

Universitätsbibliothek Salzburg
FB-RW
Eingel 12. März 2014
Beilagen 2/1524

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Eckdaten zum Start als Steuerberater- und
Wirtschaftsprüfer-Berufsanwärter
Betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen
Bindungswirkung bei Streitverkündung und Beitritt
- Judikatur** Höchstgerichtliche Entscheidungen
aus den zentralen Prüfungsfächern
- Musterfall** Strafrecht, Unternehmensrecht,
Europarecht und Bürgerliches Recht

Redaktionsleitung
Alexander Reidinger

Redaktion
Ulrike Frauenberger-Pfeiler
Thomas Klicka
Roman Alexander Rauter
Gert-Peter Reissner
Hannes Schütz
Eva Schulev-Steindl

Korrespondenten
Christoph Grabenwarter
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Willibald Posch
Alexander Schopper

2013/2014

03
MANZ 

→ Editorial	129
<i>Von Ulrike Frauenberger-Pfeiler</i>	

Recht allgemein

→ must know	132
Eckdaten zum Start als Steuerberater- und Wirtschaftsprüfer-Berufsanwärter	
<i>Von Carina Urban</i>	

Strafrecht

→ Judikatur	135
Missbrauch der Amtsgewalt und Bestechlichkeit stehen im Verhältnis echter Konkurrenz	
<i>Von Stefan G. Huber</i>	

→ Musterfall	143
Modulprüfung aus Straf- und Strafprozessrecht	
<i>Prüfer: Helmut Fuchs; gelöst von Sophie Goliash (Strafrecht) und Martin Stricker (Strafprozessrecht)</i>	

Öffentliches Recht

→ Judikatur	150
Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz	
<i>Von Agnes Balthasar</i>	

Arbeits- und Sozialrecht

→ must know	154
Betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen	
<i>Von Michael Haider</i>	

Unternehmensrecht

→ Musterfall	159
Klausur aus Unternehmensrecht	
<i>Prüfer: Wolfgang Schuhmacher und Gerwin Haybäck; gelöst von Jan-Günther Glanzer</i>	

Von Wolfgang Schuhmacher und Gerwin Haybäck

 Meine Notizen:

Klausur aus Unternehmensrecht¹⁾

Salzburg, 27. 11. 2013

Schwerpunkte:

Allgemeines Unternehmensrecht; Firmenfortführung und Firmenrechtsgrundsätze; Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der KG; Publizitätswirkung des Firmenbuches; Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers; Abstimmungsvarianten bei der GmbH; aggressive Geschäftspraktiken bei Telefonanbietern

SACHVERHALT

Fall 1

Thomas Leitner führt sein Unternehmen als „Thomas Leitner Sportartikel e. U.“ Er veräußert sein Unternehmen an eine GmbH. Diese möchte das erworbene Unternehmen mit der ursprünglichen Firma selbständig weiterführen.

Der Geschäftsführer der GmbH wendet sich an Sie mit der Frage, ob eine Fortführung der Firma zulässig ist.

Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn der Einzelunternehmer Müller, welcher PR-Dienstleistungen anbietet, zusätzlich die Firma des Thomas Leitner übernimmt?

Fall 2

Die R&S KG besteht aus zwei Komplementären R und S sowie einem Kommanditisten (K). Für die Vertretung der KG wurde dem Prokuristen P die Einzelprokurabefugnis eingeräumt. Als P eine Aufgabe nicht zur Zufriedenheit des R erledigt, erklärt dieser gegenüber P den Widerruf der Prokura mit sofortiger Wirkung. Da sich S gerade im Ausland befindet, beschließt R, den Widerruf der Prokura erst nach Rückkehr des S sofort im Firmenbuch eintragen zu lassen. P kümmert sich nicht um den Widerruf der Prokura (weil er davon ausgeht, dass der Widerruf ohne Zustimmung des S keine Gültigkeit hat) und schließt bis zur Rückkehr des S weiterhin Geschäfte im Namen der R&S KG ab.

Ist der Widerruf der Prokura durch R wirksam?

Ist für die Eintragung des Widerrufs der Prokura im Firmenbuch die Mitwirkung des S erforderlich?

Kommen die weiteren Geschäfte, die P bis zur Rückkehr des S abschließt, gültig zustande?

Fall 3

Eine GmbH besteht aus den Gesellschaftern A und B (je 30%) sowie C und D (je 20%). Die Stimmgewichtung entspricht der jeweiligen Beteiligung an der GmbH. Geschäftsführer der GmbH ist D. A möchte D als Geschäftsführer abberufen, da er mit seinen Geschäftshandlungen nicht einverstanden ist. A entschließt sich, die Beschlussfassung zur Abberufung des D auf schriftlichem Wege durchzuführen, womit D jedoch ausdrücklich nicht einverstanden ist. Da A davon ausgeht, dass D sowieso in eigener Sache nicht stimmberechtigt ist, ignoriert er dessen Äußerung. Bei der durchgeführten Beschlussfassung auf schriftlichem Weg stimmen A und B für die Abberufung, C enthält sich der Stimme und D stimmt dagegen. →

Dr. Wolfgang Schuhmacher ist o. Univ.-Prof. und DDr. Gerwin Haybäck ist ao. Univ.-Prof. am Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Salzburg.

1) Recht und Wirtschaft – Bakkalaureatsstudium.

Meine Notizen:

- Welche Mehrheit ist für die Abberufung des D erforderlich?
 Ist D bei dieser Beschlussfassung vom Stimmrecht ausgeschlossen?
 Wirkt sich die Wahl der Art der Beschlussfassung auf das Beschlussergebnis aus und wie lautet das Abstimmungsergebnis im vorliegenden Fall?
 Ist der Beschluss für die Abberufung des D wirksam zustande gekommen?

Fall 4

Eine Anbieterin von Telefondienstleistungen versendet an ihre Kunden eine Kurznachricht (SMS) mit folgendem Inhalt:

„Lieber T-Kunde! Ab 15. 5. telefonieren Sie mit der Option Sonderrufnummern um nur € 2,-/Monat (ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie die Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14. 5. Ihr T-Team.“

Ist die Zusendung dieser Kurznachricht (SMS) an die Kunden zulässig?

MUSTERLÖSUNG

Von Jan-Günther Glanzer

Fall 1

A. Ist eine Fortführung der Firma zulässig?

Die Fortführung der Firma „Thomas Leitner Sportartikel e. U.“ könnte sowohl gegen den Grundsatz der **Firmenwahrheit (a)** als auch gegen den Grundsatz der **Firmeneinheit (b)** verstoßen.

ad a: Zuerst ist auf den Grundsatz der **Firmenwahrheit** (§ 18 Abs 2 UGB) einzugehen.²⁾ Danach darf eine Firma die Öffentlichkeit nicht irreführen. In Bezug auf die Verwendung fremder Namen sieht § 20 UGB vor, dass in die Firma eines Einzelunternehmers (...) der Name einer anderen Person als des Einzelunternehmers (...) nicht aufgenommen werden darf.

Der Grundsatz der Firmenwahrheit gilt allerdings nur für die **Neubildung** der Firma **uneingeschränkt**. In bestimmten Fällen sieht das Gesetz eine **Durchbrechung** des Grundsatzes der Firmenwahrheit zugunsten des Grundsatzes der **Firmenkontinuität** vor, um den in der ursprünglichen Firma (meistens) enthaltenen wirtschaftlichen Wert zu erhalten.³⁾ So darf nach § 22 UGB bei **Erwerb** eines Unternehmens unter Lebenden oder von Todes wegen die bisherige Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortgeführt werden, wenn der **bisherige Inhaber** oder dessen Erben in die **Fortführung** der Firma ausdrücklich **einwilligen**.

Die im Gesetz geregelten **Ausnahmen** vom Grundsatz der Firmenwahrheit gelten ferner **nur** hinsichtlich des **Firmenkerns**. Hingegen dürfen **Rechtsformzusätze** das Publikum unter keinen Umständen täuschen, weshalb hier **keine** Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit stattfindet.⁴⁾ Nach § 19 Abs 1 UGB muss der Rechtsformzusatz auch bei einer Fortführung gem § 22 UGB der Realität entsprechen. Der Zusatz „e. U.“ hat daher zu entfallen.

ad b: Nach dem (im UGB nicht normierten) Grundsatz der Firmeneinheit kann ein Unternehmer für ein und dasselbe Unternehmen nur eine Firma führen. Im Fall der Vereinigung des erworbenen mit dem erwerbenden Unternehmen müsste sich der erwerbende Unternehmer daher für eine gemeinsame Firma entscheiden. Laut Sachverhalt soll das erworbene Unternehmen aber **nicht** (arg: „selbständig“) mit dem Unternehmen der GmbH **vereinigt** werden, weshalb **mehrere organisatorisch getrennte Unternehmen** vorliegen. Nach hL⁵⁾ kann ein Einzelunternehmer für mehrere organisatorisch getrennte Unternehmen eine eigene Firma führen.

Mag. Jan-Günther Glanzer ist Univ.-Ass. am Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Salzburg.

2) Ratka/Schenk in Straube, UGB I⁴ § 12 Rz 57; Schuhmacher/Fuchs in Straube, WK UGB I⁴ Vor § 17 Rz 25 und § 18 Rz 34; Herda in Jabornegg/Artmann, UGB² § 17 Rz 53.

3) Schuhmacher/Fuchs in Straube, WK UGB I⁴ Vor § 17 Rz 34 und § 22 Rz 3; Herda in Jabornegg/Artmann, UGB² § 17 Rz 54; Krejci, Unternehmensrecht⁵ 137 f.

4) Schuhmacher/Fuchs in Straube, WK UGB I⁴ Vor § 17 Rz 26 und § 22 Rz 5; Herda in Jabornegg/Artmann, UGB² § 17 Rz 54.

5) Krejci, Unternehmensrecht⁵ 130; weitergehend Schuhmacher/Fuchs in Straube, WK UGB I⁴ Vor § 17 Rz 34 und 35, die von einem Paradigmenwechsel infolge Liberalisierung des Firmenrechts ausgehen und wonach

 Meine Notizen:

Strittig ist allerdings, ob dies auch bei **Gesellschaften** möglich ist.⁶⁾ Bei Personengesellschaften sprach sich die Judikatur für eine mehrfache Firmenführung aus.⁷⁾ Hingegen wurde eine mehrfache Firmenführung bei sonstigen Handelsgesellschaften bisher überwiegend abgelehnt.⁸⁾ Auch die Neuregelungen des Firmenrechts im UGB haben zu keiner eindeutigen Klärung dieser Frage geführt, sodass diese nach wie vor strittig ist. Ein Teil der Lehre geht infolge der Firmenrechtsliberalisierung davon aus, dass auch „Gesellschaften“ die Firma eines erworbenen Unternehmens (sogar bei fehlender organisatorischer Trennung) weiterführen dürfen.⁹⁾

Ergebnis: Da es sich bei der GmbH um eine Kapitalgesellschaft handelt, ist, wenn man der Judikatur und den bisher überwiegenden Stimmen der Lehre zustimmt, davon auszugehen, dass diese nur eine Firma verwenden darf. In diesem Fall scheidet daher die Fortführung einer eigenen Firma neben der Firma der GmbH von vornherein aus (Variante 1). Geht man hingegen davon aus, dass auch eine GmbH mehrere organisatorisch selbständige Unternehmen unter jeweils eigener Firma betreiben kann, so kann die GmbH bei **Vorliegen** einer **Einwilligung** durch Thomas Leitner zunächst **nur** den **Firmenkern** „Thomas Leitner Sportartikel“ fortführen. Eine Fortführung des Rechtsformzusatzes e. U. ist hingegen durch § 19 UGB ausgeschlossen (Variante 2), er ist vielmehr gem § 5 Abs 1 GmbHG durch den Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder in abgekürzter Form, zB „GmbH“, zu ersetzen. Die Fortführung der **gesamten** ursprünglichen Firma ist daher **nach beiden Varianten unzulässig**.

B. Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn der Einzelunternehmer Müller, welcher PR-Dienstleistungen anbietet, zusätzlich die Firma des Thomas Leitner übernimmt?

Auch in diesem Fall sind die gemachten Ausführungen zu den Grundsätzen der Firmenwahrheit und der Firmeneinheit anwendbar. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der **Firmenwahrheit** zugunsten des Grundsatzes der **Firmenkontinuität** kommt gem § 22 UGB nur hinsichtlich des **Firmenkerns** in Betracht, sofern der bisherige Inhaber seine **Einwilligung** dazu gegeben hat. Da bei dieser Variante der Einzelunternehmer Müller die Firma des Thomas Leitner übernehmen möchte, liegt hinsichtlich des **Rechtsformzusatzes** „e. U.“ **keine Täuschung** vor, weshalb in diesem Fall auch die Fortführung des Rechtsformzusatzes zulässig (gleichzeitig auch erforderlich) ist (§ 19 Abs 1 UGB).

Laut Sachverhalt möchte der Einzelunternehmer Müller die Firma des Thomas Leitner **zusätzlich**, also neben seiner eigenen Firma, führen. Dies ist unter der ebenfalls bereits ausgeführten Voraussetzung möglich, dass das erworbene Unternehmen des Thomas Leitner (Sportartikel) **nicht** mit dem Unternehmen des Müller (PR-Dienstleistungen) **vereinigt** wird, sodass **mehrere organisatorisch getrennte Unternehmen** vorliegen.

Ergebnis: Unter den Voraussetzungen, dass Müller (1) das erworbene Unternehmen organisatorisch getrennt von seinem bisherigen Unternehmen weiterführt und (2) eine Einwilligung durch Thomas Leitner zur Weiterführung seiner Firma vorliegt, ist eine Fortführung der ursprünglichen Firma „Thomas Leitner Sportartikel e. U.“ durch den Einzelunternehmer Müller zulässig.

Fall 2

A. Ist der Widerruf der Prokura durch R wirksam?

Die Prokura ist eine durch Rechtsgeschäft eingeräumte Vertretungsmacht. Gem § 52 Abs 1 UGB kann die Prokura jederzeit widerrufen werden. Die Zuständigkeit für den

gewichtige Argumente dafür sprechen, die Firma des erworbenen Unternehmens auch bei fehlender organisatorischer Trennung weiterführen zu dürfen.

- 6) *Schuhmacher/Fuchs* in *Straube*, WK UGB I⁶ Vor § 17 Rz 31 mwN; *Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 17 Rz 44 ff; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 130; vgl auch *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht⁷ 42.
- 7) Vgl *Schuhmacher/Fuchs* in *Straube*, WK UGB I⁶ Vor § 17 Rz 31; *Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 17 Rz 47; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 130; SZ 47/90 = JBI 1975, 547 = EvBI 1975/48; OLG Graz EvBI 1962/165 = NJW 1962, 208 mit Anm v Nies.
- 8) OLG Wien NZ 1960, 107; NZ 1969, 26, 125; NZ 1971, 110; NZ 1972, 13; OGH NZ 1952, 64; *Demelius*, JBI 1965, 490 ff; *John* in FS Duden 185 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*⁸ 89; *Avancini*, GesRZ 1982, 81 ff; *Reich-Rohrwig* I/2, 39; *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 4 Rz 14; *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ Vor § 17 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar⁹ § 5 Rz 18; **aA** *Wünsch*, JBI 1963, 237 ff; *Hämmerle/Wünsch* I⁶ 255; *Wahle*, ÖJZ 1961, 111.
- 9) *Schuhmacher/Fuchs* in *Straube*, WK UGB I⁶ Vor § 17 Rz 34; **aA** *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 130; diesem *zst Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 17 Rz 47 – 48.

✎ Meine Notizen:

Widerruf ergibt sich in diesem Fall aus den gesetzlichen Bestimmungen über die KG. Hierzu bestimmt der **Verweis** in § 161 Abs 2 UGB, dass für die Kommanditgesellschaft die **Bestimmungen über die Offene Gesellschaft** heranzuziehen sind, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Da die Bestimmungen über die KG für diese Frage keine eigene Regelung enthalten, kommt § 116 Abs 3 UGB zur Anwendung, wonach für die Bestellung eines Prokuristen die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter (bei der KG sämtliche Komplementäre) erforderlich ist, soweit diese nicht durch Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (oder Gefahr in Verzug vorliegt). Hingegen kann **jeder** zur Mitwirkung bei der Bestellung von Prokuristen befugte Gesellschafter **alleine** über den **Widerruf** der Prokura entscheiden.¹⁰⁾

Der Sachverhalt enthält keine Hinweise, dass R von der Geschäftsführung ausgeschlossen wäre. Als Komplementär der KG kann er daher auch alleine über den Widerruf der Prokura entscheiden.¹¹⁾ Gem § 115 Abs 1 iVm § 161 Abs 2 UGB sind die Komplementäre einer KG **einzelgeschäftsführungsbefugt**, weshalb R diese Entscheidung alleine treffen kann.

Für die Wirksamkeit des Widerrufs der Prokura gegenüber P ist die Mitteilung des Widerrufs (empfangsbedürftige Willenserklärung) an P erforderlich. Die **Erklärung** des Widerrufs der Prokura ist ein **Vertretungsakt**. Soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, sind die persönlich haftenden Gesellschafter einer KG **einzelvertretungsbefugt** (§ 125 Abs 1 iVm § 161 Abs 2 UGB). Gem § 126 Abs 1 UGB gilt die Einzelvertretung auch für den Widerruf der Prokura. Daher kann R als organschaftlicher Vertreter der R&S KG alleine gegenüber P den Widerruf der Prokura erklären.

Ergebnis: Der Widerruf der Prokura durch R ist wirksam.

B. Ist für die Eintragung des Widerrufs der Prokura im Firmenbuch die Mitwirkung des S erforderlich?

Gem § 53 Abs 3 UGB ist der Widerruf der Prokura ins Firmenbuch einzutragen. Die Einreichung eines entsprechenden Antrags beim zuständigen Firmenbuchgericht ist wiederum ein Vertretungsakt. Die **alleinige Vertretungsmacht** des Komplementärs **umfasst** alle gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen (§ 126 Abs 1 UGB), grundsätzlich daher auch das Recht, **um Eintragungen** im Firmenbuch **anzusuchen**. In Fällen von besonderer Bedeutung ordnet jedoch das Gesetz an, dass die Firmeneintragungen von allen Gesellschaftern gemeinsam beantragt werden müssen.¹²⁾ So regelt etwa § 125 Abs 4 UGB das Erfordernis der gemeinsamen Anmeldung im Firmenbuch für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesamtvertretung oder einer gemischten Gesamtvertretung sowie jede Änderung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters. Die **Änderung der Vertretungsmacht** eines **Prokuristen** ist von dieser Bestimmung jedoch **nicht erfasst**,¹³⁾ sodass eine Mitwirkung des S für die Eintragung des Widerrufs der Prokura des P im Firmenbuch nicht erforderlich ist.

Ergebnis: Eine Mitwirkung des S für die Eintragung des Widerrufs der Prokura im Firmenbuch ist nicht erforderlich.

C. Kommen die weiteren Geschäfte, die P bis zur Rückkehr des S abschließt, gültig zustande?

In der Zeit, in der P die „weiteren Geschäfte“ tätigt, war die Prokura bereits rechtswirksam widerrufen. Das Fehlen der Firmeneintragung steht der **Gültigkeit** des Widerrufs **nicht entgegen**, da es sich bei der Eintragung des Widerrufs einer Prokura bloß um eine Eintragung mit deklarativer Wirkung handelt. Daher handelte P im Innenverhältnis ohne eingeräumte Vertretungsmacht, als er für die KG weitere Geschäfte tätigte.

Da jedoch der Widerruf der Prokura eine **eintragungspflichtige Tatsache** ist, sind die firmenbuchrechtlichen Publizitätswirkungen zu beachten. Gem § 15 Abs 1 UGB

10) Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht⁹ 131.

11) Harrer, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens 166.

12) Vgl § 107 Abs 1 UGB für die Anmeldung einer OG bzw KG, § 125 Abs 4 UGB für Änderungen der Vertretungsmacht, § 143 Abs 1 UGB für die Auflösung der Gesellschaft sowie § 143 Abs 2 UGB für das Ausscheiden eines Gesellschafters.

13) Koppensteiner/Auer in Straube, WK UGB I⁴ § 125 Rz 25; zust Jabornegg in Jabornegg/Artmann, UGB² § 125 Rz 51.

kann der zur Veranlassung der Eintragung Verpflichtete sich einem Dritten gegenüber nicht auf die nicht eingetragene Tatsache berufen. Anderes gilt nur, wenn dem Dritten die Tatsache bekannt war. Der Sachverhalt enthält **keine Hinweise**, dass die Geschäftspartner, mit denen P die weiteren Geschäfte abschließt, **Kenntnis** vom **Widerruf** der Prokura des P hatten. Da P nach dem Widerruf der Prokura weiterhin im Firmenbuch als Prokurist eingetragen war, kann die R&S KG daher auch nicht die fehlende Vertretungsmacht des P einwenden.

Ergebnis: Die weiteren Geschäfte, die P bis zur Rückkehr des S abschließt, kommen gültig zustande.

✍ Meine Notizen:

Fall 3

A. Welche Mehrheit ist für die Abberufung des D erforderlich?

Gem **§ 16 Abs 1** GmbHG kann die Bestellung zum Geschäftsführer unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen **jederzeit** durch **Beschluss** der Gesellschafter **widerrufen** werden. Gem **§ 39 Abs 1** GmbHG erfolgt die Beschlussfassung, soweit das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, durch **einfache Mehrheit** der abgegebenen Stimmen. Da das Gesetz und in diesem Fall auch der Gesellschaftsvertrag für die Abberufung eines Geschäftsführers kein anderes Mehrheitserfordernis vorsehen, genügt für die Abberufung des D eine einfache Mehrheit.¹⁴⁾

B. Ist D bei dieser Beschlussfassung vom Stimmrecht ausgeschlossen?

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob D, welcher Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH ist, im Rahmen einer Beschlussfassung, welche seine Abberufung als Geschäftsführer zum Gegenstand hat, sein Stimmrecht ausüben kann. **§ 39 Abs 4 und 5** GmbHG enthalten Bestimmungen, in denen ein Gesellschafter von seinem Stimmrecht ausgeschlossen ist. Eine Auseinandersetzung mit Abs 4, der Fälle der Interessenkollision zwischen Gesellschaft und Gesellschafter neutralisieren möchte, ist in diesem Fall jedoch nicht erforderlich, da direkt **Abs 5** einschlägig ist. Danach ist ein Gesellschafter bei der Beschlussfassung in der **Ausübung** seines **Stimmrechts** ua auch dann **nicht beschränkt**, wenn er selbst als Geschäftsführer abberufen werden soll.¹⁵⁾

Ergebnis: D ist bei dieser Beschlussfassung nicht von seinem Stimmrecht ausgeschlossen.

C. Wirkt sich die Wahl der Art der Beschlussfassung auf das Beschlussergebnis aus und wie lautet das Abstimmungsergebnis im vorliegenden Fall?

Die Generalversammlung einer GmbH bringt ihren Willen grundsätzlich durch Beschluss zum Ausdruck. Die Beschlussfassung erfolgt dabei grundsätzlich in der **Generalversammlung** selbst. Daneben kann die Beschlussfassung gem **§ 34 Abs 1** GmbHG aber auch auf schriftlichem Wege (**Umlaufbeschluss**) erfolgen.

Erfolgt eine Beschlussfassung im Rahmen der **Generalversammlung**, so ist die Mehrheit der **abgegebenen** Stimmen **ausschlaggebend**. Passives Verhalten einzelner Gesellschafter oder auch ausdrückliche Stimmenthaltung haben **außer Betracht** zu bleiben.¹⁶⁾

Erfolgt hingegen eine Beschlussfassung im Wege eines **Umlaufbeschlusses**, so wird die Mehrheit nicht nach Zahl der abgegebenen Stimmen, sondern gem **§ 34 Abs 2** GmbHG nach der **Gesamtzahl** der allen Gesellschaftern zustehenden Stimmen berechnet. Daher wirken sich in diesem Fall **Stimmenthaltungen** **is** einer **Gegenstimme** bzw als Ablehnung des Antrages aus.¹⁷⁾

Daher wirkt sich in diesem Fall die Stimmenthaltung des C wie eine Gegenstimme aus, sodass im Ergebnis A und B (mit je 30%) für und C und D (mit je 20%) gegen den Antrag auf Abberufung des D stimmen.

Ergebnis: Die gewählte Art der Beschlussfassung kann für das Beschlussergebnis entscheidend sein, da sich bei einem Umlaufbeschluss die Mehrheit nach der Gesamt-

14) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 16 Rz 3.

15) Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 39 Rz 44.

16) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 39 Rz 3 und 6 mwH.

17) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 34 Rz 1 und 24.

☞ Meine Notizen:

zahl der allen Gesellschaftern zustehenden Stimmen berechnet, wohingegen bei einer Beschlussfassung in der Generalversammlung nur die abgegebenen Stimmen entscheidend sind. Im vorliegenden Fall lautet das Abstimmungsergebnis, dass der Antrag mit 60% eine einfache Mehrheit hat.

D. Ist der Beschluss für die Abberufung des D gültig zustande gekommen?

Da mit einer Abstimmung im Wege eines Umlaufbeschlusses nicht nur eine Auswirkung auf das Beschlussergebnis verbunden sein kann, sondern auch das Fehlen eines Gedankenaustausches (vor der Abstimmung) damit einhergeht, sind im Gesetz **bestimmte Voraussetzungen** für eine derartige Abstimmung vorgesehen.

Voraussetzung¹⁸⁾ für einen Umlaufbeschluss ist daher, dass

- sich **sämtliche Gesellschafter** (auch **nicht** stimmberechtigte) zumindest damit **einverstanden** erklären, dass diese Art der Abstimmung erfolgt (die inhaltliche Zustimmung zum Beschluss ist davon zu trennen),
- das Gesetz nicht **ausdrücklich eine Versammlung** vorsieht (zB bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals, wenngleich die sodann getroffenen Verbesserungsmaßnahmen auch schriftlich gefasst werden können),
- der **Gesellschaftsvertrag** nicht den konkreten Beschlussgegenstand dem Umlaufbeschluss entzogen hat und
- der Beschlussinhalt nicht in **beglaubigter Form** zum Firmenbuch anzumelden ist.¹⁹⁾

Laut Sachverhalt ist D ausdrücklich nicht mit einer Beschlussfassung im Wege eines Umlaufbeschlusses einverstanden. Selbst wenn D im konkreten Fall nicht stimmberechtigt wäre – was nicht der Fall ist – dürfte der Beschluss dennoch nicht im Wege eines Umlaufbeschlusses gefasst werden, da für diese Art der Beschlussfassung **sämtliche Gesellschafter** – auch jene, die bei der inhaltlichen Abstimmung für einen derartigen Beschluss nicht stimmberechtigt sind²⁰⁾ – zustimmen müssen. Aufgrund des Widerspruchs von D ist daher eine Abstimmung im Wege eines Umlaufbeschlusses **unzulässig** und der gefasste Beschluss **anfechtbar**.²¹⁾

Ergebnis: Der gefasste Beschluss ist aufgrund fehlender Zustimmung aller Gesellschafter ungültig zustande gekommen und anfechtbar.

Fall 4

A. Ist die Zusendung dieser Kurznachricht (SMS) an die Kunden zulässig?

Im vorliegenden Fall ist zunächst zu klären, ob die Versendung der Kurznachricht (SMS) mit ihrem Inhalt gegen ein Per-se Verbot des **Anhangs** zum UWG verstoßen könnte. Die in Z 24–31 im Anhang des UWG genannten Geschäftspraktiken gelten gem **§ 1 a Abs 3 UWG** **jedenfalls als aggressiv** und sind daher stets unzulässig. In Betracht könnte hier der Tatbestand der **Z 29** kommen, wonach die Aufforderung des Verbrauchers zur sofortigen oder späteren Zahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten, die der Gewerbetreibende ohne Veranlassung des Verbrauchers geliefert hat (unbestellte Waren und Dienstleistungen), eine aggressive Geschäftspraktik darstellt.

Diese Bestimmung setzt voraus, dass eine nicht bestellte Ware geliefert oder eine nicht bestellte Dienstleistung erbracht wurde.²²⁾ Im gegenständlichen Fall diente die Mitteilung der Telefondienstleistungsanbieterin einer **Änderung der Konditionen** für Telefonie zu Sonderrufnummern bei **bereits bestehender** vertraglicher Beziehung. Die Kunden bezogen bereits vor der Übermittlung der Ankündigung die entsprechenden Leistungen; geändert wurde nur die Art der Verrechnung mit einem Fixpreis pro Monat. Es kann daher hier nicht von einer unbestellten Dienstleistung, sondern

18) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar⁹ § 34 Rz 19–22; vgl *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook Handels- und Gesellschaftsrecht⁴ 225.

19) Ob auch **notariell zu beurkundende** Beschlüsse (zB Kapitalerhöhung, Satzungsänderung) von der schriftlichen Beschlussfassung ausgenommen sind, ist strittig; vgl dazu *Rauter/Milchrahm* in *Straube*, GmbHG § 49 Rz 109 f.

20) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar⁹ § 34 Rz 19.

21) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar⁹ § 34 Rz 24.

22) Vgl *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG³¹ Anh zu § 3 III Rz 29.4; *ders*, Unbestellte Waren und Dienstleistungen – neue Normen, neue Fragen, GRUR 2012, 217, der sich gegen eine analoge Anwendung der Bestimmung auf die bloße Ankündigung der Erbringung der Leistung ausspricht.

höchstens von einer **unbestellten Vertragsänderung** gesprochen werden.²³⁾ In Anbetracht des Vorliegens der Auffangtatbestände des § 1 a UWG und der großen Generalklausel besteht keine Notwendigkeit, die Verbotstatbestände des Anhangs zum UWG extensiv auszulegen.²⁴⁾ Daher erfüllt die Zusendung der vorliegenden SMS nicht den Tatbestand der Z 29 Anh zum UWG.

✎ Meine Notizen:

Bei der Regelung der Z 29 Anh zum UWG handelt es sich um eine spezielle Bestimmung, die in ihrem Anwendungsbereich das in §§ 1, 1 a UWG statuierte generelle Verbot aggressiver Geschäftspraktiken nicht verdrängt, sondern dieses vielmehr ergänzt bzw. beispielhaft determiniert.²⁵⁾ Daher ist im **zweiten Schritt** zu prüfen, ob eine **aggressive Geschäftspraktik** iSd § 1 a Abs 1 UWG vorliegt. Danach gilt eine Geschäftspraktik als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die **Zusendung** von SMS mit der Mitteilung einer (Mehrkosten verursachenden) **Vertragsänderung**, welche nur durch rechtzeitige Absendung einer **Abbestellungsmeldung abgewendet** werden kann, stellt jedenfalls eine **Belästigung** dar. Dem Kunden wird nämlich eine Vertragsänderung **aufgedrängt**, die er sonst – bei Erhalt einer bloßen Information über die Änderungsmöglichkeit – nicht akzeptiert hätte. Der Kunde, der bei entsprechender Information keine Vertragsänderung veranlasst hätte, läuft Gefahr, die Änderung seines Vertrags allein deshalb akzeptieren zu müssen, weil er die Ablehnungsfrist versäumte oder sich den Aufwand einer fristgerechten Ablehnung ersparen wollte. Die Vorgangsweise ist auch als **unzulässige Beeinflussung** zu qualifizieren, weil die Ankündigung den Eindruck vermittelt, es handle sich jedenfalls um eine Verbilligung („... telefonieren Sie um *nur...*“). Es kommt nicht deutlich genug zum Ausdruck, dass mangels Widerspruchs **jedenfalls** eine Preiserhöhung – auch für den Fall, dass (künftig) keine Sonderrufnummern gewählt werden – Platz greift. Auch dadurch wird der Kunde veranlasst, den Widerruf zu unterlassen.²⁶⁾

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass dem Kunden eine Vertragsänderung aufgedrängt wird, die zu einem Gebührensatzschlag für eine nicht bestellte Leistung führt. Diese Belästigung bzw. unzulässige Beeinflussung ist als aggressive Geschäftspraktik nach § 1 a UWG zu qualifizieren, die auch geeignet ist, die wirtschaftliche Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers oder den Wettbewerb zwischen Unternehmen spürbar zu beeinflussen.²⁷⁾

Ergebnis: Die Zusendung der SMS ist gem § 1 a Abs 1 iVm § 1 Abs 1 und 3 UWG unzulässig.

23) OGH 23. 9. 2013, 4 Ob 27/13 v.

24) Vgl OGH 4 Ob 95/13 v mwN.

25) Vgl OGH 4 Ob 27/13 v mit Verweis auf BGH in GRUR 2012, 82 zu § 7 I 1 dUWG.

26) OGH 4 Ob 27/13 v.

27) OGH 4 Ob 27/13 v.



Schritt für Schritt zum Prüfungserfolg!

Band I: XVI, 354 Seiten. EUR 41,-

ISBN 978-3-214-11353-7

Mit Hörerschein für Studierende EUR 32,80

Band II: XVI, 494 Seiten. EUR 61,-

ISBN 978-3-214-11354-4

Mit Hörerschein für Studierende EUR 48,80

Im Paket: EUR 89,-

ISBN 978-3-214-11355-1

Mit Hörerschein für Studierende EUR 71,20

Ratka · Rauter · Völkl

Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Band I und Band II, 2. Auflage

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH

TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1014 Wien www.manz.at

MANZ

MEDIENINHABER UND HERAUSGEBER:

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH. Sitz der Gesellschaft: Kohlmarkt 16, 1014 Wien, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften. Grundlegende Richtung: Veröffentlichungen für das Studium der Rechtswissenschaften und zur Ausbildung in juristischen Berufen. **Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at). **Geschäftsleitung:** Mag. *Susanne Stein* (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. *Wolfgang Pichler* (Verlagsleitung). **Programmabereichsleitung Studium und Ausbildung:** Mag. *Christine Viski Hanka*, E-Mail: christine.viski-hanka@manz.at **Verlagsredaktion:** Mag. *Katharina Irschik*, E-Mail: katharina.irschik@manz.at

REDAKTION:

Ass.-Prof. Dr. *Ulrike Frauenberger-Pfeiler* – Wien
Univ.-Prof. Dr. *Thomas Klicka* – Münster/Wien
Dr. *Roman Alexander Rauter* – Wien
ao. Univ.-Prof. Dr. *Alexander Reidinger* – Wien (Redaktionsleitung)
Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner* – Innsbruck
ao. Univ.-Prof. Dr. *Hannes Schütz* – Wien
Univ.-Prof. Dr. *Eva Schulev-Steindl* – Wien

KORRESPONDENTEN:

Univ.-Prof. DDr. *Christoph Grabenwarter* – Wien
o. Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Harrer* – Salzburg
Univ.-Prof. Dr. *Ferdinand Kerschner* – Linz
o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. *Willibald Posch* – Graz
Univ.-Prof. Dr. *Alexander Schopper* – Innsbruck

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT:

Univ.-Prof. i. R. Dr. *Heinz Barta* – Innsbruck
em. o. Univ.-Prof. DDr. *Christian Brünner* – Graz
Univ.-Prof. Dr. *Constanze Fischer-Czernak* – Wien
o. Univ.-Prof. Dr. *Helmut Fuchs* – Wien
Univ.-Prof. Dr. *Georg Graf* – Salzburg
Univ.-Prof. i. R. DDr. *Walter Hauptmann* – Salzburg
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Johannes Hengstschläger* – Linz
Univ.-Prof. i. R. Dr. *Wolfgang Holzer* – Graz
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Hans Hoyer* – Wien
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Diethelm Kienapfel* – Linz
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Hans R. Klecatsky* – Innsbruck
Präs. des OLG Wien i. R. Dr. *Harald Krammer* – Wien
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Heinz Krejci* – Wien
o. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Luf* – Wien
o. Univ.-Prof. DDr. *Heinz Mayer* – Wien
Univ.-Prof. Dr. *Peter Mayr* – Innsbruck
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Heinrich Mayrhofer* – Innsbruck
em. Univ.-Prof. Dr. *Rolf Ostheim* – Salzburg
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Pernthaler* – Innsbruck
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Pieler* – Wien
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Fritz Raber* – Innsbruck
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Ulrich Runggaldier* – Wien
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Peter J. Schick* – Graz
em. Univ.-Prof. Dr. *Manfred Straube* – Wien
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Theodor Tomandl* – Wien
Univ.-Prof. i. R. Dr. *Georg Wilhelm* – Wien
em. o. Univ.-Prof. Dr. *Norbert Wimmer* – Innsbruck
em. Univ.-Prof. DDr. h. c. *Günther Winkler* – Wien
em. Univ.-Prof. Dr. *Karl Zemanek* – Wien
Univ.-Prof. Dr. *Brigitta Zöchling-Jud* – Wien

AUTOREN DIESER AUSGABE:

WIEN

Agnes Balthasar
Helmut Fuchs
Sophie Goliash
Stefan G. Huber
Cornelia Leeb
Alina-Maria Lengauer
Martin Stricker
Carina Urban

LINZ

Ferdinand Kerschner
Brigitte Lang
Katharina Sagerer

GRAZ

Michael Haider

SALZBURG

Jan-Günther Glanzer
Gerwin Haybäck
Sonja Janisch
Peter Mader
Marianne Roth
Birgit Schneider
Wolfgang Schuhmacher

Druck: Ferdinand Berger & Söhne Ges. m. b. H., 3580 Horn.

Verlags- und Herstellungsort: Wien.

Gedruckt auf TerraPrint, 70 g.

Grundlegende Richtung: Veröffentlichungen für das Studium der Rechtswissenschaften und zur Ausbildung in juristischen Berufen.

Zitervorschlag: JAP 2013/2014/Nummer.

Anzeigen: Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310,
Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at

Bezugsbedingungen: Die Zeitschrift JAP erscheint 4x jährlich. Der Bezugspreis 2013/2014 (24. Jahrgang) beträgt € 47,50, für Studenten € 39,80 (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 15,50. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich bis spätestens 31. 7. 2014 an den Verlag zu senden.

Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adressen:

Graz: o. Univ.-Prof. Dr. *Willibald Posch*,
E-Mail: willibald.posch@uni-graz.at

Innsbruck: Univ.-Prof. Dr. *Alexander Schopper*,
E-Mail: alexander.schopper@uibk.ac.at

Linz: Univ.-Prof. Dr. *Ferdinand Kerschner*,
E-Mail: ferdinand.kerschner@jku.at

Salzburg: o. Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Harrer*,
E-Mail: friedrich.harrer@sbg.ac.at

Wien: ao. Univ.-Prof. Dr. *Alexander Reidinger*,
E-Mail: alexander.reidinger@univie.ac.at

Univ.-Prof. DDr. *Christoph Grabenwarter*,
E-Mail: christoph.grabenwarter@wu.ac.at

Richtlinien zur formalen und inhaltlichen Gestaltung der Beiträge können bei der Redaktion angefordert werden. Wir bitten Sie, die Formatvorlagen zu verwenden (zum Download unter www.manz.at/formatvorlagen) und sich an die im Auftrag des Österreichischen Juristentages herausgegebenen „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 7. Aufl (Verlag MANZ, 2012), zu halten.

Alle Rechte vorbehalten.

Urheberrechte: Mit der Einreichung seines Manuskripts räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie die Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art (auch einschließlich CD-ROM), der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an den Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG), ein. Gem § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahrs. Dies gilt für die Verwertung durch Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen oder Beiträgen jedweder Art ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlags gestattet.

Haftungsausschluss: Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen.

Grafisches Konzept: Michael Fürnsinn für buero8, 1070 Wien (buero8.com).

Impressum abrufbar unter www.manz.at/impressum