

Zitiervorschlag:

Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 61 Rn 28

GmbH Gesetz

Kommentar

3. aktualisierte und erweiterte Auflage

von

em. O. Univ.-Prof. Dr. Hans-Georg Koppensteiner

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler

 LexisNexis®
ARD Orac

Literatur: *Bydlinski P.*, (Form-)Fragen bei der Kaduzierung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 66 GmbHG), JBl 2002, 703; *Karollus*, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4 GmbHG idF des EU-GesRÄG), RdW 1996, 516; *ders*, Einberufung der Gesellschafterversammlung durch die Gesellschafter (OLG München ZIP 1994, 1021), RdW 1995, 1; *Kastner*, Zur Ankündigung der Tagesordnung einer Hauptversammlung, NZ 1971, 145; *Nowotny*, Neue Medien und Gesellschaftsrecht, FS Krejci (2001) 771; *ders*, Muss der Abschlussprüfer die ordentliche Hauptversammlung besuchen?, RdW 1998, 177; *Ostheim*, Eine Wende in der Rechtsprechung zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages und zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der GmbH, GesRZ 1975, 44, 76; *Reich-Rohrwig*, Anträge in der Hauptversammlung, eolex 1991, 460; *ders*, Spezielle Fragen der Bucheinsicht und der Sonderprüfung bei der GmbH, JBl 1987, 346, 419; *Schröckenfuchs/Ruhm*, Relevanz oder Kausalität?, wbl 2003, 461; *Staufer*, Fragen aus der Praxis des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, NZ 1950, 184; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998).

I. Grundlagen

1 **1. Regelungsgegenstand.** In Ergänzung der §§ 36 und 37 fixiert § 38 weitere Anforderungen an die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, deren Beschlussfähigkeit sowie die Rechtsfolgen von Verstößen. Abs 3 befindet sich in direktem Zusammenhang mit § 37: Während dort einer Minderheit die Möglichkeit verschafft wird, die Einberufung einer Versammlung zu erzwingen, gewährleistet Abs 3, dass dieselbe Minderheit die Tagesordnung einer von anderer Seite einberufenen Versammlung ergänzen lassen kann. § 38 wurde nie novelliert. Die Bestimmung entspricht § 51 dGmbHG.

2 **2. Der Normzweck** der Vorschrift besteht zu wesentlichen Teilen darin, bei Schweigen des Gesellschaftsvertrages die erforderlichen Regeln zur Verfügung zu stellen. Das gilt indes nicht ausnahmslos. Denn zusätzlich geht es darum, jede Überumpelung oder Majorisierung mit Hilfe entgegenstehender Festsetzungen des Gesellschaftsvertrages zu verhindern (EB I 70; vgl *Ostheim*, GesRZ 1975, 45, SZ 47/70). Daraus erklärt sich, dass die Fristen nach den Abs 1 und 4 nicht verkürzt, wohl aber verlängert werden können (dazu SZ 54/15, AC 2857, SZ 71/122, *Reich-Rohrwig* 338, *Kastner/Doralt/Nowotny* 409, *Gellis/Feil* Rn 6). Auch die Maßstäbe für den Mitteilungsgehalt der Tagesordnung in Abs 2 sind grundsätzlich nicht disponibel (Rn 5). Die Reduktion der Beteiligungsquote nach Abs 3 ist dagegen unbedenklich (zur Frist nach dieser Bestimmung Rn 8). Auch Abs 7 ist nicht in allen Teilen zwingend. Namentlich gibt es entgegen dem Wortlaut keinen gesetzlichen Zwang zur Einberufung einer zweiten Versammlung (*Reich-Rohrwig* 339, s aber auch EB I 70, HHB 10, AC 2603, *Gellis/Feil* Rn 15). Gegen seinen Willen braucht niemand geschützt werden. Als Instrument zwingenden Minderheitenschutzes lässt sich die Bestimmung auch deshalb nicht begreifen, weil die Beschlussfähigkeit der zweiten Versammlung ebenfalls vom Gesellschaftsvertrag abhängt (Rn 16).

II. Einberufung

3 **1. Adressaten** der Einberufung sind nach dem Wortlaut von Abs 1 die einzelnen Gesellschafter. Damit sind nach Maßgabe von § 78 Abs 1 alle, also auch die nicht stimmberechtigten Gesellschafter gemeint (dazu § 34 Rn 10). Wer nicht teilnahmeberechtigt ist, braucht auch nicht eingeladen zu werden (*Scholz/Schmidt* § 51

Rn 6, *Koppensteiner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff* § 51 Rn 4). An ihrer Stelle sind die Personen einzuladen, die das Teilnahmerecht aus dem Gesellschaftsanteil auszuüben befugt sind (auch dazu § 34 Rn 10). Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung (§ 39 Abs 3) ist die Einladung an den Gesellschafter, vertreten durch den Bevollmächtigten, zu richten (*Koppensteiner*, aaO, vgl aber auch *Ulmer/Hüffer* § 51 Rn 12 mwN). Gesetzliche Vertreter sind als solche zu laden (*Gellis/Feil*² Anm 2; vgl OGH wbl 1998, 269). Bei Mitberechtigung mehrerer an einem Geschäftsanteil gilt § 80 Abs 2 (s dort Rn 6). Zu laden sind auch solche Dritte, die zwar berechtigt sind, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, deren Teilnahmerecht sich aber nicht aus der Mitgliedschaft herleitet (zu solchen Fällen § 34 Rn 11). Wird dies nicht beachtet, sind Beschlüsse allerdings nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (unten Rn 11). Zur **Einberufungszuständigkeit** § 36 Rn 5 ff, § 37 Rn 6 f.

4 **2. Die Form** der Einberufung richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag (für Regelungsbeispiele AC 2625, AC 2598, *Reich-Rohrwig* 335, *Gellis/Feil* Rn 4, *Kostner/Umfahrer* Rn 446). Ist nichts vorgesehen, muss mittels rekommandierten Schreibens eingeladen werden. Der Grund dieser Regelung besteht darin, Beweisschwierigkeiten betreffend die ordnungsgemäße Einladung von Teilnahmeberechtigten hintanzuhalten (SZ 58/14). Der Zulässigkeit (einfacher) schriftlicher oder auch mündlicher Benachrichtigung kraft Gesellschaftsvertrages steht dies indes nicht entgegen. Auch Einladungen mittels E-Mail oder Telekopie können vorgesehen werden (dazu *Nowotny*, FS Krejci 774 f). Auf die gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Einladungsform kommt es im Übrigen nicht mehr an, wenn feststeht, dass alle Adressaten rechtzeitig von Ort, Zeit und Tagesordnung der Versammlung Kenntnis erlangt haben (OGH JBl 1934, 63 für Genossenschaft, vgl auch *P. Bydlinski*, JBl 2002, 705, zur Parallelfrage bei § 41 Abs 4 s dort Rn 52, auch § 65 Rn 1, etwas strenger *Karollus*, RdW 1996, 516 f). Die Einladung muss das Einberufungsorgan ausweisen. In den Fällen des § 37 Abs 2 haben alle beteiligten Gesellschafter zu zeichnen (vgl dort Rn 6, 4). Die Einladung ist an die der Gesellschaft bekannt gegebenen Anschriften, bei zuverlässig abweichender Information an die demnach maßgebende Adresse zu senden. Bei Unbekanntheit oder Unerreichbarkeit eines Gesellschafters muss auf die Bestellung eines Abwesenheitskurators hingewirkt werden (*Reich-Rohrwig* 336, *Koppensteiner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff* § 51 Rn 7 mwN). Bei Unerreichbarkeit gilt dies freilich nur dann, wenn der betreffende Gesellschafter nicht selbst in zumutbarer Weise Vorsorge treffen konnte. Zur Rücknahme der Einberufung § 36 Rn 8.

5 **3. Inhalt.** Nach Abs 1 ist die Versammlung zu berufen. Daraus folgt, dass die Einladung Angaben über **Termin** und **Ort** der Versammlung enthalten muss (*Gellis/Feil* Rn 5). Letzteres kann auch konkludent geschehen, so etwa dann, wenn der Briefkopf der Gesellschaft verwendet wird und Versammlungen in der Vergangenheit immer im Geschäftslokal der Gesellschaft stattgefunden haben. Mitzutragen ist ferner der **Zweck** der Versammlung und zwar mittels Vorlage einer **Tagesordnung** (Abs 2). Das muss allerdings, wie Abs 4 lehrt, nicht schon mit der Einladung geschehen. Die Gegenstände der Versammlung sind möglichst bestimmt zu bezeichnen. Jeder Adressat soll demnach ersehen können, was verhandelt und/oder beschlossen werden soll, damit er seine Vorbereitungen entsprechend einzurichten imstande ist (*Koppensteiner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff* § 51 Rn 9 mN, *Kostner/Umfahrer* Rn 447 f, *Reich-Rohrwig* 336 f. zB auch OGH eolex 2004, 36 mit Anm *Kapsch*, RdW 2002, 90, GH 1930, 73). Demnach genügt es nicht, wenn

(SZ 50/51, OLG Wien *ecolex* 1991, 392, vgl OGH *ecolex* 1993 458 und *Reich-Rohrwig* 395). Einer Klage nach § 41 bedarf es nicht (§ 41 Rn 18. Zur Bedeutung fehlender Angaben über Zeit und Ort der Versammlung sowie der Nichtladung Teilnahmeberechtigter § 41 Rn 10. Nichtig sind Beschlüsse einer Versammlung, die von Unzuständigen (vgl § 36 Rn 5 ff) einberufen wurde (§ 41 Rn 10). Von Unzuständigen mit der Konsequenz der Nichtigkeit wird die Versammlung auch berufen, wenn entgegen § 37 Abs 2 die Minderheit sofort zur Selbsthilfeberufung schreitet (aA OGH NZ 1967, 108, vgl auch *Reich-Rohrwig* 334). Andere Einberufungsmängel begründen demgegenüber nur die **Anfechtbarkeit** des Beschlusses. Das gilt zB für die Nichtladung von Aufsichtsratsmitgliedern (*Scholz/Schmidt* § 51 Rn 32 mN), die Verletzung gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Fristenregelungen (SZ 47/70, s auch OLG Wien NZ 1994, 264), Abstimmungen in Rahmen eines nicht oder unzureichend konkretisierten Tagesordnungspunkts (SZ 7/180, SZ 7/4, bedenklich SZ 59/55; zum Ganzen noch *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff § 51 Rn 12). Ein vor der Beschlussfassung erklärter Verzicht auf die Einhaltung bestimmter Einladungserfordernisse beseitigt Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (SZ 7/122, § 41 Rn 38). Auf die Anfechtungsbefugnis kann auch nachträglich verzichtet werden (§ 41 Rn 38). Zur Frage, ob anfechtbare Satzungsänderungen in das Firmenbuch eingetragen werden dürfen, s § 41 Rn 57, zur Heilung von Nichtigkeit § 41 Rn 20.

- 12 Die Rechtsprechung nahm lange Zeit generell an, ein Beschluss sei unanfechtbar, wenn ein Mangel der Einladung ohne Konsequenzen für den Beschlussinhalt geblieben sei, wenn es ihm maW an **Kausalität** fehle (OGH *ecolex* 2004, 36 mit Anm *Kapsch*, GesRZ 1991, 98, SZ 59/55, SZ 47/70, *Strasser* in Jabornegg/Strasser § 195 Rn 5, 197 Rn 2, grundsätzlich auch SZ 9/242; s auch § 39 Rn 7). In SZ 9/242 wird allerdings zu Recht bemerkt, der Grundsatz gelte in dieser Allgemeinheit zu weit und wäre geeignet, einer festgefühten Aktienmehrheit gegenüber jede Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen von vornherein aussichtslos zu machen (ebenso *Thöni* 76, *Ostheim*, GesRZ 1975, 4 ff, *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss § 195 Rn 58 ff, *Schröckenfuchs/Ruhm*, wbl 2003, 461 ff; grundlegend *Zöllner* in Kölner Kommentar § 243 Rn 76 ff). Dem ist im Ergebnis zu folgen, was jüngst auch der OGH getan hat (OGH GesRZ 2007, 48). Denn mit dem Abstellen auf bloße Kausalität können gesetzlich garantierte Informations- oder Partizipationsinteressen der Minderheit beeinträchtigt werden. Demzufolge sollte nicht nach der Kausalität des Mangels, sondern nach seiner Relevanz für das Beschlussergebnis gefragt werden. Zu ermitteln ist, ob der Zweck der übertretenen Norm die Anfechtbarkeit des Beschlusses fordert. Das ist zu bejahen, wenn Teilnahme- oder Mitspracherechte der Gesellschafter beeinträchtigt werden (OGH GesRZ 2007, 48), zu verneinen zB, wenn ein unter Mitzählung unwirksamer Stimmen zustande gekommener Beschluss auch gefasst worden wäre, wenn nur die gültigen Stimmen berücksichtigt worden wären (für Einzelheiten *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff § 47 Rn 134, vgl auch *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss § 195 Rn 63 ff, *Kapsch*, *ecolex* 2004, 37 f, *Ostheim*, GesRZ 1975, 47, unentschieden OGH GesRZ 1991, 98, *ecolex* 1998, 711, zur letztgenannten Variante OGH wbl 2006, 334 = *ecolex* 2006, 493 mit Anm *Reich-Rohrwig*, auch OGH GesRZ 2007, 48).

- 13 b) Eine **Vollversammlung** kann nach Abs 4 auch dann wirksame Beschlüsse fassen, wenn irgendeine oder auch alle Regeln über die ordnungsgemäße Ein-

berufung verletzt worden sind (dazu etwa OGH RdW 1987, 371, NZ 1963, 86, NZ 1960, 94, SZ 26/58, VwGH AnwBl 1985, 494). Überhaupt ist Willensübereinstimmung sämtlicher Gesellschafter unabhängig von den Vorschriften über die Einberufung einer Generalversammlung oder über das schriftliche Verfahren als wirksamer Beschluss aufzufassen (§ 34 Rn 26). Abs 4 setzt nach seinem Wortlaut die Anwesenheit **sämtlicher** Gesellschafter (oder deren Vertreter) voraus. Doch ist dieser Wortlaut wie im Kontext des Abs 1 aus den dazu angeführten Gründen (Rn 3) teleologisch zu korrigieren. Das bedeutet einerseits, dass die Präsenz nicht teilnahmeberechtigter Gesellschafter nicht erforderlich ist, dass andererseits aber solche Dritte anwesend sein müssen, deren Teilnahmerecht mitgliedschaftslegitimiert ist. Anwesenheit iS von Abs 4 setzt **Einverständnis** mit der Abhaltung der Versammlung und der Beschlussfassung voraus (*Staufer*, NZ 1950, 185, *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff § 51 Rn 13, SZ 47/70, ausführlich *Ostheim*, GesRZ 1975, 45 ff, vgl auch SZ 23/170, *Reich-Rohrwig* 338 f, *Gellis/Feil* Rn 11). Um das zu ermitteln, muss das Gesamtverhalten der Gesellschafter gewürdigt werden. Abstimmung iS des Antrags bedeutet stets Einverständnis mit der Beschlussfassung. Sonstige Beteiligung an Abstimmung und Beratung ist ambivalent. Es kommt darauf an, ob es sich um bloße Vorsorge für den Fall wirksamer Beschlussfassung oder um ein Einverständnis mit einer an sich unwirksamen Vorgangsweise handelt (näher *Ostheim*, aaO, in Auseinandersetzung mit SZ 47/70, nicht überzeugend auch OGH HS 14.283/25, EvBl 1983/19, SZ 9/242, *Kostner/Umfahrer* Rn 450; vgl auch OGH *ecolex* 1998, 711, wo allerdings erst gar kein Formfehler – Einberufung durch nur einen von mehreren kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführern, dazu § 36 Rn 5 – vorlag). Nach Auffassung des OGH ist ein nicht ordnungsgemäß vertretener Minderjähriger als **nicht anwesend** zu behandeln (wbl 1998, 269). Dagegen bestehen zumindest dann Bedenken, wenn eine Genehmigung der Stimmabgabe noch möglich ist.

Nach Abs 4 S 2 ist ein **Mehrheitsbeschluss** auf **Einberufung** einer **neuen** Versammlung möglich. Fraglich ist, ob hierfür eine ordnungsgemäße Einberufung vorauszusetzen ist. Dagegen spricht der systematische Zusammenhang von S 2 mit S 1. Andererseits kann nicht angenommen werden, dass die Bestimmung auch dann eingreift, wenn die Versammlung nicht wenigstens auf Initiative eines zuständigen Einberufungsorgans zustande gekommen ist. Denn dies liefe darauf hinaus, Gesellschaftern ohne Weiteres eine gesetzlich nicht vorgesehene Einberufungszuständigkeit zu verschaffen. Mit diesem Vorbehalt ist S 2 aber so anzuwenden wie er formuliert ist. Ist die Mehrheit der Auffassung, dass trotz Ladungs- oder Ankündigungsmängel ein Beschluss erforderlich ist, so kann sie zum Zweck der Beschlussfassung eine neue Versammlung erzwingen. Dieser Beschluss sollte als Weisung an die Geschäftsführung aufgefasst werden, erneut mit der ursprünglich intendierten Tagesordnung einzuberufen. Der Gegenauffassung von *Karollus* (RdW 1995, 4 f) ist nicht zu folgen. Sie nimmt S 2 jede normative Bedeutung. Auch für das deutsche Recht wird trotz Fehlens einer Parallelvorschrift zutreffend angenommen, eine ordnungsgemäß einberufene, aber – etwa aus Zeitgründen – nicht zu Ende gebrachte Versammlung dürfe an einem anderen, von den Gesellschaftern beschlossenen Termin fortgesetzt werden (*Scholz/Schmidt* § 48 Rn 35, § 51 Rn 25, s auch oben § 34 Rn 14).

Von der vorstehend erörterten ist die andere Frage zu unterscheiden, ob **alle** Gesellschafter einvernehmlich einen **Versammlungstermin** festlegen können. Sie