49. Jahrgang / Juni 2020 / Nr. 3

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Susanne Kalss
Vollmachtsmissbrauch bei der organschaftlichen Vollmacht

Martin Karollus
Kapitalerhöhungen bei wechselseitiger Beteiligung

Veronika Kubasta
Adoptionsklauseln im Gesellschafts- und Stiftungsrecht

Rahim Rastegar
Sittenwidrige Gesellschafterbeschlüsse

Gabriel Ebner
Die Verletzung von Zustimmungsvorbehalten

Dominik Pflug
Finanzstrafrechtliche Verurteilung des Geschäftsführers

Anton Fischer
Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Umgründungen

Aus der aktuellen Rechtsprechung
OGH-Entscheidungen zum Firmenbuch, zu Kapitalgesellschaften und zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Unternehmensrecht aktuell
Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Linde
www.lindeverlag.at

selbst (*H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG, § 83 Rz 9; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 83 Rz 10; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², § 83 Rz 10). Ein gesellschaftsfremder Dritter, hier also die leistungsempfangende Bank, kann nur in Ausnahmefällen zur Rückzahlung verpflichtet werden, nämlich wenn er von der Verbotswidrigkeit der Zahlung wusste oder ihm sich diese geradezu aufdrängen musste (*Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 83 Rz 19; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², § 83 Rz 14 f; RIS-Justiz RS0105536). War daher für die Bank erkennbar, dass die Kreditrückzahlungen verbotenerweise aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet wurden (und nicht zB aus zulässigen Gewinnausschüttungen), könnte auch ein Rückerstattungsanspruch gegenüber der Bank angenommen werden. Da die Gesellschaft in der gegenständlichen Entscheidung ihren Anspruch jedoch nur gegenüber dem Gesellschafter geltend machte, stellte sich die Frage nach einer Rückzahlungsverpflichtung der Bank nicht.

Melanie Hollaus

Melanie Hollaus, LL.M. (WU) ist Projektassistentin am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

*

GmbH: Beschlussfeststellungsklage, Gemeinschaftsunternehmen, Kartellrecht

Art 101 AEUV
FKVO
§§ 34, 35, 39, 41 und 42 GmbHG
§ 228 ZPO

1. Die Klage auf Feststellung des Ergebnisses einer Beschlussfassung der Generalversammlung einer GmbH (Beschlussfeststellungsklage) ist nur gegen die Gesellschaft zu erheben. Das darüber ergehende Urteil wirkt in Analogie zu § 42 Abs 6 GmbHG für und gegen sämtliche Gesellschafter.
2. Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit findet auch auf gemeinsam beherrschte Unternehmen Anwendung. Dabei können mehrere Muttergesellschaften derart zusammenwirken, um gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben zu können. Dann kann ein Gemeinschaftsunternehmen mit jeder seiner Mütter ein einheitliches Unternehmen iS einer wirtschaftlichen Einheit bilden. Entscheidend ist jeweils, wie weit die Leitung dieses Unternehmens durch gesellschafts- oder konsortialvertragliche Regelungen oder sonstige rechtliche oder tatsächliche Umstände vergemeinschaftet ist. Verbleibt dem Gemeinschaftsunternehmen ein eigenständiger Handlungsbereich der Geschäftsführung, wie etwa im laufenden Geschäftsbetrieb frei von Weisungen einer Muttergesellschaft agieren zu können, ist das Konzernprivileg nicht anzuwenden.
3. Eine rückwirkende Anwendung von EU-Recht auf vor dem EU-Beitritt Österreichs erfolgte Zusammenschlüsse ist ausgeschlossen. Ein nach der Rechtslage vor dem EU-Beitritt Österreichs wirksamer Kontrollerwerb an einem Unternehmen unterliegt daher gewöhnlich nicht der Verhaltenskontrolle nach Art 101 AEUV.

OGH 19.12.2019, 6 Ob 105/19p (OLG Linz 6 R 11/19h; LG Salzburg 1 Cg 27/18i)

Die Klägerin ist zu 32 % Gesellschafterin der Beklagten, die Nebenintervenientin hält die restlichen 68 % der Geschäftsanteile. Die Beklagte betreibt allein in Österreich ein Filialnetz von Drogeriemärkten mit rund 400 Filialen. Die Klägerin ist eine Konzerngesellschaft des S.-Konzerns. Die Beteiligung der S.-Gruppe an der Beklagten erfolgte im Jahr 1981. Der S.-Konzern betreibt Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte, insb Supermärkte, hingegen keine Drogeriefachmärkte. Das Sortiment der Supermärkte umfasst allerdings zum Teil auch Produkte, die in Drogeriefachmärkten angeboten werden. Nach dem Gesellschaftsvertrag der Beklagten werden Beschlüsse, soweit der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz nichts anderes bestimmt, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Außer den im Gesetz vorgesehenen Aufgaben hat die Generalversammlung (im Folgenden: GV) über ein jährliches Budget inklusive Investitionsplan zu beschließen. Die Beschlussfassung über den jährlichen Investitionsplan bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, sofern darin Investitionen enthalten sind, deren gemeinsame Summe 2 % des Bruttoumsatzes des Vorjahres übersteigt. Am 27.2.2018 fand eine außerordentliche GV der Beklagten statt, bei der der Antrag der Nebenintervenientin zur Abstimmung gelangte, wonach *„die Gesellschafter gemäß § 9 Abs 6 iVm § 9 Abs 7 lit d des Gesellschaftsvertrages das Budget inklusive Investitionsplan für das Geschäftsjahr 2017/2018 so wie von der Geschäftsführung vorgelegt [beschließen]"*. Die Schwelle für die qualifizierte Mehrheit war bei der Beschlussfassung am 27.2.2018 überschritten. Die Klägerin stimmte gegen den Antrag, die Nebenintervenientin dafür. Der Vertreter der Nebenintervenientin, der mehrheitlich zum Vorsitzenden der GV bestellt worden war und bei dieser Abstimmung ein Stimmverbot und eine treuwidrige Stimmabgabe durch die Klägerin geltend gemacht hatte, traf keine Feststellung, ob der Antrag nun angenommen oder abgelehnt worden war. Sowohl die Klägerin als auch die Nebenintervenientin gaben jeweils einen Widerspruch zu Protokoll.

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass der genannte Beschlussantrag der Nebenintervenientin mangels erforderlicher Mehrheit abgelehnt worden sei, sodass ein Beschluss über das Budget der Beklagten für 2017/2018 nicht zustande gekommen sei. Die Nebenintervenientin habe zu Unrecht versucht, ihr das Stimmrecht abzusprechen. Es gebe keine Bestimmungen des Kartell- oder Wettbewerbsrechts, die einem Gesellschafter das Stimmrecht absprechen könnten; außerdem käme kartell- oder wettbewerbsrechtlichen Verboten kein Vorrang vor Gesellschafterrechten zu. Die Klägerin sei als Holding keine Wettbewerberin; ihre Konzerngesellschaften seien vorwiegend in einem anderen Bereich, nämlich im Lebensmittelhandel, tätig. Jedem Gesellschafter komme grundsätzlich ein Stimmrecht zu, ohne Rücksicht darauf, ob er Wettbewerber sei. Im Übrigen habe die Nebenintervenientin seit 35 Jahren noch nie ein Stimmverbot geltend gemacht und schon gar nicht mit Hinweis auf angebliche Wettbewerbsverhältnisse. Die Geltendmachung eines Stimmverbots sei rechtsmissbräuchlich, weil damit früherem Verhalten zuwider gehandelt werde. Die Stimmabgabe durch die Klägerin sei auch nicht treuwidrig erfolgt; sie habe gute und sachliche Gründe für die Ablehnung des Beschlussantrags gehabt.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin wendeten ein, die Klägerin habe trotz eines sie betreffenden Stimmverbots ihre Stimme abgegeben und darüber hinaus treuwidrig abgestimmt. Die Klägerin gehöre zum S.-Konzern. Dieser sei als Wettbewerber der Beklagten einzustufen, weil sich deren Sortiment zum überwiegenden Teil überschneide. Käme der Klägerin ein Stimmrecht beim Investitionsplan zu, könnte sie massiv in das Investitionsverhalten der Beklagten und somit in einen zentralen Bestandteil des Marktverhaltens eines Wettbewerbers eingreifen und das Investitionsverhalten zugunsten des S.-Konzerns steuern. Die Teilnahme der Klägerin an der Abstimmung zu diesem Beschlussantrag stelle eine kartell- und wettbewerbsrechtlich unzulässige abgestimmte Verhaltensweise dar. Darüber hinaus bestehe bei der Klägerin ein evidenter Interessenkonflikt, liege doch aus deren Sicht ein erhebliches Interesse vor, das Investitionsverhalten der Beklagten zu beeinträchtigen, um sich als Gesellschaft innerhalb des S.-Konzerns einen Vorteil zu verschaffen. Ein Interessenkonflikt, der zu einem Stimmverbot führe, liege bereits bei bloß mittelbarer Betroffenheit vor. Abgesehen davon habe der Beschlussgegenstand auch die Vornahme von Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft des S.-Konzerns umfasst. In der außerordentlichen GV sei die Klägerin nicht bereit gewesen, zumindest vollkommen unstrittige Teilbereiche des Investitionsplans zu genehmigen, sondern habe treuwidrig ihre Zustimmung von einem Gesamtpaket inklusive Gewinnausschüt-

tung abhängig gemacht. Der zur Beschlussfassung vorgelegte Investitionsplan entspreche dem branchenüblichen Ausmaß und den in der Vergangenheit beschlossenen Investitionen. Die teilweise Thesaurierung erzielter Gewinne sei für die weitere Entwicklung der Beklagten unumgänglich. Ein an den Interessen der Gesellschaft orientierter Gesellschafter hätte nicht gegen das von der Gesellschaft vorgelegte Budget inklusive Investitionsplan gestimmt, sondern sich zumindest der Stimme enthalten. Es habe keinen Grundsatz gegeben, die Jahresgewinne immer zur Gänze auszuschütten. Abgesehen davon unterscheide der Gesellschaftsvertrag mit unterschiedlichen Mehrheitserfordernissen zwischen Budget und Investitionsplan. Für die Beschlussfassung über das Budget reiche einfache Stimmenmehrheit aus.

- Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Das Berufungsgericht sprach darüber hinaus aus, dass die ordentliche Revision zulässig ist, denn es fehle Rspr des OGH zur Frage, ob die vorliegende Feststellungsklage gegen die Mehrheitsgesellschafterin als weitere beklagte Partei zu richten gewesen wäre, sowie zur Frage, ob bei einer unterbliebenen Feststellung des Abstimmungsergebnisses durch den Vorsitzenden der GV Einwendungen nur fristgebunden mittels Anfechtungsklage erhoben werden können.
- Der OGH gab den Revisionen der Beklagten und ihrer Nebenintervenientin nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

1. Zur fehlenden Beschlussfeststellung

1.1. Nach der Rspr des OGH schadet der Umstand, dass in der GV einer GmbH kein Vorsitzender gewählt und das Beschlussergebnis selbst nicht ausdrücklich im Protokoll festgehalten wurde, grundsätzlich nicht. Ist keine Ergebnisfeststellung erfolgt, ist der Gesellschafterbeschluss dennoch wirksam, weil die Feststellung – im Unterschied zum Aktienrecht – gerade kein Wirksamkeitserfordernis ist. Allerdings kann die (vorläufige) Verbindlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses nur dann eintreten, wenn alle Gesellschafter zumindest am Ende der GV ein bestimmtes Beschlussergebnis übereinstimmend zugrunde legten (1 Ob 61/97w; 6 Ob 53/06x). Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass zwar ein Vorsitzender gewählt wurde, dieser aber eine Ergebnisfeststellung unterlässt (vgl 6 Ob 183/18g, GesRZ 2019, 272 [*Kalss*]: *„Mangelt es an der Feststellung eines bestimmten Beschlussergebnisses durch einen kraft Gesellschafterbeschlusses eindeutig legitimierten Vorsitzenden …“*).

1.2. Im vorliegenden Fall traf der Vorsitzende hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Beschlusses keine Ergebnisfeststellung, nachdem die Klägerin gegen den Antrag der Nebenintervenientin, diese jedoch dafür gestimmt hatte. Daraufhin gaben beide Gesellschafterinnen Widerspruch zu Protokoll. Daraus folgt aber, dass die Gesellschafterinnen am Ende der GV ein bestimmtes Beschlussergebnis gerade nicht übereinstimmend zugrunde legten. Von einer Beschlussfassung iSd Antragstellung der Nebenintervenientin kann somit nicht ausgegangen werden; der Antrag wurde aber auch nicht abgelehnt (so auch *R. Rastegar*, Rechtsfolgen der Verletzung von Stimmrechtsschranken in AG und GmbH, GesRZ 2019, 321 [323]).

1.3. Der erkennende Fachsenat hat in der E 6 Ob 183/18g ausgeführt, das GmbHG sehe keine Regelung zur formellen Beschlussfeststellung vor. Mangelt es an der Feststellung eines bestimmten Beschlussergebnisses durch einen kraft Gesellschafterbeschlusses eindeutig legitimierten Vorsitzenden oder gingen die Gesellschafter bei Schluss der GV nicht übereinstimmend von einem bestimmten Beschlussergebnis aus, so sei die Feststellungsklage ein geeignetes Mittel zur Klärung der Frage, was eigentlich beschlossen wurde. Der Beschluss gelte diesfalls als angenommen oder abgelehnt, wie es der materiellen Rechtslage entspricht. Bei einer solchen Sachlage bedarf es daher keiner Anfechtungsklage gem § 41 GmbHG (1 Ob 61/97w). Somit hat die Klägerin zutreffend eine Ergebnisfeststellungsklage erhoben.

2. Zur Einordnung der Beschlussfeststellungsklage

2.1. In der Rspr des OGH bislang ungeklärt ist, ob es sich bei dieser Feststellungsklage um eine solche nach § 228 ZPO, die nur Wirkung zwischen den Streitparteien entfaltet, oder um eine isolierte Beschlussfeststellungsklage mit Wirkung *erga omnes* handelt (*Linder* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG [2017] § 41 Rz 168). Von der Beantwortung dieser Frage, also der Frage der Rechtskrafterstreckung, hängt es ab, ob der Gesellschafter die Klage nur gegen die Gesellschaft oder (auch) die Mitgesellschafter erheben muss.

2.2. Nach der Rspr müssen Klagen aus dem Gesellschaftsverhältnis zwischen Gesellschaftern immer sämtliche Gesellschafter erfassen (RIS-Justiz RS0022165); der Beitritt als Nebenintervenient durch einen Gesellschafter reicht nicht aus (RIS-Justiz RS0022165 [T2]). Dies gilt nicht nur für Rechtsgestaltungsklagen, sondern nach allgemeinen Grundsätzen immer dann, wenn das den Streitgenossen gemeinschaftliche Rechtsverhältnis seiner Natur nach nur gegen oder für alle Beteiligte festgestellt werden kann, weil sonst die Gefahr unlösbarer Verwicklungen durch divergierende Entscheidungen bestünde (RIS-Justiz RS0022165 [T9]). Im Gesellschaftsrecht wird ein solcher Zusammenhang bspw dann angenommen, wenn die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses strittig ist (RIS-Justiz RS0022165 [T10]). Diese Rspr bezog sich jedoch immer auf Gesellschafterbeschlüsse von Personengesellschaften.

2.3. Bei einer GmbH stellt sich die Frage, ob einer Beschlussfeststellungsklage, die grundsätzlich nach § 228 ZPO erhoben wird und somit nur die Streitparteien binden würde, eine Rechtskrafterstreckung analog zu § 42 Abs 6 GmbHG zuzuerkennen ist, in welchem Fall sie nicht nur gegen die beklagte Gesellschaft, sondern auch gegen die Mitgesellschafter wirken würde.

2.4. In der Literatur wird eine analoge Rechtskrafterstreckung überwiegend befürwortet. Sie liege im Interesse der Rechtssicherheit, weil so eine gegenüber sämtlichen Gesellschaftern verbindliche und abschließende Klarstellung des Beschlussergebnisses herbeigeführt werden könne (*Gellis*, GmbHG[7] [2009] § 41 Rz 12).

2.5. Nach *Thöni* (Zur prozessualen Beseitigung unklarer Beschlussergebnisse im GmbH-Recht, ÖJZ 2002, 215) wäre es wertungswidersprüchlich, wollte man auf der einen Seite – ein der AG ähnliches Rechtssicherheitsbedürfnis bejahend – die Anfechtungsklage in das GmbH-Recht einführen und zugleich auf der anderen Seite – dem Rechtssicherheitsbedürfnis in der GmbH einen wesentlich geringeren Stellenwert beimessend – einen nicht unbeachtlichen Teil der rechtssichern-

den Wirkung der §§ 41 und 42 GmbHG wieder zunichtemachen, indem man bei Unklarheit des Beschlussergebnisses, einer in der GmbH nicht seltenen Konstellation, nur eine *inter partes* wirkende Feststellungsklage für zulässig erachtete. Die rechtsgestaltende Beschlussfeststellungsklage erscheine daher auch für das österreichische GmbH-Recht als geeigneter Rechtsbehelf, wenn eine förmliche Ergebnisfeststellung durch einen dazu legitimierten Versammlungsleiter unterblieben und das Beschlussergebnis am Ende der GV unter den Gesellschaftern streitig geblieben ist. Die Auffassung, nach der eine Klarstellung unklarer Beschlussergebnisse prozessual lediglich mittels regulärer, *inter partes* wirkender Feststellungsklage nach § 228 ZPO erzielt werden kann, könne heute auch deshalb als überholt gelten, weil die mit Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung ausgestattete positive Beschlussfeststellungsklage im österreichischen Recht bereits allgemein als etabliert gilt.

2.6. Weiters wird argumentiert, dass die Interessenlage bei der isolierten Feststellungsklage jenen Fällen gleicht, in denen Beschlussfeststellung mit Beschlussanfechtung einhergeht, weshalb wegen derselben Interessenlage und der engen Verwandtschaft eine analoge Rechtskrafterstreckung gerechtfertigt sei (*Linder*, aaO, § 41 Rz 168).

2.7. Auch *Rüffler* (Beschlussmängelrecht der GmbH, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Beschlussmängel [2018] 68) spricht sich für eine analoge Anwendung des § 42 GmbHG aus, müsste sich die Feststellungsklage ansonsten doch gegen alle Gesellschafter richten, was mit der Grundentscheidung des Gesetzes, dass Beschlussmängelstreitigkeiten mit der Gesellschaft selbst auszutragen sind, nicht zusammenpassen würde.

2.8. Gegen eine rechtsgestaltende Wirkung der Beschlussfeststellungsklage spricht sich lediglich *Koppensteiner* (Rechtswidrige Stimmabgabe, Beschlussmängel und positive Beschlussfeststellung, GesRZ 2019, 132 [134]) aus.

2.9. Die in der Literatur angeführten Argumente sprechen für eine rechtsgestaltende Wirkung durch analoge Anwendung des § 42 Abs 6 GmbHG. Es war somit nicht notwendig, die Klage auch gegen die Nebenintervenientin als Mitgesellschafterin zu richten, was bereits das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat (§ 510 Abs 3 ZPO).

2.10. Die Gegenargumente der beiden Revisionen überzeugen nicht, insb die Argumentation, dass dieselbe Rechtsfolge auch auf anderem Weg, nämlich durch die Klage gegen alle Gesellschafter, erreicht werden könnte. Dies würde ja ebenso für die *„normale"* positive Feststellungsklage gelten. Genauso wenig ist anzunehmen, dass in diesem Fall keine Nebenintervention möglich wäre, nur weil § 42 GmbHG nicht anwendbar ist. § 17 ZPO wäre jedenfalls anwendbar. Auch zu § 42 GmbHG wird vertreten, dass andere als die genannten Personen selbstverständlich als Nebenintervenient beitreten können, wenn sie nach § 17 ZPO ein rechtliches Interesse daran haben (*Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG, § 42 Rz 9). Zusammenfassend schadet es der Klägerin daher nicht, dass sie die Ergebnisfeststellungsklage lediglich gegen die Gesellschaft und nicht auch gegen die Mitgesellschafterin gerichtet hat.

3. Zur Befristung

3.1. Im Hinblick darauf, dass die vorliegende Klage binnen eines Monats nach der außerordentlichen GV vom 27.2.2018 von der Klägerin gerichtsanhängig gemacht wurde, erübrigt sich die vom Berufungsgericht erörterte Frage einer allfälligen Fristgebundenheit der Ergebnisfeststellungsklage. Lediglich der Vollständigkeit halber sei hierzu ausgeführt:

3.2. Für die Auffassung, die Ergebnisfeststellungsklage könne aufgrund ihrer Nähe zur positiven Feststellungsklage, die zusammen mit einer Anfechtungsklage gem § 41 GmbHG erhoben werden muss, in analoger Anwendung von § 41 Abs 4 GmbHG nur innerhalb dieser Frist erhoben werden, würde zwar sprechen, dass die Sachverhalte der Ergebnisfeststellungsklage und der positiven Beschlussfeststellungsklage sehr ähnlich sind und es möglicherweise keine sachliche Rechtfertigung gibt, in Fällen, in denen bloß kein Beschlussergebnis festgehalten wurde, eine längere Frist zur Bekämpfung zu gewähren.

3.3. Auch *Thöni* (ÖJZ 2002, 215) meint, dass die Erhebung der Klage zeitlich befristet sein sollte. Die Erhebung einer isolierten Beschlussfeststellungsklage müsse im Unterschied zur positiven Beschlussfeststellungsklage nicht binnen der Anfechtungsfrist des § 41 Abs 4 GmbHG erfolgen; sie sei aber auch nicht unbefristet zulässig. Das wäre mit dem rechtssichernden Zweck der §§ 41 und 42 GmbHG unvereinbar. Das Recht auf Ergebnisfeststellung unterliege vielmehr den Beschränkungen, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und dem Verbot des *venire contra factum proprium* ergeben. So könne sich ein Gesellschafter durch die nachträgliche Erhebung einer Feststellungsklage in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen, wenn er in Kenntnis der Sachlage die Ausführung des Beschlusses hinnimmt und sich nicht binnen angemessener Frist dagegen wendet. Werde ein Beschluss von der *„Mehrheit"* bzw von der Geschäftsführung als mit einem bestimmten Ergebnis gefasst angesehen, so gebiete die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, dass Gesellschafter, die davon Kenntnis haben, sich innerhalb angemessener Frist dagegen verwehren.

3.4. Gegen die Auffassung von *Thöni* spricht allerdings, dass eine *„angemessene"* Frist rechtsunsicher wäre. Dagegen spricht außerdem, dass es – wie auch das Berufungsgericht ausführte – gerade keine Möglichkeit gibt, die Klage nach § 41 GmbHG geltend zu machen, und die Frist nur dort ausdrücklich geregelt ist. Weiters kann für die Nichtanwendung der Frist die Rspr ins Treffen geführt werden, wonach die Frist des § 41 GmbHG nicht für die Geltendmachung der Nichtigkeit von Scheinbeschlüssen mit Feststellungsklage gem § 228 ZPO gilt (RIS-Justiz RS0111607).

3.5. Zudem würde eine analoge Anwendung der Frist nach § 41 GmbHG dazu führen, dass bei Verfristung der Klage letztlich immer noch nicht klar wäre, ob und in welcher Form der Beschluss nun gefasst wurde. Schließlich ist zu bedenken, dass unterschiedliche Ausgangssituationen zur Erhebung einer Beschlussfeststellungsklage führen können. Die Bandbreite der hier möglichen Fallgestaltungen reicht von wertungsmäßig der von § 41 GmbHG geregelten Konstellation nahestehenden Meinungsverschiedenheiten, die in oder

unmittelbar nach der GV auftreten, bis zu erst Jahre später auftretenden diesbezüglichen Streitigkeiten. Jedenfalls im letzteren Fall wäre eine Anknüpfung an das Datum der GV nicht sachgerecht.

3.6. Weil somit nach dem Gesagten die vorliegende Klage jedenfalls rechtzeitig erhoben wurde, ist – anhand der materiellen Rechtslage – zu prüfen, ob der Antrag der Nebenintervenientin in der außerordentlichen GV vom 27.2.2018 als angenommen oder als abgelehnt zu gelten hat.

4. Kartellverbot

4.1. Nach Art 101 AEUV sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken. Dies gilt *„insbesondere"* ua für die Einschränkung der Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen (Art 101 Abs 1 lit b AEUV).

4.2. Dem entspricht für den innerstaatlichen Bereich § 1 KartG. Eine Beschränkung des Wettbewerbs liegt vor, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmern dazu führt, dass die Beteiligten marktrelevante Verhaltensmöglichkeiten, die sie ohne die Vereinbarung hätten, nicht mehr wahrnehmen können. Deren Entschließungsfreiheit und Betätigungsfreiheit soll vornehmlich im Interesse der Auswahlfreiheit und Wettbewerbsfreiheit Dritter unbeschränkt erhalten werden, sofern nicht die Beschränkung volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist (vgl zu § 10 KartG aF RIS-Justiz RS0063372).

4.3. Nach stRspr des EuGH beeinträchtigt ein Beschluss, eine Vereinbarung oder eine Verhaltensweise den Handel zwischen Mitgliedstaaten dann, wenn sich anhand einer Gesamtheit rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen, die die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes hemmen könnte; außerdem darf diese Beeinträchtigung nicht nur geringfügig sein. Bei der Prüfung, ob ein Kartell den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt, ist dieses in seinem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu untersuchen (4 Ob 48/17p; 16 Ok 4/13).

5. Zwischenstaatlichkeit

5.1. Entscheidendes Merkmal für die Anwendbarkeit von Art 101 AEUV ist die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Dieses Kriterium wird allerdings von der hA sehr weit ausgelegt und ist bereits dann erfüllt, wenn sich das Verhalten auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckt (vgl Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl C 101 vom 27.4.2004, S 81, Rz 78 ff). Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, die sich auf mehrere Mitgliedstaaten erstrecken, erfüllen jedenfalls das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit (Leitlinien der Kommission, Rz 66 ff).

5.2. Bei Gemeinschaftsunternehmen, die wirtschaftliche Tätigkeiten in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten ausüben, ist *„in der Regel ihrem Wesen nach"* davon auszugehen, dass sie geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Leitlinien der Kommission, Rz 67).

5.3. Im vorliegenden Fall sind sowohl d. als auch die S.-Gruppe in mehreren Mitgliedstaaten tätig, sodass die Prüfung anhand von Art 101 AEUV zu erfolgen hat.

6. Vereinbarung bzw abgestimmtes Verhalten

6.1. Die beklagte Partei und die Nebenintervenientin argumentieren, auch anscheinend einseitige Maßnahmen könnten den Tatbestand der Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweisen erfüllen, wenn die Befugnis zur Vornahme der anscheinend einseitigen Maßnahmen zuvor im Wege einer Willenseinigung eingeräumt wurde.

6.2. Der Begriff der Vereinbarung wird in Art 101 AEUV nicht definiert. Eine Vereinbarung liegt nach hA vor, wenn die Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten (EuGH Rs 209/78, *van Landewyck*; *Hengst* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II[13], Art 101 AEUV Rz 84 mwN). Voraussetzung und Kernelement für das Vorliegen einer Vereinbarung ist die Willensübereinstimmung der beteiligten Unternehmen über die Regelung ihres Marktverhaltens (*Hengst*, aaO mwN). Entscheidend ist jedoch stets eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände (*Hengst*, aaO, Rz 85).

6.3. Der beklagten Partei ist zuzugeben, dass das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung nach der Rspr des EuGH auch Handlungsweisen erfasst, die auf den ersten Blick als einseitig qualifiziert werden könnten. Dies gilt insb dann, wenn dem handelnden Unternehmen die Befugnis zur Vornahme der anscheinend einseitigen Maßnahme im Wege einer Vereinbarung eingeräumt wurde (EuGH Rs C-74/04 P, *Kommission/VW II*, Rn 37 ff).

6.4. Daraus ist für den vorliegenden Fall jedoch nichts zu gewinnen. Wenngleich der Begriff der Vereinbarung weit auszulegen ist, darf mit einer weiten Auslegung nicht die Grenze zu einseitigem Verhalten verwischt werden, das nur der Einschränkung durch Art 102 AEUV unterliegt (EuGH Rs C-2/01 P, *Adalat*; *Hengst*, aaO, Rz 88). Zudem ergibt – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – eine systematische Auslegung, dass Strukturmaßnahmen im Allgemeinen keiner nachträglichen Prüfung nach Art 101 AEUV unterliegen.

7. Verhaltensabstimmung

7.1. Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist eine Auffangregelung, die Formen der Verhaltenskoordinierung unterhalb von Vereinbarungen bzw Beschlüssen erfassen soll, die zu einem bewussten und gewollten Zusammenspiel zum Zwecke der Ausschaltung unternehmerischer Risiken führen (Lager/Petsche in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG[2], § 1 Rz 25).

7.2. Einen wichtigen Teilaspekt der Verhaltensabstimmung bildet der Informationsaustausch (dazu *Hengst*, aaO, Rz 118)

zwischen Unternehmen, da dieser in besonderem Maß geeignet ist, die Ungewissheit der Wettbewerber über das künftige Wettbewerbsverhalten zu verringern (EuGH Rs *Zucker*, Slg 1975, 1963). Die für einen Informationsaustausch erforderliche Gegenseitigkeit wird bereits angenommen, wenn ein Wettbewerber seine Absichten oder sein künftiges Verhalten auf dem Markt einem anderen auf dessen Wunsch hin mitteilt oder dieser die Mitteilung auch nur akzeptiert (EuG Rs T-25/95, *Cimenteries*, Rn 1849; *Hengst*, aaO, Rz 119).

7.3. Allerdings ist auch bei der Prüfung einer Verhaltensabstimmung zu beachten, dass – wie zu zeigen sein wird – Strukturmaßnahmen im Allgemeinen keiner nachträglichen Prüfung nach Art 101 AEUV unterliegen.

8. Wettbewerbsverhältnis

8.1. Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art 101 AEUV wäre zudem ein Wettbewerbsverhältnis zwischen S. und d. Der betreffende Markt überschneidet sich jedoch nur in einem Teilbereich. Zwar ist gerichtsbekannt (§ 269 ZPO), dass im Lebensmitteleinzelhandel auch Non-Food-Produkte angeboten werden. Dabei werden unter dem Ausdruck *„Non-Food I"* solche Produkte bezeichnet, die typischerweise ebenfalls im Lebensmitteleinzelhandel erwartet werden, bei denen es sich aber nicht um Nahrungs- und Genussmittel handelt, wie zB Körperpflege-, Wasch- und Reinigungsmittel, Tierfutter sowie Toilettenpapier etc. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes (BKartA) gehören Drogeriemärkte und Lebensmitteleinzelhandel nicht zum selben relevanten Markt (BKartA B2-51/16, *Rewe/Coop*, Rz 98 mwN). Der Grund dafür liegt darin, dass von diesen Anbietern zwar für ihre Teilsortimente partieller Wettbewerbsdruck ausgehen mag, dieser aber – bezogen auf das Gesamtsortiment – nicht als erheblich angesehen werden kann (BKartA B2-51/16, *Rewe/Coop*, Rz 98 mwN).

8.2. In der Entscheidung *Edeka/Budnikowsky* (*BKartA*, Fallbericht zur Freigabeentscheidung *Edeka/Budnikowsky* B2-25/17) hat das BKartA demgegenüber einen sachlichen Markt für den Einzelhandel mit Drogeriewaren angenommen, dessen Kern die Produkte des Non-Food I-Sortiments bilden. Da dieses Sortiment in vergleichbarem Umfang auch von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels angeboten werde, seien diese ebenfalls als Wettbewerber zu sehen. Im Ergebnis gelangt das BKartA allerdings zu einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis, bei dem die Drogeriefachmärkte untereinander in einem engen Wettbewerbsverhältnis stehen, während die Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen Drogeriemärkten gegenüber entfernte Wettbewerber darstellen (*BKartA*, aaO). Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat an.

8.3. Zum Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses auf der Beschaffungs- bzw Nachfrageseite haben die Revisionswerberinnen im Verfahren erster Instanz kein konkretes Vorbringen erstattet, sodass schon aus diesem Grund darauf nicht weiter einzugehen ist.

9. Konzernprivileg

9.1. Art 101 AEUV enthält eine Verhaltenskontrolle, die eine wettbewerbsbeschränkende Koordinierung des Marktverhaltens zwischen Unternehmen verhindern soll. Das Kartellverbot erfasst Tatbestandshandlungen zwischen Unternehmen, nicht aber innerhalb eines Unternehmens. Maßgebendes Kriterium ist die Fähigkeit, sein Wettbewerbsverhalten autonom zu bestimmen (*Lager/Petsche*, aaO, Rz 47). Für die Abgrenzung ist der Unternehmensbegriff des Art 101 AEUV bzw § 1 KartG ausschlaggebend (*Lager/Petsche*, aaO, Rz 47).

9.2. Nach stRspr werden Maßnahmen zwischen herrschender und beherrschter Gesellschaft nicht von Art 101 AEUV erfasst, soweit die beherrschten Gesellschaften ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmen können, sondern Weisungen der beherrschenden Gesellschaft unterliegen. Die beherrschende Gesellschaft und die beherrschte Gesellschaft bilden unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Organisation eine wirtschaftliche Einheit und damit ein einheitliches Unternehmen iSd Art 101 AEUV (EuGH Rs 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH*, Rn 11).

9.3. Eine wirtschaftliche Einheit liegt nach gefestigter Entscheidungspraxis der Unionsorgane vor, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen diesen beiden Rechtssubjekten (EuGH Rs C-50/12, *Kendrion*, Rn 29; Rs C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, uva; *Hengst*, aaO, Rz 43 mwN). Die betreffenden Gesellschaften müssen untereinander wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich so eng miteinander verflochten sein, dass dadurch die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung (bestimmender Einflussnahme) eröffnet wird (EuGH 14.7.1972, Rs 48/69, *ICI*, Rn 136 f).

9.4. Entscheidend ist, ob eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen ergibt, dass die Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft ausübt (EuGH Rs C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Rn 54; *Hengst*, aaO, Rz 43 mwN).

9.5. Dabei reicht aus, wenn die Gesamtbetrachtung ergibt, dass die Mutter bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik (iwS) der Tochter ausübt (EuGH Rs C-97/08 P, *Akzo Nobel*). Im Verfahren *Akzo Nobel* hat die Generalanwältin in den Schlussanträgen (Rs C-97/0, Rn 92) beispielhaft den Einfluss der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaften in Bezug auf Unternehmensstrategie, Betriebspolitik, Betriebspläne, Investitionen, Kapazitäten, Finanzausstattung, Humanressourcen und Rechtsangelegenheiten angeführt.

9.6. Strukturelle Verflechtungen zwischen einzelnen Gesellschaften bilden einen wichtigen Anhaltspunkt für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit. Je höher die Kapitalbeteiligung an einer Tochtergesellschaft ist, umso eher sprechen die Umstände dafür, dass auf das Verhalten der Tochtergesellschaft Einfluss genommen wird (*Hengst*, aaO, Rz 45).

9.7. In dem Fall, dass eine Muttergesellschaft das (nahezu) gesamte Kapital ihrer Tochtergesellschaft hält, besteht eine widerlegbare Vermutung für die tatsächliche Ausübung des Einflusses (EuGH Rs C-286/98 P, *Stora*, Rn 29; *Hengst*, aaO, Rz 46 mwN).

9.8. Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit findet aber auch auf gemeinsam beherrschte Gesellschaften Anwendung (EuGH Rs C-294/98 P, *Metsä-Serla*, Rn 27; *Hengst*, aaO, Rz 53 mwN). Nach der Rspr reicht es für die Annahme einer gemeinsamen Leitung durch die Muttergesellschaften aus, dass sich diese in Bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen abstimmen müssen und keine allein handeln kann (*Hengst*, aaO, Rz 53). Eine nur *„negative"* Natur der von den Muttergesellschaften ausgeübten Kontrolle steht der Annahme eines bestimmenden Einflusses deshalb nicht entgegen, weil jede der Muttergesellschaften das Gemeinschaftsunternehmen davon abhalten kann, bestimmte Entscheidungen zu treffen und damit dessen wirtschaftliches Verhalten entscheidend beeinflussen kann (EuG Rs T-77/08, *Dow Chemical*, Rn 92; *Hengst*, aaO, Rz 53). Auch die Eigenschaft als Vollfunktionsunternehmen iSd Regelungen über die Fusionskontrolle spricht nicht gegen die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit (EuGH Rs C-179/12 P, *Dow Chemical*, Rn 50 ff; *Hengst*, aaO, Rz 53).

9.9. Nach der Rspr des EuGH schließt die rechtliche Selbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens, die Vollfunktionseigenschaft oder die Möglichkeit einer *Deadlock*-Situation die Ausübung der Kontrolle nicht *per se* aus (EuGH Rs C-179/12 P, *Dow Chemical*, Rn 49 ff). Die neuere Rspr sieht gerade in der Tatsache, dass die Muttergesellschaften sich durch zusätzliche Regelungen gemeinsam einem Einigungszwang unterwerfen, ein Indiz für eine gemeinsame Einflussnahme (*Hengst*, aaO, Rz 55).

9.10. In der Entscheidung *Dow Chemical* (Rs T-77/08, Rn 81 und 87) hebt das EuG den Zwang zum gemeinsamen Handeln, um Blockadesituationen zu vermeiden, hervor (vgl auch *Hengst*, aaO, Rz 56). Gleiches gilt für die Vereinbarung eines Quorums, aufgrund dessen die Entscheidung der Geschäftsführung einheitlich getroffen werden müssen (EuG Rs T-141/07, *General Technic-Otis Sàrl*, Rn 112 f), oder das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages, nach dem alle Entscheidungen über Budget, Investitionen und Personal einstimmig getroffen werden müssen (EuG Rs T-587/08, *Fresh Del Monte Produce*, Rn 99).

9.11. Gleiches wird etwa bei Einrichtung eines von den beiden Muttergesellschaften paritätisch besetzten Ausschusses angenommen, der die Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens überwacht und dessen Zustimmung zu bestimmten Entscheidungen von strategischer Bedeutung erforderlich ist (EuG Rs T-77/08, *Dow Chemical*, Rn 81), oder wenn Finanzpläne und Investitionen von den Muttergesellschaften gebilligt werden müssen, insb wenn auch kleinere Investitionen der Zustimmung bedürfen (EuG Rs T-24/05, *Alliance One*, Rn 185 ff), ebenso wenn Berichtspflichten gegenüber der Muttergesellschaft (EuG Rs T-314/01, *Avebe*, Rn 137) oder ein regelmäßiger Informationsaustausch (EuG Rs T-314/01, *Avebe*, Rn 90; Rs T-587/08, *Fresh Del Monte Produce*, Rn 107 und 152 ff) bestehen.

9.12. Auch eine Minderheitsbeteiligung kann einer Muttergesellschaft ermöglichen, tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Marktverhalten ihrer Tochtergesellschaft auszuüben. Dies ist dann der Fall, wenn die Muttergesellschaft über Rechte verfügt, die über die Rechte hinausgehen, die üblicherweise Minderheitsaktionären zum Schutz ihrer finanziellen Interessen gewährt werden, und die bei einer Prüfung nach der Methode des Bündels übereinstimmender Indizien rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur geeignet sind, den Nachweis zu erbringen, dass ein bestimmender Einfluss auf das Marktverhalten der Tochtergesellschaft ausgeübt wird (*Hengst*, aaO, Rz 58).

9.13. Auch *Thomas* (Konzernprivileg und Gemeinschaftsunternehmen – Die kartellrechtliche Beurteilung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen mit Gemeinschaftsunternehmen, ZWeR 2005, 236 [254 FN 129]) verweist auf Sperrrechte bei Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, größere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung. Der *„Zwang zur Einigung"* in Fragen der laufenden Geschäftsführung ist ein Indiz für eine Interessenkoordinierung iSd gemeinsamen Beherrschung (*Thomas*, aaO, 255).

9.14. In der Rechtssache *Fuji Electric* (EuG Rs T-132/07, Rn 184) ergab sich die Ausübung eines bestimmenden Einflusses durch die mit 30 % beteiligte Mutter aus einer Vereinbarung über die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens, aus der Doppelfunktion zahlreicher leitender Angestellter auf der Führungsebene von Mutter- und Gemeinschaftsunternehmen sowie aus besonderen Geschäftsbeziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Im Fall *Fresh Del Monte Produce* (EuG Rs T-587/08, Rn 50) wurde die Kommanditistin einer GmbH & Co KG in die wirtschaftliche Einheit einbezogen; dieser waren neben weitreichenden Informationsrechten auch ein Vetorecht im Hinblick auf Grundstücksgeschäfte eingeräumt worden.

9.15. Auch mehrere Muttergesellschaften können derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Dies ist im deutschen Recht in der *„Mehr-Mütter-Klausel"* des § 36 Abs 2 Satz 2 dGWB ausdrücklich ausgesprochen. Dies beruht auf dem Gedanken, dass es kartellrechtlich gleichbedeutend ist, ob ein Unternehmen von einer Muttergesellschaft oder von mehreren Muttergesellschaften beherrscht wird (*Thomas*, aaO, 255). Demgemäß kann ein Gemeinschaftsunternehmen mit jeder seiner Mütter ein einheitliches Unternehmen iS einer wirtschaftlichen Einheit bilden, wenn die Mütter derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben können (*Thomas*, aaO, 255).

9.16. Entscheidend ist jeweils, wie weit die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens durch gesellschafts- oder konsortialvertragliche Regelungen oder sonstige rechtliche oder tatsächliche Umstände vergemeinschaftet ist (*Thomas*, aaO, 256). Auch der Minderheitsgesellschafter muss über Einflussmöglichkeiten verfügen, aus denen sich eine über die typische Interessenlage eines Gesellschafters hinausgehende Mitbeherrschung ergibt (*Thomas*, aaO, 256).

9.17. Im vorliegenden Fall besteht durch das Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit für Investitionen, deren gemeinsame Summe 2 % des Bruttoumsatzes des Vorjahres übersteigt, erheblicher Einfluss der klagenden Partei auf die strategische Ausrichtung der Beklagten. Der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass das Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit der klagenden Partei eine Sperrminorität vermittelt,

entgegen der Diktion der Beklagten aber kein *„Vetorecht"* im technischen Sinn. Die Klägerin kann vielmehr schon das Zustandekommen eines Beschlusses verhindern. Für die kartellrechtliche Beurteilung ist dieser Unterschied jedoch nicht ausschlaggebend. Aufgrund der relativ geringen Umsatzschwelle ist es weitgehend ausgeschlossen, strategische Entscheidungen im Unternehmen gegen den Willen der klagenden Partei zu treffen. Zusätzlich sieht der Gesellschaftsvertrag für beide Gesellschafter Entsendungsrechte in den Aufsichtsrat vor, wobei Entscheidungen über zustimmungspflichtige Geschäfte die Zustimmung der von beiden Gesellschaftern entsandten Mitglieder erfordern.

9.18. Wenngleich daher der klagenden Partei kein unmittelbarer Einfluss auf die Geschäftsführung und das Tagesgeschäft der Beklagten zukommt, kommt ihr doch schon durch das Mehrheitserfordernis für 2 % des Bruttoumsatzes des Vorjahres übersteigende Investitionen in einem entscheidenden Punkt negative Kontrolle zu, was für die Annahme gemeinsamer Kontrolle iSd vorstehenden Ausführungen ausreicht.

9.19. Der beklagten Partei verbleibt allerdings ein eigenständiger Handlungsbereich der Geschäftsführung, die im laufenden Geschäftsbetrieb frei von Weisungen der klagenden Partei agieren kann. In diesem Fall ist das Konzernprivileg nicht anzuwenden (vgl zur Zusammenarbeit von vier selbständigen Unternehmen in einem Gemeinschaftsunternehmen die Entscheidung der Kommission im Fall *IJC*, ABl L 28 vom 2.2.1991, S 32, Rn 24). Damit greift das Konzernprivileg im vorliegenden Fall nicht, sodass der vorliegende Fall auch unter dem Aspekt des Art 101 AEUV zu prüfen ist.

10. Zur Abgrenzung von Kartellrecht und Zusammenschlusskontrolle

10.1. Art 3 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 regelt das Verhältnis zwischen nationalem und EU-Kartellrecht. Nach Art 3 Abs 3 leg cit gelten die Verpflichtung zur parallelen Anwendung (Art 3 Abs 1 leg cit) sowie die Konvergenzregeln (Art 3 Abs 2 leg cit) nicht für den Bereich der einzelstaatlichen Fusionskontrolle (dazu näher *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG^2, Vor § 7 Rz 51).

10.2. Kartell- und Missbrauchsregeln kontrollieren das Marktverhalten; bei der Fusionskontrolle handelt es sich demgegenüber um eine Marktstrukturkontrolle (16 Ok 6/10). Der OGH hat auch bereits wiederholt ausgesprochen, dass das Wesen der Unternehmenskonzentration (Zusammenschluss) und gleichzeitig der entscheidende Unterschied zu Kartellen gerade darin besteht, dass zwei oder mehrere Unternehmen unter Aufgabe ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit in auf Dauer bezeichneter Weise unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammengefasst werden. Während das Kartell eine Verhaltensbindung bewirkt, wird durch den Zusammenschluss die interne Unternehmensstruktur geändert (RIS-Justiz RS0063572; 16 Ok 6/10).

10.3. Die Zielrichtung der Zusammenschlusskontrolle liegt darin, präventiv das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer *„österreichischen"* Marktstruktur, mag sich diese auch etwa als Teil eines Weltmarktes präsentieren, zu gewährleisten, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht (16 Ok 10/16f). Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle ist die Erhaltung einer möglichst großen Anzahl selbständiger Marktteilnehmer und das resultierende Potenzial zum Wettbewerb, nicht hingegen das konkrete Verhalten der Marktteilnehmer (16 Ok 20/02; 16 Ok 10/16f). Inwieweit selbständige Unternehmen demgegenüber tatsächlich miteinander konkurrieren oder sich durch Absprachen verbinden, ist eine Frage der Kartellaufsicht (16 Ok 20/02; 16 Ok 10/16f).

10.4. Dabei greifen Kartellaufsicht und Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich nahtlos ineinander (vgl 16 Ok 15/98; 16 Ok 20/02). Zur Kartellaufsicht gehört nicht die Ausübung interner gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse, etwa Satzungsänderungen oder Vorstandsbestellungen (16 Ok 20/02). Alle Marktwirkungen, die sich wesensnotwendig aus dem Zusammenschluss ergeben, sind von der *„Freistellungswirkung"* der Fusionskontrollentscheidung erfasst (16 Ok 11/13, Pkt 4.5.). Die Prüfung eines Sachverhalts als Zusammenschluss schließt daher grundsätzlich die parallele Prüfung der für den Zusammenschluss tatbestandsmäßigen Sachverhaltselemente als Kartell aus (16 Ok 11/13).

10.5. Die von der Beklagten bzw der Nebenintervenientin zitierten Entscheidungen sind demgegenüber nicht einschlägig. Darin ging es nämlich nicht um das Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern, sondern die Kartellrechtswidrigkeit wurde jeweils daraus abgeleitet, dass der Wettbewerb im Außenverhältnis beeinträchtigt wurde. So stellte der EuGH in der Entscheidung *BAT & Reynolds/Philip Morris* (verb Rs 142/84 und 156/84) vor Inkrafttreten der FKVO darauf ab, dass ein Beteiligungserwerb als Mittel dazu dienen könne, das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem sie ihre Geschäftstätigkeit entfalten, eingeschränkt oder verfälscht wird; insofern wandte der EuGH Art 85 EGV (heute: Art 101 AEUV) an.

10.6. Auch die Entscheidung der Kommission im Fall *BT/MCI* (Kommission 27.7.1994, IV/34.857) betraf nicht nur das Innenverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen. Vielmehr wurde dort der relevante Markt als Markt der Mehrwertdienste und der erweiterten Dienste an große multinationale Unternehmen, andere Großunternehmen und sonstige intensive Benutzer von Fernmeldediensten, die über internationale intelligente Netze laufen, definiert.

10.7. Die Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Art 85 EWGV (ABl C 43 vom 16.2.1993, S 2, Rz 21 ff) ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Zudem umfasst diese den Wettbewerb zwischen Gesellschaftern und Gemeinschaftsunternehmen nur nach den Umständen des Einzelfalles, nämlich bei wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf dritte Unternehmen, wobei exemplarisch auf die Aufteilung der räumlichen Märkte, der Produktmärkte oder der Kundschaft verwiesen wird.

10.8. Die Nebenabredenbekanntmachung der Kommission (ABl C 56 vom 5.3.2005, S 24) normiert, dass Art 81 und 82 EGV auf Nebenabreden, die mit einem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, nicht dem Kartellrecht unterliegen.

10.9. Bei der nunmehr geltenden FKVO handelt es sich um ein Instrument, das eine wirksame Kontrolle von Zusammenschlüssen entsprechend ihren Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Union ermöglicht und dabei zugleich das einzig anwendbare Instrument (also unter Ausschluss von Art 101 und 102 AEUV) sein soll (zB *Wollmann* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Art 103 AEUV Rz 8).

10.10. Art 21 FKVO schließt demgemäß die Anwendung der Durchführungsverordnung (EG) Nr 1/2003 und damit die unmittelbare Anwendung des Kartellverbots auf den Zusammenschlussvorgang selbst aus (*Schuhmacher* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art 101 AEUV Rz 43). Dieser unterliegt vielmehr allein der Strukturkontrolle. Gleiches gilt nach Art 21 Abs 3 FKVO für das nationale Kartellrecht.

10.11. Zweck dieser Bestimmung war es, die parallele Anwendung von Art 101 AEUV auf Zusammenschlussvorgänge auszuschließen. Damit sollten die mit der früheren Judikatur, die die Anwendung von Art 101 AEUV auf den Zusammenschlussvorgang für möglich hielt, wenn die beteiligten Unternehmen selbständig bleiben (EuGH verb Rs 142/84 und 156/84, *BAT & R. J. Reynolds/Kommission*), verbundenen Unsicherheiten beseitigt werden (vgl auch Erklärung der Kommission für das Ratsprotokoll vom 19.12.1989 zu Art 22 FKVO aF, Art 101 und 102 AEUV normalerweise auf Zusammenschlüsse der FKVO nicht anzuwenden, sowie die gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zu Art 22 FKVO aF, wonach aus Gründen der Rechtssicherheit ausschließlich die FKVO für Zusammenschlüsse iSd Art 3 FKVO gelte). Demgemäß betonen die Erwägungsgründe (Erwägungsgrund 7 der FKVO 1989 und Erwägungsgrund 6 der FKVO 2004), dass die FKVO grundsätzlich das einzige auf derartige Zusammenschlüsse anwendbare Instrument ist.

10.12. Lediglich ausnahmsweise kann der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung auch Art 101 AEUV unterliegen bzw bei manchen Zusammenschlüssen („*Gruppeneffekt*") zusätzlich eine Prüfung nach den Kriterien des Art 101 AEUV erforderlich sein (*Wollmann*, aaO, Rz 41 f). In diesen Fällen findet die diesbezügliche Prüfung aber beim Erwerb der Beteiligung statt, nicht hingegen später bei Ausübung der betreffenden Rechte.

11. Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen

11.1. Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass die Ausübung interner gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse, etwa Satzungsänderungen, Vorstandsbestellungen etc, keine Frage der Kartellaufsicht ist (16 Ok 20/02). Eine Anwendung des Art 101 AEUV wäre nur bei Wettbewerbsbeschränkungen, die über die mit der Durchführung der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens notwendigen Nebenabreden hinausgehen, denkbar (16 Ok 9/08).

11.2. In der Entscheidung *Gratiszeitung Hallo* sprach der deutsche BGH aus, dass wettbewerbsbeschränkende Satzungsbestandteile nicht gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn sie erforderlich sind, um den Bestand und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu erhalten (BGH 23.6.2009, KZR 58/07).

12. Intertemporales Recht

12.1. Im vorliegenden Fall erfolgte der Zusammenschluss zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin durch Gründung der Beklagten bereits im Jahr 1981, somit zu einem Zeitpunkt, als weder auf europäischer Ebene noch auf nationaler Ebene eine Fusionskontrolle existierte. Zum damaligen Zeitpunkt bestand in Österreich nach §§ 49 ff KartG 1972 lediglich eine Anmeldepflicht zum Kartellregister (dazu *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht [1981] 265 ff). Der Erwerb der Beteiligung und der flankierenden Rechte fiel unter § 49 KartG 1972. Dieses Gesetz sah keine weitere Prüfung des Zusammenschlusses vor; die Eintragungspflicht war lediglich mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert (*Koppensteiner*, aaO, 281).

12.2. Dies führt zur Frage, ob dieser Umstand Auswirkungen auf die nunmehr vorzunehmende Prüfung nach Art 101 AEUV hat. Hierbei kommt dem Umstand wesentliche Bedeutung zu, dass zwischen Marktverhalten einerseits und Marktstruktur bzw diesbezüglichen Maßnahmen tief greifende Unterschiede bestehen. Gerade die Ungeeignetheit der seinerzeitigen Art 84 und 85 EGV aF war ja Grund für die Einführung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen über die Fusionskontrolle.

12.3. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat jedoch bewusst keine rückwirkende Kontrollmöglichkeit von Zusammenschlüssen vorgesehen; auch der Beitrittsvertrag Österreichs (ABl C 241 vom 29.8.1994, S 9) sieht ausdrücklich vor, dass die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen für Österreich erst zum Zeitpunkt des Beitritts Anwendung finden sollen. Diesem Umstand kommt deshalb besondere Bedeutung zu, weil es den Vertragsstaaten bewusst gewesen sein muss, dass es in Österreich vor dem Beitritt keine dem Gemeinschaftsrecht (vgl die damals geltende FKVO 1984; Verordnung [EWG] Nr 1464/89) vergleichbare Regelung gab. Dennoch wurde keine rückwirkende Möglichkeit einer diesbezüglichen Prüfung angeordnet.

12.4. Die gegenteilige Auffassung führte dazu, dass Zusammenschlüsse, die vor Inkrafttreten der FKVO verwirklicht wurden, anders zu behandeln wären als solche nach ihrem Inkrafttreten. Lediglich auf Erstere wäre Art 101 AEUV anwendbar. Dies würde auch für den Zeitraum nach Inkrafttreten der FKVO zu zwei diametral entgegengesetzten Regelungsregimen führen. Vor dem EU-Beitritt Österreichs erfolgte Zusammenschlüsse unterlägen dann ohne zeitliche Beschränkung Art 101 AEUV, während diese Bestimmung auf spätere Zusammenschlüsse nicht anwendbar wäre. Dabei könnten mangels Bestehens einer rückwirkenden Zusammenschlusskontrolle die an einem vor dem Beitritt Österreichs stattgefundenen Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auch in Hinkunft keine Prüfung und damit Freigabe des Zusammenschlusses erlangen; sie wären fortwährend mit massiver Rechtsunsicherheit belastet. Das Fehlen der Möglichkeit einer nachträglichen Prüfung des Zusammenschlusses würde nicht zuletzt auch zu einer unter dem Aspekt des Gleichheitsgebots des Art 20 GRC (dazu allgemein *Schramm* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC [2014] Art 20) bedenklichen Diskriminierung im Vergleich zu später erfolgten Zusammenschlüssen führen.

12.5. Mangels jeglicher Ansatzpunkte für eine Differenzierung müsste schließlich auch nicht nur die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, sondern auch die (Voll-)Fusion von Unternehmen rückwirkend nach Art 101 AEUV geprüft und daher dann gegebenenfalls rückabgewickelt werden. Über allen vor dem EU-Beitritt Österreichs stattgefundenen Zusammenschlüssen schwebte damit gleichsam das *„Damoklesschwert"* der Kartellrechtswidrigkeit nach Art 101 AEUV. Ein derartiges Ergebnis kann weder vom Gemeinschaftsrecht noch den Vertragsstaaten des Beitrittsvertrages gewollt sein.

12.6. Vielmehr sind die unionsrechtlichen Regelungen über die Fusionskontrolle und das Fehlen einer rückwirkenden Prüfung Ausdruck einer diesbezüglichen Intention des Unionsgesetzgebers, Strukturmaßnahmen anders als bloßes Marktverhalten zu behandeln. Damit ist die Beklagte als vor dem EU-Beitritt Österreichs gegründetes Gemeinschaftsunternehmen Teil der zum Beitrittszeitpunkt vorgefundenen und damit nach dem Willen des Unionsgesetzgebers hinzunehmenden Marktstruktur.

12.7. Die vor Einführung einer gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrolle ergangene Judikatur des EuGH im Fall *Philip Morris* (verb Rs 142/84 und 156/84) ist damit im vorliegenden Zusammenhang nicht anzuwenden. Vielmehr hat der Unionsgesetzgeber zwischenzeitig der Besonderheit der Marktstruktur und darauf gerichteter Maßnahmen im Vergleich zu bloßem Marktverhalten durch Erlassung der FKVO Rechnung getragen. Insofern entfaltet das (grundsätzlich umfassende) unionsrechtliche Fusionskontrollregime einschließlich des charakteristischen Fehlens einer rückwirkenden Prüfung von Zusammenschlüssen als Ausdruck einer im Grundsatz abschließenden (Spezial-)Regelung der kartellrechtlichen Prüfung von Strukturmaßnahmen Sperrwirkung gegenüber einer Anwendung des Art 101 AEUV. Anderes gilt nur, soweit auch im Rahmen des bestehenden Fusionskontrollregimes (ausnahmsweise) Raum für die Anwendung von Regelungen zur Verhaltens- oder Missbrauchskontrolle nach Art 101 und 102 AEUV besteht, kann doch keinem Fusionskontrollregime unterliegenden *„Alt-Zusammenschlüssen"* nicht höhere Bestandsfestigkeit zukommen als jenen, bei denen bereits eine Prüfung nach der FKVO erfolgte.

12.8. Damit ist die rückwirkende Anwendung von EU-Recht auf vor dem EU-Beitritt Österreichs erfolgte Zusammenschlüsse ausgeschlossen. Eine solche vom Unionsrecht gerade nicht gewollte nachträgliche Strukturkontrolle iS eines Zusammenschlusskontrollersatzes darf auch nicht über den Umweg der Prüfung einzelner Kontrollausübungsmaßnahmen nach Art 101 AEUV erfolgen. Dies kann entgegen der Rechtsansicht der beklagten Partei auch nicht dadurch umgangen werden, dass zwar nicht die Begründung von Rechten, sondern nur deren *„Wahrnehmung"* an Art 101 AEUV zu messen sei. Damit würde der Unterschied zwischen Verhaltens- und Strukturkontrolle verwischt. Diese Auffassung führte nämlich dazu, dass die Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag zwar wirksam entstanden sind, aber nie ausgeübt werden dürften. Dies vermag nicht zu überzeugen.

12.9. Zusammenfassend unterliegt somit der nach damaliger Rechtslage wirksame Kontrollerwerb – von den angeführten Ausnahmen abgesehen – nicht der Verhaltenskontrolle nach Art 101 AEUV. Damit ist die Ausübung der Einflussrechte der klagenden Partei in der beklagten Partei Ergebnis der Erlangung gemeinsamer Kontrolle und unterliegt sohin grundsätzlich nicht Art 101 AEUV. Die gesellschaftlichen Mitwirkungsrechte stellen vielmehr einen Teil der strukturellen Verbindung zwischen den beteiligten Gesellschaften dar.

12.10. Diese Kontrollrechte stehen freilich nicht unbeschränkt zu, sondern nur im Rahmen dessen, was zur Ausübung der effektiven Wahrnehmung dieser Rechte notwendig ist. Im Bereich der laufenden Geschäftsführung im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb besteht nach dem Gesagten ein eigenständiger Verhaltensspielraum der Beklagten. Dazu gehören – worauf der Vollständigkeit halber hinzuweisen ist – auch Preis- und Angebotsentscheidungen im laufenden Geschäftsbetrieb. Diesbezügliche Informationen sind nicht zwingend erforderlich, um strategische Investitionsentscheidungen zu treffen und den von der Satzung geforderten jährlichen Investitionsplan, sofern darin Investitionen von über 2 % des Bruttoumsatzes des Vorjahres vorgesehen sind, gemeinsam zu beschließen.

13. Zur Anregung eines Vorabentscheidungsverfahrens

13.1. Für die von der Nebenintervenientin angeregte Befassung des EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens bestand kein Raum. Die Nebenintervenientin vermag keine Rechtsfrage des Unionsrechts aufzuzeigen, die der Klärung durch den EuGH bedürfte.

13.2. Der EuGH verlangt die Angabe der Gründe für die Wahl der Unionsrechtsnorm sowie für die Zweifel an ihrer Auslegung bzw die Angabe des Zusammenhangs zwischen der Unionsrechtsnorm und dem Ausgangsverfahren, sodass sich die Vorlagefragen in den Kontext der tatsächlichen und rechtlichen Rahmen einfügen (vgl Empfehlungen des EuGH an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen, ABl C 257 vom 20.7.2018, S 1, Rz 15; dazu zB EuGH Rs C-167/94, *Juan Carlos Grau Gomis*, Rz 9 und 11; Rs C-492/17, *Rittinger*, Rn 49 und 50). Denn erst die Angabe bestimmter Gründe für Zweifel an der Vereinbarkeit eines Sachverhalts mit dem Unionsrecht ermöglicht es dem EuGH, sachdienliche Hinweise zur Auslegung zu geben (EuGH Rs C-497/12, *Davide Gullotta*, Rn 19 und 25). Diesen Anforderungen werden die Ausführungen der Nebenintervenientin nicht gerecht.

13.3. Im Übrigen kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

14. Zum Stimmverbot

14.1. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch erkannt, dass im vorliegenden Fall kein Stimmverbot greift. Weder liegt einer der in § 39 GmbHG aufgezählten Tatbestände vor noch erfordert der vorliegende Sachverhalt die analoge Anwendung dieser Bestimmung.

14.2. § 39 Abs 4 GmbHG enthält einerseits eine Variation der Regeln über das In-sich-Geschäft, andererseits den Grundgedanken, dass niemand Richter in eigener Sache sein soll (RIS-Justiz RS0086644 [T2]).

14.3. Aus dem Gesetz lässt sich demgegenüber kein generelles Stimmverbot für alle Fälle einer Interessenkollision ableiten (RIS-Justiz RS0086644; 6 Ob 90/19g). Es gibt auch kein *per se* wirkendes Stimmverbot aufgrund von Konzernverhältnissen (*Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 39 Rz 82).

14.4. Bei der analogen Anwendung ist die *ratio* der Vorschrift entscheidend. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit kommt eine analoge Anwendung des § 39 Abs 4 GmbHG nur in engen Grenzen in Betracht. Das Stimmverbot darf nur auf Fälle erstreckt werden, die von einer den gesetzlich normierten Tatbeständen vergleichbaren institutionell bedingten Interessenkollision gekennzeichnet sind (6 Ob 191/18h; 6 Ob 90/19g). Auch in der Literatur wird diesbezüglich gefordert, dass der Interessenkonflikt bereits *in abstracto* gegeben sein muss und von der Intensität, also vom Gefährdungspotenzial für die Gesellschaft, dem positiv-rechtlich geregelten Fall gleichkommt (*Enzinger*, aaO, Rz 106).

14.5. IdS hat der OGH § 39 Abs 4 GmbHG auf den Fall erstreckt, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer über den Widerruf einer ihm von der Gesellschaft erteilten Zustimmung zu konkurrenzierenden Tätigkeiten oder Beteiligungen nicht stimmberechtigt ist (6 Ob 139/06v).

14.6. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht erfüllt. Das Unterbleiben der von der Nebenintervenientin beabsichtigenden Investitionen hat nur einen mittelbaren wirtschaftlichen Effekt.

14.7. Im vorliegenden Fall handelt es sich weder um ein In-sich-Geschäft noch um einen Fall des Richtens in eigener Sache. Die zweite Fallgruppe ist durch die rechtliche Betroffenheit des Gesellschafters von der zu beschließenden Maßnahme charakterisiert. Da Stimmverbote dem Gebot der Rechtssicherheit entsprechen müssen und die nachgelagerte Kontrolle des Beschlusses unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Stimmrechtsausübung daneben Platz greift, ist die Anerkennung gesetzlich nicht geregelter Stimmverbote nur zulässig, wenn der Interessenkonflikt bereits *in abstracto* gegeben ist und von der Intensität, also vom Gefährdungspotenzial für die Gesellschaft, dem positiv-rechtlich Geregelten gleichkommt (*Enzinger*, aaO, Rz 106).

14.8. Zusammenfassend vermag die Beklagte somit keinen Interessenkonflikt von zumindest annähernd gleichem Gewicht wie die in § 39 Abs 4 GmbHG vertypten Fälle aufzuzeigen.

15. Zur behaupteten Treuwidrigkeit

15.1. Auch die Berufung auf die angebliche Treuwidrigkeit der Stimmabgabe ist nicht stichhaltig. Die Annahme einer Zustimmungsverpflichtung, die sich aus den Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft ergibt, ist regelmäßig nur *ultima ratio*. Der Beschluss muss also im Interesse der Gesellschaft unbedingt notwendig und dem widerstrebenden Gesellschafter auch zumutbar sein (*Enzinger*, aaO, Rz 52).

15.2. Als praktisch bedeutsamster Fall der gesellschaftlichen Treuepflicht im vorliegenden Zusammenhang wird die Konstellation diskutiert, dass der Gesellschafter dringend gebotene Sanierungsmaßnahmen nicht verhindern darf bzw ihnen unter Umständen sogar zustimmen muss (vgl 6 Ob 169/16w mwN). IdS wird bei der GmbH eine Pflicht der Gesellschafter angenommen, für die Thesaurierung von Gewinnen zu stimmen, wenn dies für die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist (6 Ob 100/12t; 6 Ob 169/16w mwN). Demgegenüber wurde in der E 6 Ob 169/16w das bloße Argument, die Vollausschüttung sei wirtschaftlich nicht sinnvoll, als den in der Literatur diskutierten Fällen der Treuepflicht, in denen gewissermaßen *„die Existenz des Unternehmens auf dem Spiel steht"*, nicht gleichzuhaltend eingestuft.

15.3. Im vorliegenden Fall wurde in erster Instanz auch gar nicht vorgebracht, dass es hier um die Existenz des Unternehmens gehe. Die Beklagte hat vielmehr lediglich vorgebracht, die Klägerin habe ihre Zustimmung treuwidrig von einem Gesamtpaket inklusive Gewinnausschüttung abhängig gemacht. Erst in dritter Instanz beruft sich die beklagte Partei darauf, dass die Investitionen überlebensnotwendig seien. Abgesehen davon, dass diese Ausführungen gegen das Neuerungsverbot (§ 482 ZPO) verstoßen und schon aus diesem Grunde unbeachtlich sind, ist dem auch entgegenzuhalten, dass in erster Instanz lediglich von einem *„refreshing"* durch die Investitionen gesprochen wurde. Der allgemeine Hinweis auf die Notwendigkeit regelmäßiger Investitionen ist idZ nicht stichhaltig, ließe sich doch damit eine Zustimmungspflicht zu allen Investitionen ableiten, sodass für die einschlägige Satzungsregelung kein sinnvoller Anwendungsbereich bliebe.

15.4. Das Argument, die Klägerin sei *„pauschal"* gegen jedwede Investition gewesen, übersieht, dass im vorliegenden Fall lediglich über einen konkreten Investitionsplan und nicht über Einzelinvestitionen abgestimmt wurde. Dass die Klägerin eine *„Blockadepolitik"* verfolge, lässt sich aus den Feststellungen der Vorinstanzen nicht ableiten.

15.5. Die diesbezüglichen Regelungen im Gesellschaftsvertrag der beklagten Partei finden in § 20 Abs 1 GmbHG, wonach die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrats für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind, ihre Deckung. Für höhere Investitionen ist zudem auf § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG zu verweisen. Soweit die Revisionswerberinnen aus dem vorgelegten Gutachten von *Harrer* ableiten wollten, dass die Geschäftsführung solche Investitionen auch gegen den Willen der Gesellschafter vornehmen dürfe, ist dem nicht zu folgen. Vielmehr ist auf § 20 GmbHG zu verweisen.

15.6. Das Verfolgen eines Interesses an Gewinnausschüttungen ist keineswegs illegitim, zumal das GmbHG sogar von einem – wenn auch dispositivem – Vollausschüttungsgebot ausgeht. Die Verfolgung diesbezüglicher Interessen durch einen Gesellschafter ist vom Gesetz nicht verpönt (vgl 6 Ob 169/16w).

15.7. Die Behauptung, die Klägerin habe ein Interesse daran, den Werterhalt der Beklagten zu verhindern, findet in den Feststellungen der Vorinstanzen keine Deckung. Dies erschiene in Anbetracht des Umstands, dass die Klägerin selbst einen Anteil von 32 % an der Beklagten hält, auch nicht nachvollziehbar. Das Verhältnis von Investitionen und Gewinn-

ausschüttungen ist ein Spannungsfeld, das bei jeder Gesellschaft besteht und keinen spezifischen Interessenkonflikt gerade bei der Klägerin begründet.

15.8. Sofern die beklagte Partei behauptet, die Beschlussfassung über einen Investitionsplan schreibe Investitionen im vorgesehenen Umfang fest, wodurch ein Schutz des S.-Konzerns dahin eintrete, dass die beklagte Partei keine *höheren* Investitionen als im Investitionsplan vorgesehen vornehmen dürfe, was einen Vorteil iSd § 39 Abs 4 GmbHG darstelle, übersieht diese Argumentation, dass die klagende Partei gerade *gegen* den betreffenden Beschluss gestimmt hat.

16. Keine teilweise Beschlussfeststellung bzw Nichtigerklärung

16.1. Im vorliegenden Fall sind das Budget und der Investitionsplan untrennbar miteinander verbunden. Eine isolierte Beschlussfassung über das Budget ohne den Investitionsplan war nicht möglich. Anders als in dem der E 6 Ob 213/16s zugrunde liegenden Sachverhalt, der die Beschlussfassung über eine Sonderprüfung sowie die Tragung deren Kosten betraf, liegt im vorliegenden Fall ein einheitlicher Beschluss und nicht eine Abstimmung über zwei voneinander unabhängige Themen vor.

16.2. Die teilweise Nichtigerklärung eines Gesellschafterbeschlusses ist nicht möglich, wenn durch die Zusammenfassung mehrerer Beschlussgegenstände in einem einheitlichen Abstimmungsvorgang erkennbar ist, dass der Beschluss eine rechtliche und/oder wirtschaftliche Einheit bilden soll (6 Ob 104/17p). Dies gilt in gleicher Weise für die teilweise Annahme bzw Ablehnung eines Beschlusses. Im vorliegenden Fall konnte wegen des untrennbaren Sachzusammenhangs zwischen Investitionsplan und Budget der zugrunde liegende Antrag nur zur Gänze angenommen oder abgelehnt werden. Dies wird noch durch die Formulierung im gegenständlichen Beschlussantrag, der eine Beschlussfassung über das Budget inklusive Investitionsplan vorsah, unterstrichen.

17. Ergebnis und Kostenentscheidung

17.1. Zusammenfassend erweisen sich die Entscheidungen der Vorinstanzen daher im Ergebnis als frei von Rechtsirrtum, sodass den unbegründeten Revisionen ein Erfolg zu versagen war.

17.2. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41 und 50 ZPO. Mangels gesetzlicher Grundlage für eine Kostenersatzverpflichtung auch der Nebenintervenientin war lediglich die beklagte Partei zum Kostenersatz zu verhalten.

Anmerkung:

1. Die Entscheidung des OGH ist in vielerlei Hinsicht für die Praxis von Bedeutung und schafft Klarheit in wesentlichen Themen streitiger Generalversammlungen. Neben kartellrechtlichen Fragen (siehe hierzu folgende Glossen zur hier diskutierten Entscheidung: *Walch*, NZ 2020, 71; *Frank*, ecolex 2020, 220) hat der 6. Senat des OGH zu einigen bisher (teilweise) nicht eindeutig geklärten Fragestellungen eindeutige Aussagen getroffen. Im Folgenden sollen die aus gesellschaftsrechtlicher Sicht wesentlichen Punkte herausgestrichen werden:

2. Im Rahmen seiner Entscheidung hat der OGH seine Rspr zum Vorsitzenden einer GV (siehe etwa OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v [iZm der Wahl des Vorsitzenden]; 20.3.2013, 6 Ob 23/13w [iZm der Beschlussfeststellung]; 29.8.2019, 6 Ob 149/19h [iZm der Neutralität]) erweitert und vor allem prozess- und gesellschaftsrechtliche, in der Praxis durchaus immer wieder diskutierte Fragen beantwortet: Eine GV muss grundsätzlich keinen Vorsitzenden haben. Vielmehr steht es – so es keine besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag gibt – den anwesenden Gesellschaftern frei, einen Vorsitzenden für die GV idR mit einfacher Mehrheit (OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v) zu wählen. Dem Vorsitzenden obliegt die Beschlussfeststellung. Kommt er dieser Aufgabe indes nicht nach, hat dies weitreichende Konsequenzen. Mangels Beschlussfeststellung durch den Vorsitzenden fehlt es auch an einer durch die Beschussfeststellung entstandenen (zumindest temporären) Verbindlichkeit des Beschlusses (vgl dazu OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w). Es läge in diesem Fall an den Gesellschaftern, selbst hinsichtlich des Beschlussergebnisses Klarheit zu schaffen (vgl etwa OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w), was im Rahmen einer streitigen GV durchaus schwierig, wenn nicht aufgrund verhärteter Fronten unmöglich ist. Freilich ist der Beschluss je nach materieller Rechtslage entweder zustande gekommen oder abgelehnt. Die fehlende Beschlussfeststellung hat hierauf keine Auswirkungen (vgl OGH 21.3.2019, 6 Ob 183/18g).

3. Vor diesem Hintergrund ist, wie der 6. Senat ausführt, konsequenterweise die Beschlussanfechtungsklage nicht das adäquate Rechtmittel (OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w), sondern Rechtssicherheit ist über eine Feststellungsklage zu erreichen. Anders als bei der Beschussanfechtungsklage fehlt bei der Feststellungsklage indes eine gesetzliche Regelung hinsichtlich einer Frist für die Ergreifung der rechtlichen Schritte. Der OGH legt nunmehr fest, dass eine analoge Anwendung der Anfechtungsfrist nach § 41 GmbHG nicht geboten ist. Dies ist insoweit konsequent, weil ein Beschluss entweder gefasst oder nicht gefasst ist. Eine zeitliche Beschränkung einer Feststellungsklage würde daher – im Gegensatz zur nicht ergriffenen Anfechtungsklage nach § 41 GmbHG – zu keiner klaren Rechtslage führen. Die Unsicherheit, welcher Beschluss gefasst wurde, wäre vielmehr prolongiert. Hinzu kommt, dass eine Feststellungstellungsklage keine rechtsgestaltende Wirkung hat.

4. Konsequent bleibt der OGH bei der Frage der Beklagtenrolle, die er in Übereinstimmung mit dem GmbH-Beschlussanfechtungsrecht der Gesellschaft – und nicht sämtlichen Gesellschaftern – zuweist (siehe dazu bereits zutreffend *Rüffler*, Beschlussmängelrecht der GmbH, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Beschlussmängel [2018] 57 [68]) und klarstellt, dass eine Entscheidung nicht nur *inter partes*, sondern analog § 42 Abs 6 GmbHG für alle Gesellschafter bindend ist. An der Zulässigkeit der Nebenintervention der anderen Gesellschafter besteht freilich kein Zweifel, sodass auch die widerstreitenden Gesellschafter in das Verfahren eingebunden werden können (§ 17 ZPO).

5. Hinsichtlich der in der Praxis oft diskutierten Stimmverbote führt der OGH seine bisherige Rspr fort (siehe zur Frage des Stimmverbots etwa OGH 21.11.2018, 6 Ob 191/18h). Der OGH traf zudem eine wesentliche Aussage iZm dem Spannungsfeld zwischen Zusammenschlusskontrolle bei Gemeinschaftsunternehmen und Kartellrecht. Auch wenn die kartellrechtlichen Regelungen bei Gemeinschaftsunternehmen anwendbar bleiben, ist in Fortführung der bisherigen Rspr klargestellt, dass die Ausübung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse durch das Mutterunternehmen keiner kartellrechtlichen Kontrolle unterliegt (siehe hierzu *Walch*, NZ 2020, 71 ff; *Frank*, ecolex 2020, 220 f).

6. Aus Sicht der Praxis des streitigen Gesellschaftsrechts schafft die Entscheidung – ungeachtet ihrer Richtigkeit und Konsequenz – eine Ambiguität, die sich zwangsläufig aus der Rechtslage ergeben muss und strategisch sowohl für eine Deeskalation als auch für eine Eskalation genutzt werden kann. Aus Sicht von Streitparteien kann eine fehlende Beschlussfeststellung von Vorteil sein. Unterbleibt eine Beschlussfeststellung durch den Vorsitzenden oder durch übereinstimmende Feststellung, ist keine der Parteien gezwungen, unverzüglich den Rechtsweg zu beschreiten (wiewohl hier freilich Schranken bestehen). Aus Sicht der inhaltlich bei der Beschlussfassung potenziell unterlegenen Partei eröffnet die Weigerung einer

gemeinsamen Feststellung eines Beschlussergebnisses damit die Möglichkeit, den Zustand der Rechtsunsicherheit zu verlängern. Gleichzeitig kann dadurch die Rollenverteilung geändert werden, denn die den Beschluss ablehnende Partei muss nicht notgedrungen die Klägerrolle einnehmen und der Zeitraum bis zur Erhebung der Feststellungsklage kann durchaus länger als bei einer Anfechtungsklage sein. Freilich wird gerade bei streitigen Situationen – schon aus Gründen des Bedürfnisses nach Klarheit oder etwa wenn einstweiliger Rechtsschutz begehrt werden soll – der Gang zu Gericht *de facto* unmittelbar zu beschreiten sein. Ein längeres Zeitfenster könnte aber für Verhandlungen genutzt werden, in denen der Gang zu Gericht als weitere Eskalationsstufe gerade vermieden werden kann.

Auch für einen Vorsitzenden einer GV, der möglicherweise von einem oder allen Gesellschaftern in Bedrängnis gebracht wird, ergibt sich der Ausweg, gerade keine Beschlussfeststellung vorzunehmen, was ebenfalls aus strategischen Gründen genutzt werden kann.

Marie-Agnes Arlt

Dr. *Marie-Agnes Arlt*, LL.M. ist Rechtsanwältin und Wirtschaftsmediatorin in Wien.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Auskunft und Bucheinsicht bei einer GesBR

§§ 838a, 1188, 1194, 1216a ff und § 1503 Abs 5 ABGB
§ 120 Abs 1 Z 2 JN
§ 118, § 155 Abs 3 und § 166 Abs 3 UGB

Das Begehren eines GesBR-Gesellschafters auf Auskunftserteilung und Bucheinsicht im Liquidationsstadium der Gesellschaft gehört auf den streitigen Rechtsweg, auch wenn die Gesellschaft vor dem 1.1.2015 gegründet worden ist.

OGH 24.10.2019, 6 Ob 162/19w (LG Feldkirch 2 R 149/19f; BG Dornbirn 18 Nc 3/19k)

Die Parteien betrieben bis zum 31.1.2018 eine GesBR mit einer Beteiligung von jeweils 50 %. Mit Ablauf des 31.1.2018 wurde die Gesellschaft wechselseitig aufgekündigt.

Der Antragsteller begehrt im außerstreitigen Verfahren, dem Antragsgegner die Gewährung von Auskunft und Bucheinsicht sowie Zugang zu Honorarnoten, Rechnungen und sonstigen Belegen, insb hinsichtlich einzelner Buchhaltungskonten 2017, hinsichtlich der Geschäftstätigkeit betreffend einzeln angeführter Mandatsfälle sowie der Gewährung von Bucheinsicht und Auskunft samt Zugang zur Belege- und Rechnungssammlung einschließlich Bankkontenbelegen zu einer bestimmten Tabelle für Eingänge ab 1.2.2018 aufzutragen.

Der Antragsgegner wandte die Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs ein.

- Das Erstgericht wies den Antrag wegen Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs zurück.
- Der OGH gab dem Revisionsrekurs des Antragstellers nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht angeführten Grund zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

1.1. Mit 1.1.2015 trat das GesbR-Reformgesetz (GesbR-RG), BGBl I 2014/83, in Kraft. Nach den Übergangsbestimmungen des § 1503 Abs 5 ABGB sind auf Sachverhalte, die sich vor diesem Zeitpunkt ereignet haben, die bis dahin geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. §§ 1182 bis 1196, §§ 1203 bis 1205, §§ 1208 bis 1211, § 1213 und § 1214 Abs 1 idF des GesbR-RG gelten ab 1.7.2016 für GesBRs, die vor dem 1.1.2015 gebildet wurden, wenn bis zum Ablauf des 30.6.2016 keiner der Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern erklärt, die Anwendung des zuvor geltenden Rechts beibehalten zu wollen. Ab 1.1.2022 gelten diese Bestimmungen idF des GesbR-RG jedenfalls auch für Gesellschaften, die vor dem 1.1.2015 gebildet wurden. Im Ergebnis kann damit jeder Gesellschafter durch einseitige Erklärung („*Opt-out*“) ein Hinausschieben des Inkrafttretens bestimmter Regelungen über das Innenrecht bis zum 1.1.2022 erreichen (vgl *R. Fritz/Potyka*, RdW 2015, 71). Nicht vom „*Opt-out*“ erfasst sind hingegen die Regelungen der §§ 1215 ff ABGB über den Übergang des Gesellschaftsvermögens und die Liquidation (vgl auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht[2], Rz 2/63). Bei der Liquidation hat dies den Hintergrund, dass es zu dieser im alten Recht kaum gesetzliche Regelungen gab; insofern wurde nicht altes Recht von neuem verdrängt, sondern ein bisheriges Regelungsdefizit beseitigt (*R. Fritz/Potyka*, RdW 2015, 73 f).

1.2. IdS sprach der Senat in der E 6 Ob 127/17w aus, dass die Liquidationsbestimmungen des GesbR-RG in Form der §§ 1216a bis 1216e ABGB mit Inkrafttreten dieses Gesetzes sofort und damit auch auf vor dem 1.1.2015 gegründete GesBRs anzuwenden sind; ein Widerspruch zur neuen Rechtslage erfasst die Liquidationsbestimmungen nicht, weil diese in § 1503 Abs 5 Z 2 und 3 ABGB nicht angeführt sind. Die im vorliegenden Fall erfolgte Aufkündigung der Gesellschaft bedeutet daher, dass die GesBR weiterhin existiert, sich aber im Liquidationsstadium befindet (vgl *Artmann* in *Klang*, ABGB[3], § 1216a Rz 1).

2.1. Bei der Beurteilung, ob eine Rechtssache im streitigen oder im außerstreitigen Verfahren zu erledigen ist, ist nicht auf die Bezeichnung durch die Parteien, sondern ausschließlich auf den Inhalt des Begehrens und das Vorbringen der Partei abzustellen (§ 40a JN). Maßgebend für die Bestimmung der Art des Rechtswegs sind also der Wortlaut des Begehrens und die zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen der das Verfahren einleitenden Partei (9 Ob 81/16a, Pkt 2. mwN). Da der Antragsteller hier ein „*Opt-out*“ iSd § 1503 Abs 5 Z 2 ABGB behauptet, ist für die Frage des streitigen oder außerstreitigen Rechtswegs somit vom alten Recht auszugehen, wobei aber hinsichtlich der Bestimmungen über die Liquidation kein „*Opt-out*“ möglich ist.

2.2. Grundsätzlich gehören alle in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden Sachen auf den Prozessweg, sofern ein Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes bestimmt (RIS-Justiz RS0012214). Rechtssachen, die nicht ausdrücklich oder doch wenigstens unzweifelhaft schlüssig ins Außerstreitverfahren verwiesen sind, gehören auf den streitigen Rechtsweg (RIS-Justiz RS0012214 [T5]). Die erforderliche Abgrenzung wird durch den inneren Zusammenhang des jeweils geltend gemachten Anspruchs mit einer entweder in die streitige oder in die außerstreitige Gerichtsbarkeit verwiesenen Materie bestimmt (RIS-Justiz RS0012214 [T6]). IdS ist das außerstreitige Verfahren ungeachtet des ausschließlichen Verweisungsanspruchs des § 1 Abs 2 AußStrG auch ohne gesetzliche Anordnung jedenfalls dann anzuwenden, wenn sich dies aus der Natur des Anspruchs und der durch seine Geltendmachung hergestellten Rechtsbeziehungen zwischen dem Antragsteller und dem Gericht ergibt (RIS-Justiz RS0005781).

Linde
Zeitschriften

Linde

Auch online verfügbar:
lindedigital.at

Jetzt 20 % sparen!

GesRZ-Jahresabo 2020
(49. Jahrgang, Heft 1–6)

€ 172,–*
statt € 215,–*

Jetzt Jahresabo 2020 bestellen und 20 % sparen!

Bestellformular
Ja, ich bestelle

GesRZ-Jahresabo 2020
(49. Jahrgang 2020, Heft 1-6)

EUR 172,–
statt EUR 215,–

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

○ Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abbestelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU 14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen: lindeverlag.at office@lindeverlag.at 01 24 630 01 24 630-23