formelles Selbstkontrahieren", wenn Schuldner der Geschäftsführer selbst ist)[1102] oder durch Vertrag zwischen Gesellschaft und dem Gläubiger (Gläubigervertrag; „materielles Selbstkontrahieren") begründet werden kann, sind Fälle „formellen Selbstkontrahierens" bei den anderen hier genannten Sicherungsgeschäften nicht denkbar. Denn hier stehen sich jeweils die GmbH – vertreten durch den (befangenen) Geschäftsführer – und der Gläubiger des Letzteren gegenüber.

Der OGH hat soweit ersichtlich erst den Fall einer Drittpfandbestellung durch den Vertreter des Liegenschaftseigentümers, der gleichzeitig Schuldner der zu sichernden Verbindlichkeit war, entschieden und sich dabei gegen eine „analoge Anwendung der zur

[1098] *Hübner*, Interessenkonflikt 207; *Siemes*, Insichgeschäfte 59; aA OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308 [zust *Frischauf*, immolex 2009, 254; abl *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 387]; *Flume*, Rechtsgeschäft[3], 819 mwN (auch aus der Rsp); *Claussen*, Grenzen der Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht 54 f; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 35; *Schilken* in *Staudinger*, BGB § 181 Rz 43; *Festner*, Interessenkonflikte 294 mwN. Vgl außerdem wiederum OGH 4 Ob 2078/96h, ecolex 1999, 323 [*Karollus*] – „Fehringer", wonach ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr immer dann auf die Wirksamkeit eines Geschäfts mit einem gesellschaftsfremden Dritten (*in concreto* ging es um einen Sicherheitsnehmer der Gesellschaft und Gläubiger des Gesellschafters) durchschlägt, wenn die Voraussetzungen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht vorliegen.

[1099] *Hübner*, Interessenkonflikt 206 f.

[1100] So auch *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.

[1101] S dazu RIS-Justiz RS0108117, zB OGH 1 Ob 138/97v, SZ 70/145; *Ertl* in *Rummel*, ABGB[3] § 1405 Rz 3; *Neumayr* in KBB[3] § 1406 Rz 3; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB[3] § 1405 Rz 1, 6 ff. Zur mitunter schwierigen Abgrenzung von Schuldbeitritt und Bürgschaft s *Ertl* in *Rummel*, ABGB[3] § 1405 Rz 3 mwN.

[1102] Da der Altschuldner dem Gläubiger weiterhin erhalten bleibt, ist eine Einwilligung des Gläubigers hier nicht erforderlich; s dazu zB *Neumayr* in KBB[3] § 1406 Rz 3.

(Un-)Gültigkeit von Insichgeschäften entwickelten Grundsätze“ ausgesprochen.[1103] Dem ist schon nach dem zuvor über die bestehende Interessenkollision Gesagten eine klare Absage zu erteilen.[1104] Zudem überzeugt die Begründung des Gerichtshofs nicht, stützt sie sich doch primär auf rein formalistische Gesichtspunkte. So liege weder ein Fall des Selbstkontrahierens noch ein Fall der Doppelvertretung vor. Dass das Geschäft dem Vertretenen unmittelbar Nachteile und dem Vertreter mittelbar Vorteile verschafft, wird zwar erkannt, begründe nach Ansicht des OGH jedoch keine dem Insichgeschäft gleichgelagerte Interessenlage.

Auf Kritik stieß diese Entscheidung auch bei *P. Bydlinski*.[1105] Seines Erachtens sei aufgrund der Tatsache, dass mit einem solchen Geschäft (Verpfändung für eigene Verbindlichkeit) typischerweise eine Vernachlässigung der Interessen des Vollmachtgebers und eine Förderung der Eigeninteressen des Vertreters verbunden wäre, durchaus von einem wertungsmäßig den §§ 271, 272 ABGB gleichzuhaltenden Sachverhalt auszugehen.[1106] Bezüglich der Rechtsfolgen muss der Autor, der insofern der hL zuzuzählen ist, als er bei fehlender Zustimmung von der Unwirksamkeit des Geschäfts ausgeht, wegen der damit verbundenen Drittinteressen jedoch gewissermaßen „tricksen“. Da nämlich „anders als in der rein zweipersonalen Konstellation“ des Insichgeschäfts die Interessen des für sich selbst handelnden Dritten besonders zu beachten sind, soll das Geschäft bei Formalvollmachten nur nach den Regeln des „Missbrauchs“ der Vertretungsmacht, also nur bei Kenntnis des Dritten, unwirksam sein.[1107] Dies entspricht auch der hier vertretenen Auffassung, wenngleich es aufgrund der Annahme, dass § 25 Abs 4 GmbHG bloß das Innenverhältnis betrifft, schon den allgemeinen Regeln entspricht, dass ein Verstoß nur nach den Regeln über den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht auf das Außenverhältnis durchschlägt (s dazu aufs oben II.E.8.d [115]).

e. (Weitere)[1108] Verträge zugunsten Dritter

Im Sinne einer Generalklausel sind darüber hinaus alle Verträge als „materielle Insichgeschäfte“ zu qualifizieren, bei welchen der Geschäftsführer die Gesellschaft als

[1103] OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308 [zust *Frischauf*, immolex 2009, 254; abl *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 387].
[1104] Ebenso *P. Bydlinski*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 153/08y, ÖBA 2009, 387.
[1105] *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 387.
[1106] *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 388.
[1107] *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 388.
[1108] Auch die zuvor genannten Rechtsgeschäfte (Schuldeintritt, Schuldbeitritt, Bürgschaft, Garantie) können in Form eines Vertrags zugunsten Dritter geschlossen werden; s dazu *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 881 Rz 7 f.

Versprechensempfängerin mit der Leistung an den Versprechenden belastet und er selbst oder ein ihm nahestehender Dritter (IV.B.3 [208]) berechtigt wird, die Leistung zu fordern (echter[1109] Vertrag zugunsten Dritter; „materielles Selbstkontrahieren“).[1110] Paradebeispiel hierfür ist ein Versicherungsvertrag, den der Geschäftsführer namens der GmbH abschließt und woraus er selbst bezugsberechtigt ist. Zwar hat der OGH[1111] auch hier (vgl den Fall der Drittpfandbestellung oben IV.B.4.d [219]) das Vorliegen eines Insichgeschäfts verneint. Seine formalistische Begründung, es würden weder die Voraussetzungen des Selbstkontrahierens noch jene einer Doppelvertretung vorliegen, weil die Benennung als „Versicherter“ doch nicht von einem Vertrag zwischen Versicherungsnehmer und Versichertem abhängen würde, trägt indes auch hier nicht. Zudem widerspricht seine Auffassung der hL[1112] und sogar der späteren Rsp[1113], wonach die Vorschriften über Insichgeschäfte auch dann Anwendung finden sollen, wenn zwar kein Insichgeschäft im eigentlichen Sinn, jedoch ein Geschäft mit entsprechendem Interessenkonflikt vorliegt.

Handelt es sich bei dem Versicherungsvertrag um eine D&O-Versicherung, die der Geschäftsführer namens der GmbH für seine eigene Geschäftsführertätigkeit schließt, ist auch sie als Fall des „materiellen Selbstkontrahierens“ zu qualifizieren.[1114] Dass eine solche Versicherung auch Haftungsrisiken der Gesellschaft und nicht nur solche des Geschäftsführers deckt und sie insofern nicht im Alleininteresse Letzteren liegt, ändert nichts daran, dass sie eine der Interessenlage beim Insichgeschäft vergleichbare Interessenkollision zu schüren vermag.[1115] Denn der Geschäftsführer wird sich beim Abschluss der Versicherung (insb was Konditionen, Versicherungsfälle, aber auch die

[1109] *Bydlinski* in KBB[3] § 881 Rz 2; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 881 Rz 1 f; *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] §§ 881, 882 Rz 12 ff.

[1110] So auch *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolex 2008, 143, 145; *U. Torggler*, ecolex 2009, 922; *Hübner*, Interessenkonflikt 208 f.

[1111] OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222. Ein Insichgeschäft liege erst dann vor, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig seinen Dienstvertrag dahingehend ändern würde, dass ihm die Versicherungsleistungen aus der von der GmbH finanzierten Versicherung als Betriebspension zukommen sollten.

[1112] *U. Torggler*, ecolex 2009, 921 ff; *S.–F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 15; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 159; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 117; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung[2] Rz 1/163; *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 44; für die Privatstiftung s *Csoklich*, ZfS 2006, 97, 100; *Arnold,* PSG[3] § 17 Rz 92a; zum dRecht s zB *Festner*, Interessenkonflikte 182 ff; *Hübner*, Interessenkonflikt 175 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 181 Rz 34 ff; *Dörner* in *Schulze*, BGB[8] § 181 Rz 15 ff; *Valenthin* in BeckOK BGB § 181 Rz 21 ff; *Schramm* in MüKo BGB[6] § 181 Rz 24 ff.

[1113] S RIS-Justiz RS0113487, OGH 4 Ob 71/00w, SZ 73/68, OGH 5 Ob 99/02y, wobl 2003/45; vgl aber OGH 5 Ob 153/08y, JBl 2009, 308 [zust *Frischauf*, immolex 2009, 254; abl *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 387]; s dazu schon oben IV.A (203).

[1114] Ebenso *Briem*, ZUS 2012, 64; *Hochedlinger*, ecolex 2008, 145 (beide zur Privatstiftung). Vgl dazu auch *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidungen und Haftungsfalle (2013) 35, 52 ff.

[1115] So auch *Hochedlinger*, ecolex 2008, 145 (zur Privatstiftung).

Frage des Abschlusses an sich, also jene über das „Ob“, betrifft) primär von Eigeninteressen leiten lassen.

Doch nicht nur Versicherungsverträge fallen in diese Gruppe. So ist etwa ein Vertrag, in dem sich der Geschäftsführer namens der Gesellschaft zum Kauf eines Hauses, das er selbst gemietet hat, sowie zum Eintritt in sämtliche Rechte und Pflichten des Veräußerers aus dem bestehenden Bestandsvertrag verpflichtet, als Vertrag zugunsten des Bestandnehmers und damit zugunsten des Geschäftsführers zu qualifizieren.[1116] Ist nur die Versprechensempfängerin, also die Gesellschaft, berechtigt, die versprochene Leistung zu fordern (unechter Vertrag zugunsten Dritter)[1117], ist der „Tatbestand“ des „materiellen Insichgeschäfts“ mE erst dann erfüllt, wenn die Gesellschaft – vertreten von ihrem (begünstigten) Geschäftsführer – ihr Forderungsrecht ausübt, weil sich auch erst dann die Begünstigung materialisiert.

C. Definition

In Zusammenschau mit den zuvor definierten Fallgruppen sind demnach all jene Geschäfte als „materielle Insichgeschäfte“ zu qualifizieren, welche der Geschäftsführer (bzw im Fall der Einmann-GmbH der Alleingesellschafter) namens der Gesellschaft mit einem Dritten schließt, dessen Interessen er (ähnlich der Interessen eines ebenfalls von ihm vertretenen Dritten; „materielle Doppelvertretung“) fördern *muss* bzw (ähnlich seiner eigenen Interessen; „materielles Selbstkontrahieren“) fördern *möchte*.[1118] Eine Interessenförderungs*pflicht* besteht etwa, wenn Vertragspartner eine Gesellschaft wird, in welcher der Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter eine Position im Vertretungsorgan bekleidet (ausf oben IV.B.3.b [211]). Ein Interessenförderungs*wille* ist demgegenüber bspw dann anzunehmen, wenn der Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter namens der GmbH seinem Strohmann eine Gesellschaftsimmobilie verkauft (ausf oben IV.B.2 [206]).

Während sich die Interessenförderungs*pflicht* regelmäßig schon aus dem Gesetz ergibt, handelt es sich beim Interessenförderungs*willen* um ein bloßes Internum in der Sphäre des Geschäftsführers, das wie andere innere Tatsachen grundsätzlich nur schwer zu beweisen wäre. Weil jedoch in den zuvor genannten Fallgruppen der Interessenförderungs*wille* mE zu vermuten ist (einfache Vermutung), genügt in der Regel

[1116] Vgl OGH 2 Ob 514/92, MietSlg 44.201.
[1117] S zB *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB[3] § 881, 882 Rz 1; *Rummel* in *Rummel*, ABGB[3] § 881 Rz 2.
[1118] Ähnl *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.

schon der Beweis der verwandtschaftlichen Nahebeziehung oder der Gesellschafterbeteiligung, um das Geschäft als „materielles Insichgeschäft“ zu qualifizieren und die entsprechenden Rechtsfolgen (IV.D [227]) herbeizuführen.

Ebenfalls in die Gruppe der „materiellen Insichgeschäfte“ fallen Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer bzw der Alleingesellschafter mit einem (externen) Dritten zu seinen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten schließt, dessen Interessen er gleichfalls fördern muss oder möchte.

Jene Ansätze aus dem Schrifttum, die für eine Abgrenzung der „materiellen Insichgeschäfte“ auf eine wirtschaftliche Identität des Vertragspartners mit dem Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter abstellen,[1119] sind demgegenüber abzulehnen. Allein entscheidend ist das Vorliegen einer Interessenkollision, die wie schon in den Fallgruppen zuvor gezeigt nicht notwendigerweise die wirtschaftliche Identität des Vertragspartners voraussetzt.

Worauf – zumindest nach der hier vertretenen Ansicht – indes nicht verzichtet werden kann, ist, dass die Gesellschaft bei Vertragsabschluss durch den selbstkontrahierenden bzw doppelvertretenden Geschäftsführer (im Fall der Einmann-GmbH durch den selbstkontrahierenden bzw doppelvertretenden Alleingesellschafter) vertreten wird.[1120] Dem gleichzusetzen ist die Vertretung durch einen von diesem bestellten Untervertreter oder eine andere von diesem abhängige Person (dazu schon oben II.B [21]); wobei nicht entscheidend ist, ob sie allein vertreten oder in Gemeinschaft mit anderen. Die Vertretung durch unabhängige Personen vermag demgegenüber nicht, entsprechende Rechtsfolgen (s dazu sogleich) auszulösen. Hier liegt mE kein Insichgeschäft vor – weder formell noch materiell betrachtet (s dazu auch oben II.B [21]).

Während es sich dabei im Bereich der Einmann-GmbH mangels unabhängiger Personen (so kann der Alleingesellschafter sowohl den Geschäftsführer, den Aufsichtsrat als auch den Prokuristen jederzeit wieder abberufen) eher um ein theoretisches und daher im Schrifttum nicht erörtertes Problem handelt, ist dies für die Mehrpersonengesellschaft näher zu begründen, zumal es hier auch eine ausdrückliche Gegenstimme gibt.[1121] So sei

[1119] *Reich-Rohrwig* in *Straube*, WK GmbHG § 25 Rz 159; *Arnold*, PSG[3] § 17 Rz 92a; *Briem*, ZUS 2012, 63 f; zur dRechtslage s *Theusinger/Wolf*, Mittelbare Geschäfte zwischen Vorstandsmitglied und Aktiengesellschaft, NZG 2012, 901, 902.

[1120] Dies dürfte auch der Ansicht der hM und der oberstgerichtlichen Rsp entsprechen, wenngleich dies so ausdr nie erwähnt wird. Vgl *C. Nowotny*, ecolex 2007, 7.

[1121] *U. Torggler*, ecolex 2009, 922.

laut *U. Torggler* eine Mitwirkung des befangenen Geschäftsführers zunächst schon insofern verzichtbar, als der entsprechende Organwalter gem § 25 Abs 4 GmbHG gar nicht geschäftsführungsbefugt und gem § 39 Abs 4 *leg cit* darüber hinaus bei einem etwaigen Beschluss zwar teilnahme- nicht aber mitwirkungsbefugt wäre. Das ist sicher richtig, spielt jedoch für die hier zu diskutierende Frage, wer am Vertretungsakt mitzuwirken hat, mE keine Rolle. Denn Letzterer kann trotz Beschränkung im Innenverhältnis (§ 25 Abs 4 GmbHG) wirksam gesetzt werden. Aber auch die weitere Begründung ist zumindest nach der hier vertretenen Auffassung kritisch zu hinterfragen. Sie stützt sich auf die „Gefahr kollegialer Rücksichtnahme", die sich in § 25 Abs 4 GmbHG insofern manifestiere, als die Bestimmung die Zustimmung aller übrigen Geschäftsführer fordert und die eines einzelnen (einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugten) Geschäftsführers nicht genügen lässt. Und weil die „Gefahr kollegialer Rücksichtnahme" auch dann bestehen würde, wenn von Anfang an der Abschluss durch einen einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugten Geschäftsführer-Kollegen geplant ist, sei auch dieses Geschäft als „materielles Insichgeschäft" zu qualifizieren. Diesen Gedanken streng zu Ende gedacht, müssten dann aber wohl auch bei Genehmigung eines schwebend unwirksamen Insichgeschäfts im Innenverhältnis sämtliche Geschäftsführer-Kollegen zustimmen, was *U. Torggler* jedoch nicht verlangt.[1122]

Zwar ist mE richtig, dass § 25 Abs 4 GmbHG (auch) die „Gefahr kollegialer Rücksichtnahme" vor Augen hat. Dies jedoch nur insofern, als die Bestimmung *für den Fall, dass es sich um ein Insichgeschäft handelt*, die Zustimmung sämtlicher übriger Geschäftsführer fordert und nicht die eines einzelnen (einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugten) Geschäftsführers genügen lässt. Die generelle Wertung, dass Geschäftsführer vor Abschluss eines Geschäfts mit einem anderen Geschäftsführer die Zustimmung des Aufsichtsrats, der übrigen Geschäftsführer oder der Gesellschafter einzuholen hätten, lässt sich daraus jedoch nicht ziehen. Denn entscheidend für die analoge Anwendung der Bestimmung ist immer noch das Vorliegen einer Interessenkollision des Vertreters, die jener beim Abschluss eines („formellen") Insichgeschäfts gleichkommt. Vertritt nun aber nicht der Vertragspartner-Geschäftsführer die GmbH (und auch nicht ein Geschäftsführer, der die Interessen des Vertragspartners fördern muss oder möchte), sondern ein anderer Organwalter, scheidet eine Interessenkollision solchen Ausmaßes mE von vornherein aus. Denn einziger Profiteur eines solchen Geschäfts ist der Kollege des vertretenden Geschäftsführers bzw sogar „nur" eine jenem nahestehende Person (IV.B.3

[1122] *U. Torggler*, GesRZ 2007, 275: „§ 25 Abs 4 ist nicht einschlägig".

[208]); der handelnde Vertreter macht sich jedoch schadenersatzpflichtig, ja könnte er aufgrund dieser groben Pflichtverletzung sogar abberufen werden. Und da das lateinische Sprichwort „*proximus sum egomet mihi*“[1123] immer noch seine Gültigkeit hat, wird auch der vertretende Geschäftsführer sich selbst näher stehen als seinem Kollegen. Natürlich sind im Einzelfall auch Geschäfte frei nach dem Motto „Eine Hand wäscht die andere“ – oder um im Lateinischen zu bleiben „*manus manum lavat*“[1124] – nicht auszuschließen. Doch das sind sie nie. Denn so wie stets die Gefahr besteht, dass der Geschäftsführer mit einem anderen Kollegen in einer die Gesellschaft schädigenden Weise zusammenwirkt, ist es auch möglich, dass ein Dritter durch ein Gesellschaftsgeschäft begünstigt und die Gesellschaft übervorteilt werden soll. Auch lässt sich – und dies ist wohl das stärkste Argument – ein hierbei möglicher Missbrauch mE nicht generell abstrakt nach objektiven und einwandfrei feststellbaren Merkmalen erfassen, wie das für die Anwendung des § 25 Abs 4 zu verlangen ist.[1125]

ME ausreichend gebannt wird diese Gefahr durch das Institut des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht. Einer besonderen Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis (Zustimmung aller übrigen Geschäftsführer; § 25 Abs 4 GmbHG), die wiederum über die Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht auf das Außenverhältnis durchschlagen würde, bedarf es mE nicht. Denn die Interessenkollision entspricht nicht jener beim Abschluss eines Insichgeschäfts. Dies ist insofern stimmig, als auch nicht sämtliche Geschäfte des Geschäftsführers mit ihm nahestehenden Dritten in den Kreis der „materiellen Insichgeschäfte“ miteinzubeziehen sind (oben IV.B.3 [208]). Wird Vertragspartner etwa ein bloßer Bekannter, ein Freund oder vielleicht sogar die Schwester oder das Enkelkind des Geschäftsführers, findet auch hier § 25 Abs 4 GmbHG nicht Anwendung. Vielmehr hat die Gesellschaft nach dem alten deutsch-rechtlichen Grundsatz ihren Glauben dort zu suchen, wo sie ihn gelassen hat, nämlich bei ihren einzelvertretungs- und -geschäftsführungsbefugten Geschäftsführern, deren Befugnisse sich auch auf Rechtsgeschäfte mit entfernten Angehörigen und Kollegen erstrecken. Diese Wertung passt zudem ins Bild des § 39 Abs 4. So soll auch diese Bestimmung nach ganz herrschender Auffassung nicht jegliche Interessenkollision zwischen Gesellschafter und

[1123] Dieses geht auf den römischen Dichter *Terenz* zurück; s http://www.kreienbuehl.ch/lat/latein/sprichwoerter.html, 4.5.2013.
[1124] Der Urheber dieses Ausspruchs soll *Seneca* sein; s http://de.wiktionary.org/wiki/eine_Hand_w%C3%A4scht_die_andere, 4.5.2013.
[1125] Vgl BGH VIII ZR 125/83, NJW 1984, 2085.

Gesellschaft neutralisieren. Nur typische und schwerwiegende Interessenkonflikte sollen ausgemerzt werden.[1126]

Zudem führt die Annahme eines „materiellen" Insichgeschäfts in dem Fall, dass es keinen Aufsichtsrat und nur zwei Geschäftsführer gibt, zu einem merkwürdigen Ergebnis. So könnte im Fall des „formellen" Insichgeschäfts der zweite Geschäftsführer mE zustimmen (er stellt insofern „sämtliche[…] übrige[…] Geschäftsführer" dar; s dazu bereits oben II.E.3.b [42]). Ihm wird insofern die Funktion eines unbefangenen Kontrolleurs zu Teil. Vertritt nun aber dieser zweite Geschäftsführer selbst und kontrahiert namens der GmbH mit seinem Kollegen, müsste man bei Annahme eines „materiellen" Insichgeschäfts die Zustimmung der übrigen Geschäftsführer verlangen, was in diesem Fall nicht möglich ist. Denn der Vertragspartner-Geschäftsführer ist jedenfalls befangen. Es bedarf demnach der Zustimmung der Gesellschafter, sodass die Anforderungen an das „materielle" Insichgeschäft insofern „höher" wären als jene an das dem unmittelbaren Anwendungsbereich des § 25 Abs 4 GmbHG unterliegende „formelle" Insichgeschäft.

D. Rechtsfolgen

An die Qualifikation als „materielles Insichgeschäft" reihen sich grundsätzlich die schon für „formelle Insichgeschäfte" aufgezeigten Rechtsfolgen. Demnach hat der Geschäftsführer einer Mehrpersonen-GmbH den Zustimmungsvorbehalt des § 25 Abs 4 GmbHG zu beachten, der Alleingesellschafter braucht keine Zustimmung einzuholen, ist jedoch, wenn es sich um einen Fall „materiellen Selbstkontrahierens" handelt, gem § 18 Abs 5 S 1 GmbHG verpflichtet, seiner Protokollierungspflicht nachzukommen.[1127] Darüber hinaus bedarf grundsätzlich auch jedes „materielle Insichgeschäft" zu seiner Gültigkeit eines Manifestationsakts, der im Bereich der Einmann-GmbH bei entsprechender Dokumentation automatisch vorliegt. Weil die Rechtsfolgen je nachdem, ob es sich um eine Mehrpersonen- oder eine Einmann-GmbH handelt, differenzieren, muss auch im folgenden Abschnitt, der Besonderheiten der sich an „materielle Insichgeschäfte" knüpfenden Rechtsfolgen aufdecken soll, zwischen den beiden Gesellschaftsformen differenziert werden.

[1126] RIS-Justiz RS008644, zB OGH 1 Ob 510/95, SZ 68/193; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 27; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 39 Rz 31 f.

[1127] Auf Fälle der „materiellen Doppelvertretung" findet die Protokollierungspflicht des § 18 Abs 5 S 1 GmbHG keine analoge Anwendung, weil schon die „formelle Doppelvertretung" vom Normzweck nicht erfasst ist (ausf dazu sogleich unten).

Zunächst zur Mehrpersonen-GmbH: Hier beschränkt die Zustimmungspflicht des § 25 Abs 4 GmbHG wie auch schon im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm (s dazu II.E.8.b.i.2.b [83]) bloß die Geschäftsführungsbefugnis. Auf das Außenverhältnis schlägt sie nur im Fall des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht durch; so also wenn dem Vertragspartner die objektive Pflichtwidrigkeit bekannt war (s dazu ausf II.E.8.d.ii.4.b.ii [126]). Die hinsichtlich der Kenntnis für „formelle Insichgeschäfte" aufgestellte „einfache Vermutung" kann im Bereich der „materiellen Insichgeschäfte" nicht vollständig aufrechterhalten werden. So findet sie ihre Rechtfertigung zwar bei Geschäften, die der Geschäftsführer namens der GmbH mit einem Strohmann oder einer ihm nahestehenden Person schließt. Denn entweder ist dem Vertragspartner das Wissen des Geschäftsführers, *in concreto* die (vermutete) Kenntnis der objektiven Pflichtwidrigkeit der Handlung, schon nach rechtlichen Gesichtspunkten zuzurechnen – so etwa im Fall, dass der Geschäftsführer namens der GmbH mit einer OG kontrahiert, deren Gesellschafter er ist – oder aber immerhin nach persönlichen – so etwa wenn es sich bei dem Vertragspartner um die Ehefrau des Geschäftsführers handelt (vgl § 1409 Abs 2 ABGB)[1128]. Bei Rechtsgeschäften mit außenstehenden Dritten, die lediglich zugunsten des Geschäftsführers oder einer ihm nahestehenden Person geschlossen werden, erscheint es jedoch nicht gerechtfertigt, diesem Personenkreis eine solche Vermutung zu unterstellen. Denn weder hat ein außenstehender Dritter Einblick in die Interna der Gesellschaft, noch ist ihm das Wissen des Geschäftsführers zuzurechnen, weshalb hier eine Differenzierung geboten ist.

Gleichfalls zu unterscheiden ist im Bereich der Einmann-GmbH hinsichtlich der Rechtsfolgenanordnung der Protokollierungspflicht (§ 18 Abs 5 S 1 GmbHG). Während schon bei „formellen Insichgeschäften" eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Fälle der Doppelvertretung am Mitwirken eines (unabhängigen) Dritten scheitert (s dazu oben III.C.2 [178]) und somit Fälle „materiellen Doppelvertretens" schon deshalb keiner

[1128] § 1409 ABGB regelt die (zwingende) Haftung des Erwerbers eines Vermögens oder eines Unternehmens für Schulden, die er im Zeitpunkt der Übergabe kannte oder kennen musste. Sein hier ins Treffen geführter Abs 2 stellt für den Fall, dass der Erwerber ein naher Angehöriger des Veräußerers ist, die Vermutung auf, dass diesem die Schulden bekannt waren bzw dass sie ihm bekannt sein mussten. Zwar beruft sich § 1409 Abs 2 ABGB hinsichtlich der Abgrenzung des Personenkreises der nahen Angehörigen auf § 32 IO, der im Gegensatz zu dem in dieser Arbeit herangezogenen § 80 Abs 3 AktG weiter gefasst ist. Dies liegt aber schlichtweg daran, dass sowohl § 1409 ABGB als auch §§ 31 f IO die Erhaltung des Haftungsfonds und damit den Schutz der Gläubiger bezwecken, während § 25 Abs 4 sowie § 80 Abs 3 AktG die Gesellschaft vor Interessenkollisionen ihrer Vertretungsorgane schützen wollen. Entscheidend ist hier und daher wurde die Bestimmung an dieser Stelle ins Treffen geführt, dass § 1409 Abs 2 ABGB hinsichtlich des Kenntnisstands naher Angehöriger eine Beweislastumkehr vorsieht; die Kenntnis wird demnach vermutet. S dazu RIS-Justiz RS0033086 T 1, OGH 6 Ob 34/00v, ecolex 2000/312 [*Kletečka*]: „Dies ist schon deshalb sachgerecht, weil der Familienangehörige zu diesem Beweisthema näher zum Beweis steht und es naheliegt, die Kenntnis des Übernehmers über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Übergebers zu vermuten, wenn beide miteinander nahe verwandt sind.".

Dokumentation bedürfen, ist in Fällen „materiellen Selbstkontrahierens“ mE noch eine weitere Differenzierung geboten. So kann es nämlich auch hier Fälle geben, in denen am Rechtsgeschäft ein vom Alleingesellschafter unabhängiger Dritter (so etwa eine Bank, die mit der Gesellschaft einen Bürgschaftsvertrag zur Besicherung einer Verbindlichkeit des Alleingesellschafters schließt; s dazu oben IV.B.4.e [221]) beteiligt ist, sodass das Beweissicherungsbedürfnis wie im Bereich der Doppelvertretung in den Hintergrund rückt und auf die Protokollierung verzichtet werden kann. Statt hier also Fälle „materiellen Selbstkontrahierens“ streng den gleichen Regeln ihrer formellen Pendants zu unterstellen, muss vielmehr darauf abgestellt werden, ob der Normzweck des Dokumentationserfordernisses verfängt oder ob aufgrund der Beteiligung eines unabhängigen Dritten von der Protokollierungspflicht abgewichen werden kann, wie dies bei Rechtsgeschäften, die mit einem Dritten zugunsten des Alleingesellschafters oder einer ihm nahestehenden Person abgeschlossen werden, der Fall ist (oben IV.B.4.e [221]).

Unabhängig davon, welche „Gesellschaftsform“ vorliegt, ist ein Manifestationsakt grundsätzlich auch für den Abschluss eines „materiellen Insichgeschäfts“ Voraussetzung (II.C.4 [32]). Eine gewisse Besonderheit stellt sich jedoch insofern, als „materielle Insichgeschäfte“ durch die Mitwirkung einer dritten Person geprägt sind, was grundsätzlich schon eine ausreichende Manifestation darstellen kann (II.C.3 [25]). Zu beachten ist jedoch, dass sich – zumindest nach der hier vertretenen Auffassung[1129] – der Abschlusswille gegenüber einem *unabhängigen* Dritten manifestieren muss. Denn widrigenfalls hätte es der abschließende Geschäftsführer erst wieder in der Hand, über Manipulation des Dritten auf den Vertragsinhalt Einfluss zu nehmen. In Zusammenschau mit den Fallgruppen der „materiellen Insichgeschäfte“ bedeutet dies, dass nur bei Rechtsgeschäften mit einem *außenstehenden* Dritten, die zu Gunsten des Geschäftsführers bzw einer ihm nahestehenden Person abgeschlossen werden, der Manifestationsakt automatisch gesetzt wird. In allen anderen Fällen bedarf es einer besonderen Manifestation, hinsichtlich derer Anforderungen bereits auf die Ausführungen unter II.C.3 (25) verwiesen werden kann.

[1129] AA *Geist*, SWK 1996 B 99, 102; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG, 4. Lfg § 18 Rz 37; s aber *Hupka*, Vollmacht 278, der auch die Abgabe der Erklärung gegenüber unbeteiligten Dritten nicht genügen lässt.

E. Zusammenfassung und Thesen

- „Materielle Insichgeschäfte“ bezeichnen Geschäfte, die zwar formell betrachtet weder als Selbstkontrahieren noch als Doppelvertretung zu qualifizieren sind, hinsichtlich der Gefahrenlage und des Schutzbedürfnisses jedoch diesen Fällen gleichen und daher wie „formelle Insichgeschäfte“ zu behandeln sind.

- Vom Terminus der „materiellen Insichgeschäfte“ erfasst sind mE alle Geschäfte, die der Geschäftsführer einer Mehrpersonen-GmbH bzw der Alleingesellschafter einer Einmann-GmbH namens der Gesellschaft mit einem Dritten schließt, dessen Interessen er (ähnlich der Interessen eines ebenfalls von ihm vertretenen Dritten; „materielle Doppelvertretung“) fördern *muss* bzw (ähnlich seiner eigenen Interessen; „materielles Selbstkontrahieren“) fördern *möchte*. Gleiches gilt für Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter mit einem (externen) Dritten zu seinen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten schließt, dessen Interessen er fördern muss oder möchte (zu den Fallgruppen s oben IV.B ff [205 ff]).

- Stets ist dabei Voraussetzung, dass die Gesellschaft durch den Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter vertreten wird (Mitwirkung an Gesamtvertretung genügt). Die Vertretung durch einen von diesem bestellten Untervertreter oder eine andere von diesem abhängige Person ist dem gleichzusetzen.

- Die Problematik der „materiellen Insichgeschäfte“ stellt sich dabei gleichermaßen bei Mehrpersonen- und Einmanngesellschaften, wenngleich die sich an die Qualifikation reihenden Rechtsfolgen bei Ersteren einschneidender sind.

- Bei Mehrpersonengesellschaften ist neben dem Manifestationsakt die Zustimmungspflicht des § 25 Abs 4 GmbHG zu beachten, die auch hier lediglich die Geschäftsführungsbefugnis beschränkt. Auf die Vertretungsmacht schlägt ein Verstoß nur nach den Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht durch, wobei die „einfache Vermutung“ der Kenntnis der Pflichtwidrigkeit bei Rechtsgeschäften mit externen Dritten nicht aufrechterhalten werden kann.

- Bei Einmanngesellschaften ist zwischen „materiellem Selbstkontrahieren“ und „materieller Doppelvertretung“ zu differenzieren. Zwar ist in beiden Fällen die Zustimmung der Gesellschaft entbehrlich, in Fällen „materiellen Selbstkontrahierens“ muss das Geschäft jedoch protokolliert werden, wenn kein unabhängiger Dritter daran beteiligt ist.

- Stets ist der Manifestationsakt Abschluss- und Gültigkeitsvoraussetzung. Bei Protokollierung iSd § 18 Abs 5 GmbHG oder Beteiligung eines unabhängigen Dritten ist diesem Erfordernis schon damit ausreichend Rechnung getragen.

Literaturverzeichnis

Handbücher, Kommentare, Lehrbücher, Monographien

Arnold, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz, 3. Auflage (2013); zitiert als *Arnold*, PSG[3]

Bamberger/Roth (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1.8.2014, Edition 32; zitiert als BeckOK BGB

Baumbach/Hueck (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 20. Auflage (2013); zitiert als *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20]

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Band I (1886)

Boettger, Das Selbstkontrahieren des Vertreters (1930)

Borsdorff, Interessenkonflikte bei Organmitgliedern (2009)

C. Goldoni, Der Diener zweier Herren (1979)

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage (1982)

Canaris/Habersack/C. Schäfer (Hrsg), Handelsgesetzbuch – Großkommentar, 5. Auflage (2008 ff); zitiert als GroßKomm HGB[5]

Claussen, Grenzen der Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht (2000)

Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001)

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012); zitiert als *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2]

Düringer/Hachenburg (Hrsg), Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Band III/2, 3. Auflage (1932)

Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg), Handelsgesetzbuch, 2. Auflage (2008 f); zitiert als *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB[2]

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/1, 2. Auflage (1951)

F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Auflage (2012)

F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts II (1840)

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Auflage (2000 ff); zitiert als *Fasching/Konecny*[2]

Festner, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht (2006)

Fleischer/Goette (Hrsg), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2010 ff); zitiert als MüKo GmbHG

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, Die Juristische Person, 3. Auflage (1983); zitiert als *Flume*, Juristische Person[3]

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage (1979); zitiert als *Flume*, Rechtsgeschäft[3]

Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht – Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsfreiheit (1972)

G. Kodek/G. Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz (2005); zitiert als *Kodek ea*, FBG

Gellis, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage (1982); zitiert als *Gellis*, GmbHG[2]

Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 7. Auflage (2009); zitiert als *Gellis/Feil*, GmbHG[7]

Goette/Habersack (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (2008 ff); zitiert als MüKo AktG[3]

Goette/Habersack (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage (2014); zitiert als MüKo AktG[4]

Gruber/Harrer (Hrsg), Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar (2014); zitiert als *Gruber/Harrer*, GmbHG

Grünhut, Das Recht des Commissionshandels (1879)

Gschnitzer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage (1992); zitiert als *Gschnitzer*, AT

Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 8. Auflage (1992 ff); zitiert als *Hachenburg*, GmbHG[8]

Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht, Band II, Personengesellschaften, 4. Auflage (1993); zitiert als *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II[4]

Hofmann, Missbrauch von Formalvollmachten (2009)

Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB (2001 ff); zitiert als WK StGB[2]

Hopt/Wiedemann (Hrsg), Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage (2000); zitiert als GroßKomm AktG[4]

Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977)

Hueck, Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage (1971); zitiert als *Hueck*, OHG[4]

Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage (2012); zitiert als *Hüffer*, AktG[10]

Hupka, Die Vollmacht (1900)

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2009 ff; zitiert als *Staudinger*, BGB

J. W. von Goethe, Faust. Der Tragödie erster Teil (1808)

Jabornegg (Hrsg), Kommentar zum HGB – Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht (1997); zitiert als *Jabornegg*, HGB

Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB, 2. Auflage (2010); zitiert als *Jabornegg/Artmann*, UGB[2]

Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2010 f); zitiert als *Jabornegg/Strasser*, AktG[5]

Jäger, Teleologische Reduktion des § 181 BGB (1998)

Jauernig (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, 15. Auflage (2014); zitiert als *Jauernig*, BGB[15]

Jüngst, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht (1981)

K. Schmidt (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage (2010 ff); zitiert als MüKo HGB[3]

K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002)

Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktiengesetzes (2002)

Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts – Entwicklung, Perspektiven, Materialien (2005)

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992)

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage (1990)

Kastner/Stoll (Hrsg), Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht, 2. Auflage (1977)

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV/1 (1968) 2. Auflage; zitiert als *Klang*, ABGB IV/1[2]

Kletečka/Schauer (Hrsg), Online-Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2010 ff); zitiert als *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01]

Knöchlein, Stellvertretung und Insichgeschäft (1994)

Koppensteiner/Rüffler, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007); zitiert als *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3]

Köppl, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr" unter besonderer Berücksichtigung Dritter (2014)

Kornfeld/Scheu, Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar (1906); zitiert als *Kornfeld/Scheu*, GmbHG

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 3. Auflage (1997)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 3. Auflage (2010); zitiert als KBB[3]

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 13. Auflage (2006)

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage (2007)

Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage (2013)

Krejci, Gesellschaftsrecht, Band I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaftsrecht (2005)

Kropff, Aktiengesetz (1965)

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 10. Auflage (1970)

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage (1991)

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995)

Lutter/Hommelhoff (Hrsg), GmbH-Gesetz Kommentar, 18. Auflage (2012); zitiert als *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG[18]

Mack, Der Gleichlauf von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (1998)

Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz (2005); zitiert als *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG

Michalski, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2. Auflage (2010); zitiert als *Michalski*, GmbHG[2]

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes (1885)

Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899)

Müller-Freienfels, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt (1982)

Musielak (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 11. Auflage (2014); zitiert als *Musielak*, ZPO[11]

Noss, Maklerrecht, 3. Auflage (2008)

O. von Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902)

O. von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung (1887)

Oberhofer, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008)

Oetker (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage (2011); zitiert als *Oetker*, HGB[2]

Ofner/Thorsch, Das österreichische Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1907); zitiert als *Ofner/Thorsch*, GmbHG

Ratka/Rauter (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung, 2. Auflage (2011)

Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (2011)

Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Auflage (2012 f); zitiert als MüKo ZPO[4]

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 4. Auflage (2014); zitiert als *Rechberger*, ZPO[4]

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 8. Auflage (2010); zitiert als *Rechberger/Simotta*, ZPO[8]

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983)

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht, Band I, 2. Auflage (1997)

Roth/Altmeppen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage (2012); zitiert als *Roth/Altmeppen*, GmbHG[7]

Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Auflage (2013); zitiert als *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG[5]

Rüffler, Lücken im Umgründungsrecht (2002)

Rümelin, Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters (1888)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (2000 ff); zitiert als *Rummel*, ABGB[3]

S. Schmidt, Stimmverbote in der GmbH (2003)

Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage (2012); zitiert als MüKo BGB[6]

Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (1986); zitiert als *Schiemer*, Aktiengesetz[2]

Schmid, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band V/4b (2009)

Scholz (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 11. Auflage (2012 ff); zitiert als *Scholz*, GmbHG[11]

Schulze (Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Auflage (2014); zitiert als *Schulze*, BGB[8]

Schulze, Geschäfte der Kapitalgesellschaft mit ihren Organmitgliedern – Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, England und Frankreich (2010)

Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, 3. Auflage (2005 ff) zitiert als *Schwimann*, ABGB[3]

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, 4. Auflage (2011 ff); zitiert als *Schwimann/Kodek*, ABGB[4]

Schwimman (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 2. Auflage (2012 ff); zitiert als *Schwimman*, ABGB Taschenkommentar[2]

Seikel, Umfang, Grenzen und Nachweis der Vertretungsmacht bei privaten und öffentlichen Rechtsträgern in Österreich (1998)

Siemes, Das Verbot der Insichgeschäfte im heutigen deutschen Recht (1964)

Škerlj, Das Gesetz vom 6. März 1906, RGBl. Nr. 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage (1909); zitiert als *Ŝkerlj*, GmbHG[2]

Spindler/Stilz (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2010); zitiert als *Spindler/Stilz*, AktG[2]

Straube (Hrsg), Fachwörterbuch zum Handels- und Gesellschaftsrecht (2005/2006)

Straube (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 3. Auflage (2003); zitiert als *Straube*, HGB[3]

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008 ff); zitiert als *Straube*, WK GmbHG

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band I, 4. Auflage (2010); zitiert als *Straube*, WK UGB[4]

Tietz, Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura (1990)

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2001 ff); zitiert als SK StGB

U. Torggler (Hrsg), Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (2013); zitiert als *U. Torggler*, UGB

U. Torggler (Hrsg), Kurzkommentar zum GmbH-Gesetz (2014); zitiert als *U. Torggler*, GmbHG

U. Torggler, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013); zitiert als *U. Torggler*, Lehrbuch

Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2005 ff); zitiert als *Ulmer*, GmbHG

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Auflage (2008); zitiert als *Umfahrer*, GmbH[6]

von Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1811 ff); zitiert als *v Zeiller*, Commentar zum ABGB

Vorwerk/Wolf (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar, Stand 15.6.2014, Edition 13; zitiert als BeckOK ZPO

Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970)

Wünsch, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Einzellieferungen (1987 ff); zitiert als *Wünsch*, GmbHG

Zib/Dellinger (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch (2010 ff); zitiert als *Zib/Dellinger*, UGB

Ziemons/Jäger (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Stand 1.6.2014, Edition 19; zitiert als BeckOK GmbHG

Zöllner/Noack (Hrsg), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (2009 ff); zitiert als KölnerKomm AktG[3]

Artikel in Sammelbänden und Zeitschriften

Aicher/U. Torggler, Insichgeschäfte des GmbH-Alleingesellschafters nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1996, 197

Altmeppen, Gestattung zum Selbstkontrahieren in der GmbH, NJW 1995, 1182

Auer, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138

Aumüller, Das Recht der Stellvertretung in den Principles of European Contract Law (PECL) und in der österreichischen Rechtsordnung – ein Systemvergleich, ZfRV 2007, 208

Bachner, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005, 282

Baetzgen, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, RNotZ 2005, 193

Beitzke, Anmerkung zu BGH II ZR 209/61, JR 1963, 182

Beuthien, Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung? NJW 1999, 1142

Beuthien, Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, in *Lieb/Noack/Westermann* (Hrsg), Festschrift für Wolfgang Zöllner, Band I (1998) 87

Binder, „Treuepflichtklausel" bei Pensionszusagen – Anmerkung zu OGH 9 ObA 4/88, DRdA 1990, 364

Binder, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit GmbH-Geschäftsführerverträgen, ASoK 2008, 322

Blasche/König, Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot im Einzelfall und Genehmigung von Rechtsgeschäften nach Verbotsverstößen, NZG 2012, 812

Böhler, Zur Beweislast bei der Organhaftung, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft, Festschrift für Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Band I (2001) 503

Bollenberger/Csoklich, Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftungen, ÖBA 2001, 435

Briem, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 2 PSG, ZUS 2012, 60

Bunz, Die Business Judgement Rule bei Interessenkonflikten im Kollegialorgan, NZG 2011, 1294

Burtscher/Spitzer, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201

C. Nowotny, Anmerkung zu OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 47

C. Nowotny, Insichgeschäfte bei der Privatstiftung – Zur Auslegung von § 17 Abs 5 PSG, ecolex 2007, 5

C. Nowotny, Koppensteiner – die 2. Auflage, RdW 1999, 318

C. Nowotny, Neue Medien und Gesellschaftsrecht, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft, Festschrift für Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Band I (2001) 771

C. Nowotny, Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, RdW 1987, 35

Canaris, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag (1975) 75

Cernicky, Die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern – Zur Auslegung des § 97 Abs 1 AktG, GesRZ 2002, 179

Csoklich, Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZfS 2006, 97

Dellinger, § 84 Abs 5 AktG – das klare Haftungsmodell, in *Enzinger/Hügel/Dillenz* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift für Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993) 187

Diekmann/Fleischmann, Umgang mit Interessenkollisionen in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, AG 2013, 141

Dilcher, Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 154, 120

Dullinger, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, ÖJZ 1987, 33

Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ 1986, 202

F. Bydlinski, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie, in *Kramer/W. Schuhmacher* (Hrsg), Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag (2001) 569

F. Bydlinski, Gesamtvertretung und Verkehrsschutz, JBl 1983, 627

F. Schuhmacher, Sind Wertpapiere stets fair bewertet? – Eine theoretische Untersuchung der Effizienzmarkthypothese, ÖBA 2003, 937

Fantur, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, GeS 2006, 335

Fleck, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224

Fleischer, Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im Kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529

Frotz, Die Rechtsstellung des Personengesellschafters bei Interessenkollisionen, GesRZ 1974, 106

Frotz, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44

Frotz, Schweigen als Zustimmung, in *Aicher/Koppensteiner* (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht, Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag (1990) 75

G. H. Roth, Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den GmbH-Geschäftsführer – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1984, 305 ff, ZGR 1985, 265

Gaggl/Sigari-Majd, Abänderung von Stimmverboten durch den Gesellschaftsvertrag, ecolex 2003, 338

Geist, Das Insichgeschäft des GmbH-Geschäftsführers nach dem EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, SWK 1996 B 99

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004, 81

Goette, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648

H. Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 44

Habersack, Die Teilhabe des Aufsichtsrats an der Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, dargestellt am Beispiel der Unternehmensplanung, in *Kindler/Koch/Ulmer/Winter* (Hrsg), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag (2010) 259

Hahn, Beitrag zur Lehre vom Kommissions-Geschäft, ZHR 29 (1984) 1

Hannak, Alleinvertretung durch ein gesamtvertretungsbefugtes Organmitglied, GesRZ 1982, 107

Harrer, Abberufung des Geschäftsführers und Beendigung des Anstellungsverhältnisses, wbl 2000, 255

Harrer, Insichgeschäfte bei der Einmann-GmbH, RdW 1991, 167

Haselberger, Geschäftsführung und Vertretung unter dem Gesichtspunkt der Vertrauenstheorie, GesRZ 1999, 152

Heidinger, Änderungen im GmbH-Recht durch EU-Anpassung, SWK 1996 B 1

Hochedlinger, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolex 2008, 143

Holzhammer, Die einfache Vermutung im Zivilprozeß, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), Verfahrensrecht – Privatrecht, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag (1986) 205

Hopt, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht – Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts, ZGR 2004, 1

Hübner, Zur Zulässigkeit der Generalvollmacht bei Kapitalgesellschaften, ZHR 143 (1979) 1

Hügel/Zib, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (EU-GesRÄG), JAP 1996/97, 189

Iro, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3

Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 1 (I) 43 (II)

John, Zum Mißbrauch der Vertretungsmacht durch Gesellschaftsorgane, GmbHR 1983, 90

Kalss, Die zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Einpersonengesellschafts-Richtlinie), in *Doralt/Nowotny* (Hrsg), Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993) 227

Kalss, Erste, Zweite, Elfte und Zwölfte Richtlinie, in *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Band I: Gesellschaftsrecht (1994) 119

Kalss, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – Insichgeschäfte eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung gem. § 17 Abs. 5 PSG, Kathrein & Co Stiftungsletter 2009, 4

Kalss/Müller, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 705

Kastner, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht, GesRZ 1982, 213

Kletečka, Anmerkung zu OGH 7 Ob 253/97z, ÖBA 1999, 391

Kodek, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11

Konow, Probleme der Geschäftsführerhaftung bei der GmbH, GmbHR 1986, 219

Koppensteiner, Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, GesRZ 2009, 197

Koppensteiner, Zum sachlichen Anwendungsbereich der Stimmverbote nach § 39 Abs 4 GmbHG, wbl 2013, 61

Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 1

Koppensteiner, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in *Mertens/H. P. Westermann/Zöllner* (Hrsg), Festschrift für Carsten Peter Claussen zum 70. Geburtstag (1997) 213

Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (II), GesRZ 1999, 144

Koziol, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12

Krejci, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer, GesRZ 1984, 146 (I), 199 (II)

Kreller, Das Rechtsinstitut der Stellvertretung, Historische und theoretische Gedanken, JurBl 1948, 221

Krummel, Bestellung, Widerruf und Eintragung von Prokuristen in das Handelsregister, NZ 1955, 65

Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866) 183

Lehmann, Anmerkung zu RG 17.1.1934, JW 1934, 683

Lehner, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128

Lennarts, Unternehmensleitung und Interessenkonflikte: Die Wechselwirkung zwischen Präventivmaßnahmen und Haftung, GesRZ-Sonderheft 2005, 41

Lewisch, Untreue als Vermögensgefährdungsdelikt? Befugnismissbrauch – Schadensbegriff – Schädigungsvorsatz, AnwBl 2012, 141

Lichtenberger, Anmerkung zu OLG Düsseldorf 3 Wx 427/98, MittBayNot 1999, 470

Merz, Vertretungsmacht und ihre Beschränkungen im Recht der juristischen Personen, der kaufmännischen und der allgemeinen Stellvertretung, in *Hefermehl/Gmür/Brox* (Hrsg), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag (1974) 399

Michalski, Mißbrauch der Vertretungsmacht bei Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis, GmbHR 1991, 349

Mosler, Arbeitsrechtliche Aspekte der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers einer GmbH, wbl 2002, 49

Muskat, Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, ZHR 33 (1887) 507

Oberhofer, Die entstandene Ersatzverpflichtung als Schadensbild, ÖJZ 1995, 180

Ostheim, Kritisches zum Beschluß des OGH vom 26.2.1980, 5 Ob 515/80, GesRZ 1980, 99

P. Bydlinksi, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159

P. Bydlinski, Anmerkung zu OGH 5 Ob 153/08y, ÖBA 2009, 387

P. Bydlinski, Anmerkung zu OGH 6 Ob 103/08b, ÖBA 2009, 145

P. Bydlinski, Der sogenannte „Mißbrauch“ unbeschränkter Vertretungsmacht, in *Koziol/Rummel* (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 19

P. Doralt, Die Geschäftsführer der GmbH & Co im Handelsrecht, in *Kastner/Stoll* (Hrsg), Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht, 2. Auflage (1977) 235

Plander, Rechtsgeschäfte zwischen Gesamtvertretern, DB 1975, 1493

Priester, Aktuelle Gestaltungsfragen bei GmbH-Verträgen, DStR 1992, 254

Priester, Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung, ZHR 151 (1987) 40

Rabl, Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte, ÖBA 2008, 83

Rechberger/*McGuire*, Die elektronische Urkunde und das Beweismittelsystem der ZPO, in *Rechberger* (Hrsg), Die elektronische Revolution im Rechtsverkehr – Möglichkeiten und Grenzen, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats XXXIV (2006) 1

Reich-Rohrwig, Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung – Gedanken zu OGH 29.4.1998, 9 ObA 416/97k, ecolex 1998, 767

Reich-Rohrwig, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern? wbl 1987, 299

Reinicke, Gesamtvertretung und Insichgeschäft – Eine Besprechung der Entscheidung BGH, NJW 1975, 1117, NJW 1975, 1185

Römer, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, ZHR 19 (1874) 67

Rüffler, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? – Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht, JRP 2002, 60

Rüffler, GmbH-Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen, in *Gruber/Rüffler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006) 97

Rüffler, Prinzipien eines kodifizierten Umwandlungsrechts – Grundsätzliche methodische Überlegungen zur Analogie, dargestellt am Beispiel des Umwandlungsrechts, in *B. Jud/Bachner/Bollenberger/Halbwachs/Kalss/Meissel/Ofner/Rabl* (Hrsg), Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung (2001) 111

S. Fida, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, wbl 2006, 357

Schima, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *Grünwald/Schummer/Zollner* (Hrsg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Waldemar Jud (2012) 571

Schimmelpfennig/Hauschka, Die Zulassung der Ein-Personen-GmbH in Europa und die Änderungen des deutschen GmbH-Rechts, NJW 1992, 942

Schott, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971) 385

Schrammel, Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern aus arbeitsrechtlicher Sicht, ecolex 1990, 697

Schummer/Zierler, Vorbereitungshandlungen für künftige Wettbewerbstätigkeiten als Verstoß iSd § 24 GmbHG? GesRZ 2003, 264

Seyer, Tatsachenfeststellung, Beweisführung und Beweiswürdigung im Zivilprozess, RZ 2009, 146

Spindler, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – Vorabzustimmung oder nachträgliche Genehmigung, NZG 2011, 334

Stoll, GmbH-Geschäftsführer-Abberufung: Trennung Gesellschaftsrecht von Arbeitsrecht – Eine Analyse einer arbeitsrechtlichen Besonderheit beim GmbH-Geschäftsführer und daraus ableitbare finanzielle Ansprüche, ASoK 2012, 183

Straube/Rauter, Wege aus dem Labyrinth? JAP 2007/2008, 168

Stürner, Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973) 402

Stutz/von der Crone, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW/RSDA 2003, 102

Suttmann, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, MittBayNot 2011, 1

Tank, Der Mißbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, NJW 1969, 6

Theusinger/Wolf, Mittelbare Geschäfte zwischen Vorstandsmitglied und Aktiengesellschaft, NZG 2012, 901

Thiery, Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder, ecolex 1993, 88

Thiery, Privatausgaben zu Lasten der GmbH, ecolex 1992, 631

Thöni, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, wbl 1988, 102

Tiedtke, Zur Form und Gestattung von Insichgeschäften des geschäftsführenden Mitgesellschafters einer GmbH, GmbHR 1993, 385

Tomandl, Im juristischen Methodendschungel, ÖJZ 2011, 539

U. Torggler, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidungen und Haftungsfalle (2013) 35

U. Torggler, Anmerkung zu OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 272

U. Torggler, Die Satzungsdurchbrechung und ihre (Dauer-)Wirkungen, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Verbandsverfassung zwischen Satzung, Syndikatsvertrag und zwingendem Gesellschaftsrecht (2013) 75

U. Torggler, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85

U. Torggler, Insichgeschäfte, insb Doppelvertretung bei der Einpersonen-GmbH – Zugleich eine Besprechung der OGH-E 5 Ob 213/99f, wbl 2000, 389

U. Torggler, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, ecolex 2009, 920

U. Torggler/H. Torggler, 15 Jahre „Fehringer“ – Zur Einlagenrückgewähr über und an Dritte, insb durch Sicherheiten, in *Grünwald/Schummer/Zollner* (Hrsg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Waldemar Jud (2012) 723

Unger, Fragmente aus einem System des österr. Obligationenrechts, GrünhutsZ 15 (1888) 529

von Arx, Insichgeschäft – Schriftlichkeit notwendig, Itera Vision 2010, 35

von Gerkan, Die Beweislastverteilung beim Schadenersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, ZHR 154 (1990) 39

Völlmeke, Überlegungen zur tatsächlichen Vermutung und zum Anscheinsbeweis im finanzgerichtlichen Verfahren, DStR 1996, 1070

W. Doralt, Transparenz und Kontrolle bei related party transactions: Verträge der Gesellschaft mit ihrem Aufsichtsratsmitglied, JBl 2008, 759

W. Jud, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrats, ÖBA 1993, 773

Wagner, Zu § 95 Abs 5 AktG und § 30j Abs 5 GmbHG, NZ 1983, 97

Welser, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 2

Welser, Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBl 1972, 337

Wilhelm, Anmerkung zu OGH 1 Ob 625/81, JBl 1982, 197

Wilhelm, Anmerkung zu OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548

Wilhelm, Der Missbrauch fremdnütziger Treuhand; in Analogie zur Vollmacht sanktioniert, ecolex 2013, 21

Wilhelm, Der Vollmachtsmissbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449

Wünsch, Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, in *Baltl* (Hrsg), Festschrift für Hermann Hämmerle (1972) 451

Zacher, Beschränkungen und Mißbrauch der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1994, 842

Rechtsprechungsverzeichnis

Österreich

OGH 1 Ob 112/53, SZ 26/58

OGH 1 Ob 115/02x, ÖBA 2003, 226

OGH 1 Ob 138/97v, SZ 70/145

OGH 1 Ob 139/97s, JBl 1997, 789

OGH 1 Ob 144/01k, GeS 2002, 26 [*Fantur*]

OGH 1 Ob 2029/96f, RdW 1998, 129

OGH 1 Ob 2044/96m, GesRZ 1997, 254

OGH 1 Ob 243/71, SZ 44/141

OGH 1 Ob 479/33, SZ 15/100

OGH 1 Ob 502/84, JBl 1985, 36

OGH 1 Ob 564/95, SZ 68/105

OGH 1 Ob 576/85, GesRZ 1985, 198

OGH 1 Ob 589/79, SZ 52/104

OGH 1 Ob 600/53, SZ 26/285

OGH 1 Ob 600/94, wobl 1996, 31

OGH 1 Ob 606/91, JBl 1992, 319

OGH 1 Ob 623/53, ÖBA 1955, 62

OGH 1 Ob 713/84, JBl 1985, 616 [*Hügel*]

OGH 1 Ob 715/81, SZ 54/123

OGH 1 Ob 719/80, SZ 54/20

OGH 1 Ob 8/80, SZ 53/136

OGH 10 Ob 16/06k, RdW 2007/307

OGH 10 Ob 216/02s, RdW 2003, 201

OGH 10 Ob 23/04m, JBl 2005, 443 [*Lukas*]

OGH 10 Ob 511/95, SZ 68/90

OGH 10.11.1965, 8 Ob 327/65

OGH 13.3.1996, 7 Ob 2028/96b

OGH 14.6.1950, 1 Ob 318/50

OGH 17.1.1984, 2 Ob 504/84

OGH 2 Ob 126/04z, GesRZ 2004, 136

OGH 2 Ob 170/03v, wbl 2004, 142

OGH 2 Ob 246/08b, RdW 2009, 466

OGH 2 Ob 452/56, ÖJZ 1956, 609 [EvBl 346]

OGH 2 Ob 5/00z, JBl 2000, 446 [*Rummel*]

OGH 2 Ob 514/92, MietSlg 44.201

OGH 2 Ob 598/94, RdW 1995, 178

OGH 20. 8. 2002, 4 Ob 146/02b

OGH 22.5.1973, 4 Ob 527/73

OGH 24.9.1998, 2 Ob 185/98i

OGH 25.1.1996, 6 Ob 651/95

OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y

OGH 28.07.1998, 1 Ob 204/98a

OGH 29.4.1998, 9 ObA 86/98g

OGH 3 Ob 1043/95, HS 26.449

OGH 3 Ob 117/03g, NZ 2004, 84

OGH 3 Ob 142/06p, JBl 2007, 253

OGH 3 Ob 205/73, SZ 46/123

OGH 3 Ob 2106/96v, ecolex 1998, 548 [*Wilhelm*]

OGH 3 Ob 2325/96z, ecolex 1998, 138

OGH 3 Ob 287/02f, GesRZ 2004, 57

OGH 3 Ob 34/97i, ecolex 1998, 774 [*Reich-Rohrwig*]

OGH 3 Ob 402, ÖBA 1960, 58

OGH 3 Ob 45/94, ecolex 1994, 755

OGH 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39

OGH 3 Ob 511/77, HS 10.170

OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97

OGH 3 Ob 534/86, RdW 1986, 305

OGH 3 Ob 550/94, HS 25.524

OGH 3 Ob 565, 566/87, ÖBA 1988, 931 [*Iro*]

OGH 3 Ob 610/90, ÖBA 1991, 458 [*Iro*]

OGH 3 Ob 647/82, ÖJZ 1983, 159 [EvBl 39]

OGH 3 Ob 782/54, SZ 28/76

OGH 3 Ob 84/54, SZ 27/38

OGH 3.1.1860, GlUNF 1046

OGH 3.7.1956, 4 Ob 49/56

OGH 31.08.2005, 9 ObA 125/05f

OGH 4 Ob 174, ZBl 1935, 423

OGH 4 Ob 174/99p, ÖJZ 2000, 25 [EvBl 2]

OGH 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90

OGH 4 Ob 2078/96h, JBl 1997, 108 [*Hügel*]

OGH 4 Ob 2298/96m, ÖBA 1997, 377 [*Iro*]

OGH 4 Ob 2330/96t, ÖBA 1997, 482

OGH 4 Ob 24/56, JBl 1956, 347

OGH 4 Ob 241/03z, wbl 2004, 291

OGH 4 Ob 241/04a, ÖBA 2005, 491 [*Zollner*]

OGH 4 Ob 48/76, GesRZ 1977, 66

OGH 4 Ob 507/90, wbl 1990, 383 [*Aicher*]

OGH 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76

OGH 4 Ob 551/78, JBl 1979, 594

OGH 4 Ob 594/78, SZ 52/11

OGH 4 Ob 71/00w, RdW 2000/505

OGH 5 Ob 119/92, ÖJZ 1993, 208 [EvBl 47]

OGH 5 Ob 123/69, SZ 42/72

OGH 5 Ob 152/62, SZ 35/102.

OGH 5 Ob 153/08y, ÖBA 2009, 386 [*P. Bydlinski*]

OGH 5 Ob 164/99z, ÖBA 2001, 242 [*Bollenberger*]

OGH 5 Ob 179/09y, JusGuide 2010/23/7600

OGH 5 Ob 213/99 f, wbl 2000, 425

OGH 5 Ob 223/00f, RdW 2001, 83

OGH 5 Ob 2393/96i, wbl 1997, 171

OGH 5 Ob 2397/96b, RdW 1997, 275

OGH 5 Ob 288/74, SZ 47/143

OGH 5 Ob 321/77, HS 11.450

OGH 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46 [*C. Nowotny*]

OGH 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315

OGH 5 Ob 541/88, HS 18.966

OGH 5 Ob 640/78, SZ 51/115

OGH 5 Ob 67/92, ecolex 1992, 636

OGH 5 Ob 70/90, NZ 1991, 109 [*Hofmeister*]

OGH 5 Ob 83/87, NZ 1988, 54

OGH 5 Ob 99/02y, wobl 2003/45

OGH 5.9.1972, 8 Ob 144/72

OGH 6 Ob 10/92, GesRZ 1992, 289

OGH 6 Ob 103/08b, ÖBA 2009, 144 [*P. Bydlinski*]

OGH 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*]

OGH 6 Ob 127/58, ÖJZ 1958, 468 [EvBl 276]

OGH 6 Ob 131/09x, GesRZ 2010, 45 [*Schimka*]

OGH 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 [*Rüffler*]

OGH 6 Ob 145/08d, ÖJZ 2009, 79 [EvBl 10; *Perner*]

OGH 6 Ob 15/90, NZ 1992, 73

OGH 6 Ob 169/09k, GesRZ 2010, 273 [*Thöni*]

OGH 6 Ob 1731/95, wbl 1996, 288

OGH 6 Ob 175/98y, RdW 199, 144

OGH 6 Ob 19/90, GesRZ 1991, 50

OGH 6 Ob 190/06v, GesRZ 2007, 128 [*U. Torggler*]

OGH 6 Ob 233/09x, GesRZ 2010, 165 [*Hochedlinger*]

OGH 6 Ob 270/07k, ecolex 2008/193

OGH 6 Ob 271/05d, ÖBA 2006/1337 [*Karollus*]

OGH 6 Ob 298/05z, ecolex 2007/56

OGH 6 Ob 307/05y, wbl 2006, 384

OGH 6 Ob 313/03b, GeS 2005, 19 [*Fantur*]

OGH 6 Ob 34/00v, ecolex 2000/312 [*Kletečka*]

OGH 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 [*U. Torggler*]

OGH 6 Ob 56/05m, ecolex 2006, 134

OGH 6 Ob 66/60, MietSlg 8253

OGH 6 Ob 693/89, SZ 62/218

OGH 6 Ob 73/99z, JBl 2000, 528

OGH 6 Ob 747/89, ecolex 1990, 357

OGH 7 Ob 108/97a, RdW 1997, 655

OGH 7 Ob 231/02z, RdW 2003, 495

OGH 7 Ob 256/08k, GesRZ 2009, 234 [*Winkler*]

OGH 7 Ob 3/87, JBl 1987, 388

OGH 7 Ob 39/63, SZ 36/25

OGH 7 Ob 501/90, NZ 1992, 64

OGH 7 Ob 534/93, HS 24.124

OGH 7 Ob 538/81, GesRZ 1981, 174

OGH 7 Ob 663/90, JBl 1991, 730

OGH 7 Ob 700/88, wbl 1989, 374

OGH 8 Ob 4/08h, AnwBl 2008/8165

OGH 8 Ob 502/93, JBl 1994, 404

OGH 8 Ob 505/78, GesRZ 1978, 131

OGH 8 Ob 527/91, GesRZ 1992, 51

OGH 8 Ob 563/89, ecolex 1991, 324

OGH 8 Ob 6/10f, GesRZ 2011, 230 [*Ratka*]

OGH 8 Ob 84/08y, ecolex 2008, 1009 [*Friedl*]

OGH 8 Ob 84/65, SZ 38/56

OGH 8 ObA 282/95, DRdA 1996, 302 [*Kerschner*]

OGH 8 ObA 62/11t, GeS 2012, 129

OGH 8.11.1869, GlUNF 2010

OGH 8.5.1980, 8 Ob 505/80

OGH 9 Ob 25/08d, wbl 2010, 45

OGH 9 ObA 136/99m, ASoK 2000, 222

OGH 9 ObA 235/00z, RdW 2001, 556

OGH 9 ObA 273/00p, ecolex 2001/215

OGH 9 ObA 358/98g, RdW 1999, 529

OGH 9 ObA 86/98g, ARD 4950/18/98

OGH 9.2.1995, 8 Ob 1608/94

OGH Ob I 1093/22, SZ 4/114

OLG Wien 4 R 175/65, NZ 1965, 181

RG I 129/41, RGZ 170, 233

RG I 355/82, RGZ 7, 119

RG I 82/81, RGZ 6, 11

RG II 342/26, RGZ 116, 198

RG II 403/25, RGZ 115, 246

RG Rep I 355/82, RGZ 7, 119

RG Rep II 603/09, RGZ 73, 343

RG V 367/23, RGZ 108, 405

RG V B 13/37, RGZ 157, 24

RG VII 21/33, RGZ 140, 223

RG VII 283/05, RGZ 63, 16

ROHG Rep 302/75, ROHGE 19, 334

ROHG Rep 399/74, ROHGE 14, 89

ROHG Rep 768/72, ROHGZ VIII 393

VwGH 2005/13/0001, GesRZ 2005, 150

VwGH 90/15/0123, AnwBl 1992, 493 [*W.-D. Arnold*]

RIS-Justiz RS0008902

RIS-Justiz RS0009136

RIS-Justiz RS0011144

RIS-Justiz RS0016733

RIS-Justiz RS0016733 T 2

RIS-Justiz RS0016736

RIS-Justiz RS0017917

RIS-Justiz RS0017918

RIS-Justiz RS0019350

RIS-Justiz RS0019350 T 3, T 5

RIS-Justiz RS0019361

RIS-Justiz RS0019576

RIS-Justiz RS0019576 T 1, T 2, T 3, T 5, T 6

RIS-Justiz RS0019591

RIS-Justiz RS0019606

RIS-Justiz RS0019615

RIS-Justiz RS001963

RIS-Justiz RS0019639

RIS-Justiz RS0019680 T 1

RIS-Justiz RS0019684

RIS-Justiz RS0022537

RIS-Justiz RS0022537 T 11, T 13

RIS-Justiz RS0026587

RIS-Justiz RS0028072 T 5, T 7, T 8, T 9, T 11

RIS-Justiz RS0028129

RIS-Justiz RS0028129 T 1, T 3, T 10

RIS-Justiz RS0032965

RIS-Justiz RS0033086 T 1

RIS-Justiz RS0033138

RIS-Justiz RS0040288

RIS-Justiz RS0049147

RIS-Justiz RS0049183

RIS-Justiz RS0059088

RIS-Justiz RS0059403

RIS-Justiz RS0059438 T 4

RIS-Justiz RS0059477

RIS-Justiz RS0059556

RIS-Justiz RS0059608

RIS-Justiz RS0059608 T 3, T 5

RIS-Justiz RS0059642

RIS-Justiz RS0059647 T 1

RIS-Justiz RS0059755

RIS-Justiz RS0059772

RIS-Justiz RS0059793

RIS-Justiz RS0059793

RIS-Justiz RS0059906

RIS-Justiz RS0059910

RIS-Justiz RS0059958

RIS-Justiz RS0060021

RIS-Justiz RS0060117

RIS-Justiz RS0061574

RIS-Justiz RS0061587

RIS-Justiz RS0061587 T 1, T 3, T 4, T 5, T 6

RIS-Justiz RS0061625

RIS-Justiz RS0061714

RIS-Justiz RS0062161

RIS-Justiz RS0069353

RIS-Justiz RS0105536 T 2, T 4

RIS-Justiz RS0108117

RIS-Justiz RS0108252

RIS-Justiz RS0110283

RIS-Justiz RS0110701

RIS-Justiz RS0112611

RIS-Justiz RS0113487

RIS-Justiz RS0121916

RIS-Justiz RS0121916 T 1

RIS-Justiz RS0124489

RIS-Justiz RS0124490

Deutschland

BAG 2 AZR 730/93, NJW 1994, 3117

BayObLG BReg 1 Z 69/80, BayObLGZ 1980, 209

BayObLG BReg 2 Z 29/78, BayObLGZ 1979, 49, 52

BayObLG, BReg 1 Z 126/81, WM 1982, 1033

BGH II ZB 3/91, BGHZ 114, 167

BGH II ZB 8/82, NJW 1983, 1676

BGH II ZR 107/92, BB 1994, 164

BGH II ZR 147/05, NJW 2008, 76

BGH II ZR 16/93, NJW 1994, 1801

BGH II ZR 167/89, NJW 1991, 691

BGH II ZR 208/64, BGHZ 50, 112

BGH II ZR 209/61, NJW 1962, 2344

BGH II ZR 211/87, NJW 1988, 2241

BGH II ZR 246/88, NJW 1989, 2694

BGH II ZR 254/78, NJW 1980, 2254

BGH II ZR 261/89, NJW-RR 1991, 1441

BGH II ZR 275/84, BGHZ 95, 330

BGH II ZR 337/05, NZG 2006, 626

BGH II ZR 353/95, DStR 1997, 1296 [*Goette*]

BGH II ZR 56/82, NJW 1984, 1461

BGH II ZR 80/73, NJW 1975, 1117

BGH II ZR 81/92, BGHZ 123, 15

BGH III ZR 53/68, BB 1971, 1212

BGH IV ZR 225/69, NJW 1972, 2262

BGH IV ZR 23/01, NJW 2002, 1497

BGH IV ZR 270/06, BeckRS 2008, 06876

BGH IX 145/83, WM 1958, 552

BGH IX ZR 250/89, NJW 1991, 982

BGH V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 [*Feller*]

BGH V ZB 15/74, NJW 1975, 1885

BGH V ZR188/64, NJW 1968, 936

BGH VII ZR 163/93, NJW-RR 1994, 1108

BGH VII ZR 168/63, WM 1964, 224, 225

BGH VII ZR 17/07, NJW 2008, 985

BGH VIII ZR 125/83, BGHZ 91, 334

BGH XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082

KG 8 U 8644/00, GmbHR 2002, 327

OLG Celle 9 W 82/00, NZG 2000, 1034

OLG Hamm 15 W 117/80, NJW 1982, 1105

OLG Köln 18 W 14/94, NJW 1995, 1499

OLG Köln 2 Wx 33/92, NJW 1993, 1018

OLG Wien 13.12.1991, 33 Ra 81/91

OLG Wien 28 R 305/02g, NZ 2004, 92

OLG Wien 4 R 175/65, NZ 1965, 181

OLG Zweibrücken 4 U 19/03, BeckRS 2004, 00432

OLG Zweibrücken 8 U 91/00, NZG 2001, 763

Schweiz

BGE 3.7.2000, 126 III 361

BGE 2.10.1913, 39 II 561

BGE 1.7.1937, 63 II 173

Anhang I

Abstract (deutsch und englisch)

1.) Die vorliegende Dissertation behandelt das weitgehend als gelöst geglaubte Thema der Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers und rollt dieses neu auf. Gezeigt wird, dass im Bereich der Mehrpersonen-GmbH hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit solcher Geschäfte aufgrund der Besonderheiten der organschaftlichen Vertretungsmacht nicht auf die „allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze“ zurückgegriffen werden darf (so hM und stRsp), sondern die Lösung § 25 Abs 4 GmbHG zu entnehmen ist. Denn bei richtiger Interpretation der Norm ist Letztere nicht als bloße Haftungsbestimmung, sondern auch als Geschäftsführungsregelung zu verstehen, die vor Abschluss eines Insichgeschäfts die Zustimmung des Aufsichtsrats, sämtlicher übriger Geschäftsführer oder der Gesellschafter fordert. Liegt eine solche vor, ist das Geschäft gem § 25 Abs 4 GmbHG zulässig und – Manifestierung und Vertretung in berechtigter Zusammensetzung vorausgesetzt – wirksam. Ohne Zustimmung handelt der Geschäftsführer grundsätzlich pflichtwidrig, wobei die Norm teleologisch zu reduzieren ist, wenn der Normzweck – Schutz der Gesellschaft vor Interessenkollisionen ihrer Vertreter – nicht verfängt, wie etwa bei einer (reinen) Schenkung. Auf das Außenverhältnis schlägt dies entsprechend der Entstehungsgeschichte des § 25 Abs 4 GmbHG und der Tatsache, dass der Geschäftsführer nicht *per se* vom Anwendungsbereich des § 20 Abs 2 GmbHG auszunehmen ist, nur nach den Regeln des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht durch, wobei im Fall des Selbstkontrahierens die Kenntnis des Insider-Vertragspartners, im Fall der Doppelvertretung jene des (ebenfalls vom Geschäftsführer vertretenen) Dritten zu vermuten ist.

Im Bereich der Einmann-GmbH kommt die Arbeit (ua) zu dem Ergebnis, dass zwar § 18 Abs 5 S 2 HS 2 GmbHG, der dem einzigen Gesellschafter einer GmbH Selbstkontrahieren ausdrücklich erlaubt, aus Gleichheitserwägungen auch auf Fälle der Doppelvertretung zu übertragen ist; nicht jedoch die in § 18 Abs 5 S 1 *leg cit* vorgesehene Protokollierungspflicht. Denn die Gefahr intransparenter Vermögensverschiebungen ist bei Beteiligung eines (unabhängigen) Dritten weitaus geringer als im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm.

Im Rahmen der Untersuchung der „materiellen Insichgeschäfte“ wird anhand von Fallgruppen eine allgemeine Definition aufgestellt. Demnach fallen unter diesen Terminus alle Geschäfte, die der Geschäftsführer einer Mehrpersonen-GmbH bzw der Alleingesellschafter einer Einmann-GmbH namens der Gesellschaft mit einem Dritten schließt, dessen Interessen er (ähnlich der Interessen eines ebenfalls von ihm vertretenen Dritten; „materielle Doppelvertretung“) fördern *muss* bzw (ähnlich seiner eigenen Interessen; „materielles Selbstkontrahieren“) fördern *möchte*. Gleiches gilt für Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer bzw Alleingesellschafter mit einem (externen) Dritten zu seinen Gunsten oder zu Gunsten eines soeben beschriebenen Dritten schließt.

2.) Subject of this dissertation are acts of self-dealing and double representation of the managing director of an Austrian limited liability company (GmbH). The author argues, that due to the special characteristics of the organ power of representation the general principles of civil law do not apply in the field of companies up to two shareholders (which contradicts the Austrian prevailing doctrine and settled case law). The solution rather lies in § 25 Abs 4 Austrian Limited Liability Companies Act (GmbHG), which does not only hold the managing director liable for any damage caused by acts of self-dealing, but also regulates the managing authority to enter into these kind of transactions. Pursuant to this rule self-dealing is permitted, if either the supervisory board, all remaining managing directors or the shareholders of the company give their approval to the transaction, and – on condition that an act of manifestation has been set and the managing director has acted within his power of representation – also effective. In absence of an approval of the transaction the managing director is in breach of his duties and may be hold liable, unless the purpose of the rule, which is to prevent the company from being damaged by conflicts of interests of her managing director, does not apply. However, due to the historical development of § 25 Abs 4 Austrian Limited Liability Companies Act (GmbHG) and since the managing director is not generally exempted from the scope of § 20 Abs 2 *leg cit*, the transaction is legally effective and binding in external relations. The contrary only applies if the managing director abuses his power of representation, whereby the knowledge of the managing director (or of a third party represented by the managing director) can be assumed.

With respect to single-shareholder-companies the author comes to the conclusion that § 18 Abs 5 S 2 HS 2 Austrian Limited Liability Companies Act (GmbHG), expressly permitting

self-dealings of the sole shareholder, also applies in case of double representation. In contrast, § 18 Abs 5 S 1 *leg cit*, requiring a mandatory record for acts of self-dealing, must not to be extended to acts of double representation, since the involvement of a further person significally reduces the risk caused by non-transparent property transfers.

Referring to „material self-dealing“ and „material double representation“ the author describes groups of cases, finally enabling her to draw up a definition of these terms. They capture all legal transactions where the managing director or the sole shareholder of a single-shareholder-company acting on behalf of the company enters into a transaction with a third person, whose interests he also *wants* (similar to his own interests) or *has to* (similar to the interests of a person, who is also represented by him) preserve. The same applies to legal transactions the managing director enters into with an external third person in his favour or in favour of a third person described above.

Anhang II

Curriculum Vitae

ANGABEN ZUR PERSON

Name	Mag. iur. Daniela Ebner
E-Mail	daniela.ebner@univie.ac.at

AUSBILDUNG

seit Dezember 2010	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
Februar – August 2010,	Gerichtsjahr (Bezirksgericht Hernals, Landesgericht für
Oktober – November 2010	Strafsachen Wien, Handelsgericht Wien)
Oktober 2009	Magistra der Rechtswissenschaften
Jänner – Juni 2009	Auslandsstudium an der Universität Oslo
Oktober 2005 – Oktober 2009	Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
Juli 2005	Matura
September 1996 – Juli 2005	Bundesgymnasium Hollabrunn

BERUFSERFAHRUNG

seit Oktober 2011	**Universitätsassistentin bei Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M.** (Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien)
Dezember 2010 – September 2011	**Universitätsassistentin bei Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher** (Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien)
September 2010	**Fiebinger Polak Leon & Partner Rechtsanwälte GmbH** Praktikum in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Immaterialgüterrecht, Arbeitsrecht und Zivilverfahrensrecht

August 2009,	**Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH**
November 2009 – Februar 2010	Traineeship im Bereich des Gesellschafts-, Banken- und Kapitalmarktrechts
August – Dezember 2008	**Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH** Traineeship im Bereich des Gesellschafts- und Übernahmerechts
Februar – September 2007	**RA Dr. Fritz Wennig** Juristische Mitarbeiterin
Juli und August 2006	**RA Mag. Alexander Scheer** Juristische Mitarbeiterin
Juli 2004	**Siemens AG**, Wien Unterstützung diverser Projektpräsentationen

PUBLIKATIONEN

Ebner, Zivilverfahrensrecht, in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften (2011)

Ebner/U. Torggler in *U. Torggler*, Kommentar zum UGB (2013) §§ 7, 8

Ebner in *U. Torggler*, Kommentar zum UGB (2013) § 16

Ebner/U. Torggler in *U. Torggler*, Kommentar zum GmbHG (2014) §§ 27, 28

Ebner/Köppl in *U. Torggler*, Kommentar zum GmbHG (2014) § 81