

## Datenschutz-Grundverordnung

Anwendungsbereich – Ausnahmen

Rechtwidrig erlangte Beweismittel

„Aktive“ Host-Provider

Urheberrecht: Haftungsprivileg?

Recht smart –

Tatütata, die E-Post ist da?!

Exekutionsdaten

Elektronische Abfrage

GeschäftsgeheimnisRL

Update

Novelle Arbeitszeitrecht

Wer ist ausgenommen?

Jahresurlaub – Grundrecht

Drittwirkung – EU Charta

# Bedeutungsloses Präsenzquorum bei der GmbH?

*Nach der Rsp des OGH kommt bei Verletzung eines gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Präsenzquorums einem ordnungsgemäß geladenen, aber der Versammlung ferngebliebenen Gesellschafter mangels Abgabe eines Widerspruchs zu Protokoll kein Recht zur Beschlussanfechtung zu. Diese Ansicht ist allerdings wenig überzeugend, sorgt sie doch dafür, dass Präsenzquoren oft „zahnlos“ bleiben.*

MICHAELA PELINKA / PHILIPP BERTSCH

## A. Gesetzliche Grundlagen

Die gesetzliche Grundlage für das Präsenzquorum findet sich in § 38 Abs 6 GmbHG, der vorsieht, dass, sofern Gesetz und Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen, zur Beschlussfähigkeit einer Generalversammlung mindestens ein Zehntel des Stammkapitals vertreten sein muss. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so ist nach § 38 Abs 7 GmbHG unter Hinweis auf die Beschlussunfähigkeit der ersten Versammlung eine zweite Versammlung (Folgeversammlung) einzuberufen, welche auf die Gegenstände der ersten Versammlung beschränkt ist und ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig ist.

Das gesetzliche Präsenzquorum ist dispositiv, der Gesellschaftsvertrag kann es beseitigen oder auch erhöhen.<sup>1)</sup> Ebenso dispositiv ist die Regelung des Abs 7 – kraft ausdrücklicher Vereinbarung kann ein Präsenzquorum auch für die Folgeversammlung anwendbar sein.<sup>2)</sup> Nicht verkürzt werden kann aber die Siebentagesfrist für die zweite Einberufung. Ob im Übrigen eine Verpflichtung zur Einberufung der

Folgeversammlung besteht, ist strittig, wird aber meistens verneint.<sup>3)</sup>

Dr. *Michaela Pelinka*, LL.M., ist Partnerin bei bpv Hügel Rechtsanwälte in Wien. Die Rechtsanwältin ist Autorin zahlreicher Publikationen und Lektorin an der Fachhochschule des bfi Wien; außerdem ist sie im erweiterten Vorstand der AIJA (International Association of Young Lawyers). *Philipp Bertsch* studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien und ist Projektassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht.

- 1) *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 4/288 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at); nach der Firmenbuchpraxis auch bis zu 100%; vgl *Weigand*, (Keine) Legitimation des gehörig geladenen, zur Generalversammlung nicht erschienenen Gesellschafters zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Nichtbeachtung des Präsenzquorums GesRZ 2014, 127.
- 2) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 38 Rz 15; *Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis<sup>6</sup> (2008) Rz 456.
- 3) *Enzinger* in *Straubel/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 38 Rz 38 (Stand 1. 8. 2013, rdb.at); differenzierend für den Fall, dass schon die Einberufung der ersten Versammlung verpflichtend war, *Aburumiehl/Trettnak*, Deadlock bei Joint Ventures – Folgeversammlungen als Instrument gegen untätige Mitgesellschafter im GmbH-Recht? GesRZ 2007, 323 (324). Die Materialien (ErläutRV 272 BlgHH 17. Session 10, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des

Die Nichtbeachtung des Präsenzquorums wäre eine Verletzung des Gesellschaftsvertrags und könnte auch ein Verstoß gegen die Treuepflicht gegenüber den anderen Gesellschaftern sein.

Die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung ist in den §§ 41 ff GmbHG (unter der irreführenden Bezeichnung „Nichtigerklärung“) geregelt. Nach § 41 Abs 2 GmbHG ist nur jener Gesellschafter klageberechtigt, der in der Versammlung Widerspruch zu Protokoll gegeben hat, sowie jeder nicht erschienene Gesellschafter, der zu der Versammlung unberechtigterweise nicht zugelassen oder durch Mängel in der Einberufung der Versammlung am Erscheinen gehindert worden ist. Ziel des Widerspruchserfordernisses ist es, ein *venire contra factum proprium* eines Gesellschafters zu verhindern; diesbezüglich gilt somit der Grundsatz „Wer schweigt, stimmt zu“.

## B. Judikatur und Literaturmeinungen

Bereits *Reich-Rohrwig*<sup>4)</sup> hat sich mit dem Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander beschäftigt und dazu vertreten, dass auch ein gehörig geladener, nicht erschienener Gesellschafter einen Generalversammlungsbeschluss anfechten könne, wenn gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Mindestanwesenheitsquoten verletzt wurden. In nunmehr drei E<sup>5)</sup> hat der OGH aber ausgesprochen, dass das Widerspruchserfordernis auch auf den gehörig geladenen, aber der Versammlung ferngebliebenen Gesellschaf-

ter anzuwenden ist, und ihm somit die Möglichkeit zur Durchsetzung des Präsenzquorums genommen.

Im Schrifttum wurde diese Ansicht teilweise übernommen,<sup>6)</sup> aber auch (teilweise vehement) kritisiert.<sup>7)</sup> Mitunter wurde die Thematik auch ausgeblendet und davon ausgegangen, dass eine präsenzwidrige Versammlung generell keine wirksamen Beschlüsse fasst.<sup>8)</sup>

## C. Einordnung – Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit

Der Gesetzgeber hat im GmbHG (anders als im AktG) bekanntlich keine klare Abgrenzung unterschiedlicher Fehlergruppen vorgenommen. Als Mangelkategorien werden bei der GmbH (grob) anfechtbare, unwirksame und nichtige Beschlüsse sowie Nicht/Scheinbeschlüsse unterschieden;<sup>9)</sup> praktisch bestehen zwischen den letzteren beiden kaum Unterschiede.

Der Gesetzeswortlaut von § 38 Abs 7 GmbHG spricht von der „Beschlussunfähigkeit“. Diese Formulierung spricht zumindest bei oberflächlicher Betrachtung für eine Nichtigkeit/einen Scheinbeschluss. Von der Rsp wurde die Einordnung des präsenzwidrigen Beschlusses als nichtiger bzw als Scheinbeschluss allerdings mit knapper Begründung verworfen.<sup>10)</sup>

Hinsichtlich der Nichtigkeitsgründe für GmbH-Beschlüsse wird von der Lehre überwiegend die Vorschrift des § 199 AktG analog herangezogen.<sup>11)</sup> Nichtigkeitsgründe nach dieser Bestimmung sind (bestimmte) Einberufungsmängel, Nichtbeurkundung oder Unvereinbarkeit mit dem Wesen der Gesellschaft, worunter etwa der Verstoß gegen Vorschriften zum Gläubigerschutz oder sonstigen öffentlichen Interessen oder gegen die guten Sitten fällt.<sup>12)</sup> Beim präsenzwidrigen Beschluss erscheint indes

GmbH-Rechts: Entwicklung, Perspektiven, Materialien [2005] 561) sprechen für eine Einberufungspflicht, arg „muss“.

4) *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983) 382.

5) OGH 24. 3. 1988, 6 Ob 515/88; 21. 12. 2000, 8 Ob 233/99 v; und zuletzt 28. 8. 2013, 6 Ob 59/13 i.

6) *Baumgartner/Mollhuber/Torggler* in *Torggler* (Hrsg), GmbHG § 41 Rz 32; 6 Ob 59/13 i JAP 2013/2014/13, 101 (*Rauter*).

7) *Thöni*, Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis des GmbH-Gesellschafters in der Generalversammlung, GesRZ 1997, 209; *Stern*, Präsenzquoten für Hauptversammlungen einer Aktiengesellschaft – versteckte Vetorechte? GesRZ 1998, 196; OGH 28. 8. 2013, 6 Ob 59/13 i RWZ 2013/87 (*Wenger*); *Weigand*, GesRZ 2014, 126; zuletzt *Frenzel*, Die Verletzung von Präsenzquoten bei Beschlussfassungen in der GmbH – Beschlussanfechtung und Schadenersatz, GES 2016, 209.

8) *Aburumieh/Trettnak*, GesRZ 2007, 323; *Pflug/Weber*, Die zerstrittene Generalversammlung, GesRZ 2017, 277.

9) *Linder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 41 Rz 12 und 20 ff; *Baumgartner/Mollhuber/Torggler* in *Torggler* (Hrsg), GmbHG § 41 Rz 3; die Kategorie der nichtigen Beschlüsse wurde von der Rsp teilweise abgelehnt, teilweise aber anerkannt; vgl OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02 f. Die neuere Rsp lässt die Frage zumeist offen.

10) OGH 21. 12. 2000, 8 Ob 233/99 v.

11) *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 12 ff.

12) Ausführlich *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 20 ff.

keine dieser Kategorien einschlägig; insb ist die Einhaltung des Präsenzquorums nicht im öffentlichen Interesse gelegen und auch nicht so schwerwiegend, dass sie die guten Sitten tangieren würde. Der bloße Verstoß gegen die Satzung begründet auch im Aktienrecht bloß eine Anfechtbarkeit nach § 195 AktG.

Bei der Schaffung des GmbHG wurde auch im Aktienrecht noch nicht zwischen der (heutigen) Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit differenziert;<sup>13)</sup> daher kann den missverständlichen Begrifflichkeiten dieses Gesetzes („Beschlussunfähigkeit“ in § 38 Abs 7 GmbHG) hier kein allzu großer Wert beigemessen werden. Es wäre angesichts der über Jahrzehnte erfolgten Entwicklung in Lehre und Judikatur auch schlicht systemwidrig, den präsenzwidrigen Beschluss als Scheinbeschluss/nichtigen Beschluss einzuordnen. Damit bleibt es bei der bisherigen Auslegung und damit der Anfechtbarkeit.

## D. Auslegung

In seiner ersten E zur Anfechtung präsenzwidriger Beschlüsse hat der OGH die Ansicht von *Reich-Rohrwig* abgelehnt und geäußert, dass der Wortlaut von § 41 Abs 2 GmbHG eine Anfechtungsberechtigung des ordnungsgemäß geladenen, aber ferngebliebenen Gesellschafters ausschließt. Dies ist freilich korrekt – der Wortlaut von § 41 Abs 2 GmbHG zeigt keine Anhaltspunkte für eine Ausnahme vom Widerspruchserfordernis. Den im Falle von präsenzwidrigen Beschlüssen auftretenden Widerspruch zwischen § 38 Abs 6 und 7 und § 41 Abs 2 GmbHG löst diese Erkenntnis jedoch nicht. Somit wären nun das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander und das Vorliegen einer planwidrigen Lücke zu prüfen – eine Auseinandersetzung, welche die bisherigen OGH-E größtenteils vermissen lassen.

Wie eingangs erörtert, sieht § 38 Abs 7 GmbHG ein ganz bestimmtes Prozedere für den Fall des Nichterreichens des Präsenzquorums vor, welches in der Abhaltung einer Folgeversammlung mündet. Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass eine Generalversammlung, bei der nicht genügend Gesellschafter anwesend sind, derart fehlerhaft ist, dass es einer zweiten Versammlung bedarf.<sup>14)</sup> Die derzeitige hA konterkariert dieses Anliegen allerdings. Es gibt, wie bereits erörtert, nach überwiegender Ansicht keine Verpflichtung zur Einberufung einer Folgeversammlung. Insofern steht es dem Einberufenden also frei: Er kann entweder den gesetzlich vorgesehenen Weg gehen und eine Folgeversammlung einberufen oder er lässt die Generalversammlung trotzdem entscheiden und verlässt sich darauf, dass keiner der Anwesenden den Beschluss anfecht; die nicht Anwesenden können nach dem derzeitigen Stand der Rsp ohnehin nicht dagegen vorgehen.<sup>15)</sup> Freilich lässt sich mit den (ohnehin spärlichen) Materialien hier nur schwer argumentieren. Der historische Gesetzgeber könnte die Wechselwirkung zwischen § 38 Abs 6 und 7 und § 41 Abs 2 GmbHG („Aussperren“ abwesender Gesellschafter von der Anfechtung auch präsenzwidriger Beschlüsse infolge fehlenden Widerspruchs) schlichtweg übersehen haben. UE würde eine Ausdehnung der Anfechtungsbefugnis seinen

Intentionen aber besser entsprechen als die derzeitige Lösung durch den OGH.

Dass ein Präsenzquorum (vor allem ein höheres, vertraglich vereinbartes) Beschlüsse verzögern kann, liegt auf der Hand. Allerdings hat der Gesetzgeber ebendiese Verzögerung billigend in Kauf genommen. Hätte er nicht gewollt, dass Fälle eintreten können, in denen eine GmbH mangels genügend anwesender Gesellschafter nicht beschlussfähig ist, hätte er kein gesetzliches Präsenzquorum und kein Erfordernis einer zweiten Generalversammlung samt neuerlicher Einberufung wie in § 38 Abs 7 GmbHG geschaffen bzw keine vertragliche Ausdehnung eines solchen Quorums zugelassen.

Das Argument, es sei Sache des Gesellschafters, sich an der Beschlussfassung zu beteiligen, erscheint nur auf den ersten Blick überzeugend. Bei der personalistisch orientierten GmbH liegt der Schutzzweck eines Präsenzquorums durchaus in der Absicherung des Individualrechts des Gesellschafters auf Teilnahme.<sup>16)</sup> Ein Präsenzquorum besteht zugunsten von Abwesenden ebenso wie Anwesenden.<sup>17)</sup> Ob das Verhalten, das zur Nichterreichung des Quorums führt, in irgendeiner Weise vorwerfbar ist oder nicht, sollte auf dieser Ebene (noch) keine Rolle spielen. Außerdem kommen hier – neben dem allfälligen Recht auf Teilnahme – noch weitere Punkte hinzu, nämlich das Interesse des Gesellschafters an der Einhaltung des Gesellschaftsvertrags und nicht zuletzt die Treuepflicht. UE misst der OGH hier auch der Parteienvereinbarung zu wenig Bedeutung zu. Wenn die Gesellschafter ein hohes Präsenzquorum vereinbaren (mit der Folge, dass ein „Vetorecht“ bestimmter Minderheiten entsteht), haben sie grundsätzlich auch die Folgen davon zu tragen.

Zuletzt ist auch das Argument des OGH, dass es bei einer Ausnahme vom Widerspruchserfordernis im Falle eines 100%igen Präsenzquorums jeder Gesellschafter in der Hand hätte, die Beschlussfassung zu verhindern, keinesfalls stichhaltig. Hier wird von einem Sonderfall ausgehend eine allgemeine Regelung erschaffen, bloß um einen Missbrauch in dieser Sonderkonstellation zu verhindern. Es ist im Übrigen auch sinnwidrig, einerseits das 100%ige Präsenzquorum überhaupt zuzulassen, um im Anschluss „Schadensbegrenzung“ dadurch zu betreiben, dass es vom Abwesenden nicht durchgesetzt werden kann.

### 1. Wer könnte noch anfechten?

Für eine Anfechtung des präsenzwidrigen Beschlusses kämen einerseits anwesende Gesellschafter in Betracht, die einen Widerspruch anmelden, und andererseits die Geschäftsführung; allerdings ist beides nicht zielführend, denn oft werden die anwesenden Gesellschafter gerade jene sein, die die präsenzwidrige Beschlussfas-

13) *Kals/Eckert*, 286 FN 1875.

14) Vgl ErläutRV 272 BlgHH 17. Session 10, abgedruckt bei *Kals/Eckert* 561.

15) Zu Recht nach dem Sinn der zweiten Versammlung fragend *Weigand*, *GesRZ* 2014, 126 (127).

16) Vgl zur AG *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kals*, *AktG* § 121 Rz 17 (Stand April 2012, rdb.at).

17) *RWZ* 2013/87 (*Wenger*).

sung gestützt haben, weshalb eine Anfechtung von ihrer Seite wenig realistisch ist (insb dann, wenn der präsenzwidrige Beschluss überhaupt nur von einem einzigen Gesellschafter gefasst wurde). Somit bliebe nur die Anfechtung durch die Geschäftsführung; auch diese wird jedoch selten geschehen. Es ist umstritten, inwiefern eine Verpflichtung der Geschäftsführer zur Beschlussanfechtung überhaupt besteht. Diesbezüglich werden unterschiedliche Varianten vertreten, für die GmbH wird sie von vielen abgelehnt.<sup>18)</sup> Die Anfechtungsbefugnis eines einzelnen Geschäftsführers dürfte kaum jemals zur Anwendung kommen, da sie nur greift, wenn der Geschäftsführer durch die Ausführung des Beschlusses strafbar oder schadenersatzpflichtig werden würde. Die hL<sup>19)</sup> und auch die Rsp<sup>20)</sup> zählen strafbare Beschlüsse allerdings zu den nichtigen Beschlüssen und ein anfechtbarer Beschluss befreit die Geschäftsführer nach hA von der Haftung, womit dieser Fall keine praktische Relevanz hat.

## 2. Teleologische Reduktion bzw Fiktion

Im Lichte des Gesagten wäre die sinnvollste Lösung eine teleologische Reduktion des Widerspruchserfordernisses in § 41 Abs 2 GmbHG dahingehend, dass bei Beschlüssen, die wegen Verletzung des Präsenzquorums anfechtbar sind, für einen der Versammlung ferngebliebenen Gesellschafter generell kein Widerspruchserfordernis besteht. Gleiche Wirkung hätte eine teleologische Fiktion (fingierter Widerspruch des Abwesenden).<sup>21)</sup> Begründung dafür ist einerseits das ansonsten bestehende Spannungsverhältnis zwischen § 38 Abs 7 und § 41 GmbHG und andererseits das *argumentum ad absurdum*, dass ansonsten eine Verletzung von Präsenzquoten faktisch oft folgenlos bliebe. Dies entspräche im Ergebnis auch der in Deutschland geltenden Rechtslage,<sup>22)</sup> auch wenn dort im GmbH-Recht kein formelles Widerspruchserfordernis besteht.<sup>23)</sup>

## 3. Sonstige Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis

Ein Teil der Lehre bejaht eine teleologische Reduktion des Widerspruchserfordernisses in dem Fall, in dem einem Gesellschafter der Mangel des Beschlusses nicht erkennbar ist.<sup>24)</sup> Auch wenn hier primär an Rechtsirrtümer gedacht wird, könnte dies für den Fall eines verletzten Präsenzquorums fruchtbar gemacht werden. Das „Grundproblem“ ist dasselbe: Der Gesellschafter, der rechtswidriges Handeln nicht erwartet oder nicht als solches erkennt, wird seine Möglichkeit zur Ausübung des Widerspruchsrechts nicht nutzen. Ein nicht erkennbarer Mangel könnte dann vorliegen, wenn ein Gesellschafter weder absehen kann, dass durch seine Abwesenheit ein Präsenzquorum unterschritten wird, noch von der zu erwartenden Abwesenheit anderer Gesellschafter weiß. In diesem Fall wird er sich darauf verlassen, dass seine Mitgesellschafter auch in seiner Abwesenheit den Gesellschaftsvertrag einhalten und keine präsenzwidrigen Beschlüsse fassen werden, und seinem Schweigen kann nicht die – für den Telos des Widerspruchserfordernisses maßgebliche – Bedeutung gegeben werden, er stimme der fehlerhaften Beschluss-

fassung zu. Der OGH hat Sympathie für die Ausnahme vom Widerspruchserfordernis bei nicht erkennbaren Mängeln geäußert,<sup>25)</sup> wengleich iZm dem Übersehen eines höheren Konsensquorums. Er stellte dabei aber sehr hohe Anforderungen an die Nichterkennbarkeit.

Die Rsp hat auch eine Verpflichtung, bei der Wahl von Ort und Termin auf die Interessen von Gesellschaftern Bedacht zu nehmen, bejaht.<sup>26)</sup> Allgemein dürfen Generalversammlungen nicht zu einem Zeitpunkt angesetzt werden, an dem bekanntermaßen Gesellschafter nicht anwesend sind.<sup>27)</sup> Außerdem hat die Einladung zur Generalversammlung auf eine Weise zu erfolgen, bei der davon auszugehen ist, dass der Gesellschafter davon Kenntnis erlangen kann, also nicht zB unerwartet als Teil eines Konvoluts an Unterlagen.<sup>28)</sup> Hierbei soll es sich um einen Fall der nicht gehörigen Einberufung handeln, für den § 41 Abs 2 GmbHG ausdrücklich eine Ausnahme vom Widerspruchserfordernis vorsieht. Eventuell ließe sich hiermit das Problem der fehlenden Anfechtbarkeit präsenzwidriger Beschlüsse durch die Geltendmachung mangelnder Rücksichtnahme bei der Terminfindung umschiffen, zumindest in manchen Fällen. Die Rücksichtnahmepflicht dürfte umso stärker sein, je weniger Gesellschafter vorhanden sind, je mehr also auf die Erfordernisse des Einzelnen eingegangen werden kann (im Anlassfall waren es zB nur zwei Gesellschafter). Die Rücksichtnahmepflicht wird aber realistischer Weise nicht alle Verhinderungsgründe erfassen können, zB nicht sehr kurzfristig eintretende Hindernisse wie Erkrankungen. Abzuwägen ist zwischen dem Teilnahmerecht des Gesellschafters und der Dringlichkeit der Versammlung.<sup>29)</sup>

## 4. Schadenersatz

Nach hA ist die Erhebung von Schadenersatzansprüchen gegen treuwidrig abstimmende Gesellschafter erst nach der Nichtigerklärung des Beschlusses möglich; überhaupt können derartige Fehler nach der Rsp nicht außerhalb des dafür nach § 41 GmbHG vorgesehenen Verfahrens geltend gemacht werden.<sup>30)</sup> Nach der Lehre *Thöni*<sup>31)</sup> soll jedoch bei Unzumut-

18) *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 41 Rz 63 mwN.

19) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 41 Rz 14 und 49.

20) IdS OGH 17. 10. 1995 11 Os 114/95.

21) *Frenzel*, GES 2016, 209 (216).

22) Vgl *Werner*, GmbHR 2009, 289 (292); *Hillmann* in *Hensler/Strohn*, GmbHG<sup>3</sup> (2016) § 47 Rz 6–7.

23) *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht<sup>3</sup> (2014) Rz 177.

24) *Linder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG § 41 GmbHG Rz 138; *Baumgartner/Mollhuber/Torggler* in *Torggler* (Hrsg), GmbHG § 41 Rz 32.

25) OGH 16. 12. 2003 4 Ob 241/03 z.

26) OGH 19. 4. 2012, 6 Ob 60/12 k.

27) RIS-Justiz RS0059692.

28) *Melicharek/Haberler*, Einberufungsmängel bei der GmbH-Generalversammlung: Vom weltreisenden Gesellschafter zur versteckten Einberufung, Aufsichtsratsaktuell 2012 H 2, 8.

29) *Plug/Weber*, GesRZ 2017, 277.

30) RIS-Justiz RS0060145.

31) *Thöni*, Beschlussanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH-Recht, *ecolex* 1993, 748; zustimmend *Torggler*, Treuepflichten im

barkeit der Anfechtung (oder überhaupt Unmöglichkeit wie im vorliegenden Fall) ein Schadenersatzanspruch der übrigen Gesellschafter und auch der Gesellschaft bestehen. Inhalt dieses Schadenersatzanspruchs wäre als Naturalrestitution wohl die Neufassung des Beschlusses. Diese müsste grundsätzlich als Aufhebungsbeschluss *ex tunc* erfolgen, hat der Beschluss bereits bindende Außenwirkung erlangt, jedoch als Widerrufsbeschluss bloß *ex nunc*.<sup>32)</sup>

Diese Lösung ist allerdings ebenfalls mit Unsicherheit behaftet, da soweit ersichtlich der OGH dazu noch nicht Stellung genommen hat und sie seinen erkennbaren Intentionen (Fortbestand von präsenzwidrigen Beschlüssen, wenn nur Abwesende sie beseitigen wollen) entgegensteht. Zu beachten ist auch, dass die Schadenersatzlösung die Anfechtbarkeit nicht komplett ersetzen kann, da sie im Falle bereits eingetretener Außenwirkung lediglich *ex nunc* wirkt, die Anfechtung hingegen zur *ex tunc*-Aufhebung führt. Nur hingewiesen wird zuletzt auf das Erfordernis von (zumindest leichtem) Verschulden.

## 5. Vertragliche Abbedingung des Widerspruchserfordernisses

Die §§ 41 ff GmbHG werden als relativ zwingendes Recht (zugunsten des Anfechtenden) angesehen. Daher sollte eine Ausdehnung der Anfechtungslegitimation zulässig sein, weshalb auch eine Abbedingung des Widerspruchserfordernisses im Gesellschaftsvertrag möglich sein sollte. Die hinter dem Widerspruchserfordernis stehenden Erwägungen betreffen lediglich das Verhältnis der Gesellschafter untereinander; sie dienen hingegen nicht zum Verkehrsschutz.<sup>33)</sup> Eine Option wäre es daher, auf das Widerspruchserfordernis für abwesende Gesellschafter bei Anfechtung präsenzwidriger Beschlüsse schon im Gesellschaftsvertrag zu verzichten – was jedenfalls dann anzuraten ist, wenn mit dem Präsenzquorum die Einräumung besonderer Minderheitenrechte beabsichtigt wird.

## E. Schutz gegen schikanöse Anfechtungen

Die hier geäußerten Ansichten besagen nicht, dass der „Sabotage“ von Beschlüssen durch absichtliches Fernbleiben in der Generalversammlung Tür und Tor geöffnet wären. Als Korrektiv, um das – vom OGH zu Recht in seine Überlegungen einbezogene – schikanöse Fernbleiben zur Verhinderung von Beschlüssen hintanzuhalten, bietet sich in erster Linie der Einwand des Rechtsmissbrauchs an. Dass dieser auch bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen zur Anwendung kommt, ist unstrittig. Rechtsmissbrauch liegt insb dann vor, wenn ein Gesellschafter sich besondere Vorteile für sein Handeln versprechen lässt, also zB einen Geldbetrag dafür fordert, dass er einen Beschluss nicht anfecht.<sup>34)</sup>

Außerdem ist zu untersuchen, ob sich nicht aus der Treuepflicht eine Verpflichtung ergeben kann, eine Anfechtung im Interesse der Gesellschaft zu unterlassen. Bezüglich einer Publikums-AG hat der OGH entschieden, dass die Treuepflicht keine über das Verbot des Rechtsmissbrauchs hinausgehende Verpflichtung beinhaltet, von der Erhebung einer Anfechtungsklage Abstand zu nehmen.<sup>35)</sup> Allgemein

steht es dem Gesellschafter frei, bei Verfolgung seiner eigennützigen Rechte – und als solches dürfte die Einhaltung des Präsenzquorums entgegen der OGH-Rsp zu sehen sein – seine eigenen Interessen über jene der Gesellschaft zu stellen.<sup>36)</sup>

UU besteht allerdings eine auf der Treuepflicht beruhende Verpflichtung von Gesellschaftern zur Teilnahme an der Generalversammlung<sup>37)</sup> oder eine Abstimmungspflicht.<sup>38)</sup> Nach der Judikatur kann sich in extremen Fällen sogar eine Zustimmungspflicht ergeben,<sup>39)</sup> wenn nämlich ansonsten dringend benötigte Sanierungsmaßnahmen verhindert werden oder die Existenz der Gesellschaft bedroht wird – dies wurde vom OGH etwa bereits iZm der Thesaurierung von Gewinnen ausgesprochen.<sup>40)</sup> Ähnliches muss auch für die Anfechtung von präsenzwidrigen Beschlüssen gelten. In allen Fällen einer Zustimmung- oder Teilnahmepflicht könnte naheliegenderweise ein ferngebliebener Gesellschafter nicht wegen der Verletzung von Präsenzquoten anfechten, denn damit würde er sich auf einen Zustand stützen, den er selbst treuwidrig herbeigeführt hat.<sup>41)</sup>

Zusammengefasst wäre es sinnvoller, über die „Schädlichkeit“ einer Anfechtung wegen Präsenzwidrigkeit im Einzelfall zu entscheiden und sie somit nur im Fall von Treuwidrigkeit oder gar Rechtsmissbrauch zu bejahen, anstatt pauschal das Beharren auf vertraglich vereinbarten Präsenzquoten unter Verdacht zu stellen.

Liegen Treuwidrigkeit oder Rechtsmissbrauch nicht vor, verbliebe dann nur die – eben vom Gesetz vorgesehene – Einberufung einer Folgeversammlung. Hier würde kein Präsenzquorum gelten – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, wobei von einer solchen Vereinbarung abzuraten ist. Interessant für den Fall, dass eine „Blockade“ durch einen Gesellschafter bereits absehbar ist, wäre die Einberufung der Folgeversammlung zeitgleich mit der Einberufung der ersten Versammlung; allerdings ist dies nach der Rsp nicht möglich.<sup>42)</sup> Somit endet die Verzögerung frühestmöglich mit der neuerlichen Einberufung und dem Ablauf der siebentägigen (oder allfälligen längeren, vertraglichen) Einberufungsfrist.

faktischen GmbH-Konzern (2007) 148; *Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 36 (Stand 1. 11. 2015, rdb.at).

32) *Thöni*, *ecolex* 1993, 747 (748); *Frenzel*, GES 2016, 209 (216).

33) *Linder in Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) zu § 41 GmbHG Rz 13.

34) *Linder in Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) zu § 41 GmbHG, Rz 112.

35) OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16 w.

36) RIS-Justiz RS0107912.

37) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 362 für den Fall, dass die Versammlung ansonsten weder in der Erst- noch in der Folgeversammlung beschlussfähig wäre.

38) *Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 31.

39) *Pelinka in Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG zu § 61 GmbHG Rz 33 mwN; zum AktG s *Kals in Kals/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/164 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at).

40) OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12 t.

41) *Linder in Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG § 41 GmbHG Rz 139.

42) OGH 20. 11. 1929, 2 Ob 927/29 SZ 11/235.

- *Entgegen der abzulehnenden Rsp des OGH sollte, wie bereits von einigen namhaften Autoren gefordert, durch teleologische Reduktion des Widerspruchserfordernisses auch einem nicht anwesenden Gesellschafter die Anfechtung von präsenswidrig zustande gekommenen Beschlüssen ermöglicht werden. Widrigenfalls wäre ein Präsenzquorum mangels Durchsetzbarkeit weitgehend bedeutungslos. Nach Ansicht der Autoren würde diese Lösung auch den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers – insb unter Zusammenschau mit § 38 Abs 7 GmbHG – besser entsprechen. Die vom OGH vorgebrachten Argumente des Wortlauts und der rein „abstrakten“ Möglichkeit zum Missbrauch vermögen im Vergleich dazu nicht zu überzeugen bzw sind zu wenig differenziert, da möglichem Missbrauch besser durch die Annahme von Teilnahme- oder Abstimmungspflichten in besonderen Fällen begegnet werden könnte. Vielleicht erhält der OGH in näherer oder fernerer Zukunft eine Gelegenheit, von seiner bisherigen Ansicht abzugeben.*
- *Bis dahin verbleibt die Frage, wie mit der Verletzung von Präsenzquoren ansonsten umzugehen ist. Diesbezüglich dürfte die Erwartungshaltung von so manchem Gesellschafter enttäuscht werden, denn sie entfalten keinen wirksamen Schutz. Es muss daher – solange der OGH seine hier kritisierte Rsp nicht aufgegeben hat – empfohlen werden, dem „Ratschlag“ des OGH zu folgen und sich im Falle einer Verhinderung rechtzeitig um eine Vertretung in der Generalversammlung zu bemühen. Nur wenn der Termin der Generalversammlung ohne Rücksichtnahme auf den Gesellschafter festgelegt wurde, ist er zur Anfechtung berechtigt. Ob auch Schadenersatzansprüche möglich sind, erscheint fraglich. Endgültige Abhilfe bieten kann aber eine Abbedingung des Widerspruchserfordernisses für Abwesende im Gesellschaftsvertrag.*