Nora ABURUMIEH / Thomas TRETTNAK*)

Deadlock bei Joint Ventures – Folgeversammlungen als Instrument gegen untätige Mitgesellschafter im GmbH-Recht?

Die Untätigkeit eines Gesellschafters kann Joint-Venture-Gesellschaften vor schwierige Probleme stellen. Das österreichische GmbH-Recht kennt allerdings Mechanismen, die dennoch die Willensbildung der Gesellschaft ermöglichen. Ihnen ist der folgende Beitrag gewidmet.

I. Pattsituationen bei Joint-Venture-Gesellschaften

In der Wirtschaftspraxis erfreuen sich Joint-Venture-Gesellschaften in Form von GmbHs, an denen zwei (oder mehrere) Gesellschafter zu jeweils gleichen Teilen beteiligt sind, großer Beliebtheit. Unerfreulich ist, wenn einer der Gesellschafter – willentlich – die Entscheidungsfindung durch Passivität bzw Abwesenheit bei Gesellschafterversammlungen blockiert und weder im Gesellschaftsvertrag noch in einer etwaigen Syndikatsvereinbarung Lösungsszenarien bei Unstimmigkeiten sowie generell bei Pattsituationen in Entscheidungsfindungsprozessen zwischen Gesellschaftern vorgesehen sind.

Insb die Untätigkeit durch eine der (beiden) Gesellschafter kann solche Joint-Venture-Gesellschaften vor schwierige Probleme, auch auf operativer Ebene, stellen. Das österreichische GmbH-Recht kennt allerdings Mechanismen, die dennoch die Willensbildung der Gesellschaft ermöglichen. Bei „Desinteresse" des „untätigen" Gesellschafters hat der Mitgesellschafter grundsätzlich (dh sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regelt) etwa gem § 38 Abs 7 GmbHG die Möglichkeit, alleine (unabhängig von einem Anwesenheitsquorum) eine Generalversammlung (in der Folge: GV) abzuhalten und dort für die Gesellschaft uU vereinfacht Beschlüsse zu fassen. Der untätige Gesellschafter kann die Entscheidungsfindung der Gesellschaft somit nicht „lahmlegen", vorausgesetzt der einberufende Gesellschafter beachtet alle Formalvoraussetzungen des § 38 GmbHG.

II. Grundsätzliches zu § 38 Abs 6 und 7 GmbHG

Im Vergleich zum deutschen GmbH-Recht, nach dem die Gesellschafterversammlung grundsätzlich – dh sofern keine anderen statutarischen Regelungen vorhanden sind – beschlussfähig ist, wenn auch nur ein stimmberechtigter Gesellschafter erscheint,[1]) fordert § 38 Abs 6 des österreichischen GmbHG grundsätzlich für die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung die Anwesenheit von mindestens 10 % des Stammkapitals.[2])

Kommt das erforderliche Präsenzquorum in der Gesellschafterversammlung nicht zustande, ist gem § 38 Abs 7 GmbHG die Einberufung einer Folgeversammlung vorgesehen, die – wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt – ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist.[3]) Damit wird dem anwesenden Gesellschafter die Möglichkeit eröffnet, bei dieser zweiten Gesellschafterversammlung auch ohne Einhaltung eines Präsenzquorums und daher (bspw gegen den Willen eines – sonst die Stimmherrschaft innehabenden – Mehrheitsgesellschafters) wirksam Beschlüsse zu fassen. Soll die gesetzliche Regelung des § 38 Abs 7 GmbHG – dh Beschlussfähigkeit der zweiten GV ohne Rücksicht auf ein besonderes Präsenzquorum – nicht zur Anwendung gelangen, muss dies im Gesellschaftsvertrag mit ausreichender Deutlichkeit vorgesehen werden.[4])

Regelungszweck der Vereinfachung der Voraussetzungen der Beschlussfähigkeit der wiederholten Gesellschafterversammlung ist zum einen die Erleichterung der Bedingungen der wirksamen Willensbildung in der Gesellschaft; zum anderen soll durch das Gebot, dass die zweite Versammlung an einem späteren Tag einberufen werden muss, hintangehalten werden, dass der von der Einberufung überraschte Gesellschafter am Erscheinen in der (nun entscheidenden) zweiten Versammlung ausgeschlossen bleibt.[5]) Aus Schutzgesichtspunkten gegenüber

*) Dr. *Nora Aburumieh* und Dr. *Thomas Trettnak*, LL.M./CM (Northwestern/Kellogg) sind Rechtsanwälte in Wien.

[1]) Vgl etwa *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[9], § 48 Rz 41 f; *Wolff* in *Priester/Mayer*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III[3], § 39 Rz 73.

[2]) Von diesem Erfordernis kann der Gesellschaftsvertrag nach oben sowie nach unten abweichen, er kann das Mindestquorum auch vollständig beseitigen, er kann bspw aber auch die Anwesenheit eines bestimmten Anteils am Kapital mit einer Kopfquote kombinieren. Meist wird ein höheres als das gesetzlich vorgegebene Präsenzquorum vorgesehen, um das Risiko der Beschlussfassung durch die anwesenden Gesellschafter entgegen dem Willen von abwesenden Gesellschaftern zu minimieren. Vgl zu den einzelnen Möglichkeiten *Gellis*, GmbHG[6], § 38 Rz 13; *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 38 Rz 15; *Fritz*, Handbuch der GmbH-Beratung II, Register 6B Kap 1.14 und IV, Register 1A Kap 3.1.

[3]) Diese Rechtsfolge setzt jedoch voraus, dass die erste Versammlung ordnungsgemäß einberufen wurde. Vgl *Wolff* in *Priester/Mayer*, Handbuch III[3], § 39 Rz 75; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[18], § 48 Rz 4.

[4]) OGH 16.10.1986, 6 Ob 36/85, RdW 1987, 83 (85) = SZ 59/172; *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 38 Rz 16.

[5]) OGH 16.10.1986, 6 Ob 36/85, RdW 1987, 83 (85) = SZ 59/172.

den Mitgesellschaftern ist die Einberufung der Ersatzversammlung erst zulässig, wenn die zunächst einberufene Versammlung an der mangelnden Erfüllung eines Anwesenheitsquorums scheitert.[6]) Eine Koppelung der Einberufung für die erste und zweite Versammlung ist unzulässig.[7]) Den Gesellschaftern soll hinreichend Zeit und Gelegenheit gegeben werden, nach Scheitern der ersten Versammlung die gegensätzlichen Meinungen durch Aussprache zu klären. Nur wenn diese Möglichkeit gewahrt ist, soll eine Gesellschafterversammlung, an der nicht alle Gesellschafter teilnehmen, zu einer Entscheidung befugt sein.[8])

In der Ladung zu der Folgeversammlung – die unter Einhaltung der auch sonst erforderlichen Formalitäten zu erfolgen hat[9]) – muss einerseits auf die gescheiterte Erstversammlung hingewiesen werden und andererseits auch auf den Umstand, dass in der neu einberufenen Folgeversammlung Beschlüsse unabhängig von einem bestimmten Anwesenheitsquorum gefasst werden können.[10]) Der Einladung zur Folgeversammlung kommt daher auch eine besondere Warnfunktion zu.

Der Wirkungskreis der besonderen Rechtsfolge von § 38 Abs 7 GmbHG erstreckt sich jedoch nur auf jene Tagesordnungspunkte, die auch schon in der ersten GV zur Debatte standen. Stellt etwa eine Gesellschafterminderheit einen Antrag auf Ergänzung der Tagesordnung der Folgeversammlung gem § 38 Abs 3 GmbHG, so kommt hinsichtlich dieser zusätzlichen Tagesordnungspunkte § 38 Abs 6 GmbHG (Beschlussfassung nur bei entsprechendem Präsenzquorum) und nicht § 38 Abs 7 GmbHG zur Anwendung.[11])

Fehlt es überhaupt an einer Einberufung oder wurde die Versammlung von Unzuständigen einberufen, so sind gleichwohl gefasste Beschlüsse nichtig. Andere Einberufungsmängel – wie Verletzung gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Fristenregelungen – begründen hingegen nur die Anfechtbarkeit des Beschlusses.[12]) Eine Vollversammlung saniert diese Einberufungsmängel, sie kann wirksam Beschlüsse fassen (§ 38 Abs 4 GmbHG).

III. Verpflichtung zur Einberufung einer Folgeversammlung?

Nach dem Gesetzeswortlaut „ist" eine zweite Versammlung „zu berufen". Ob das Gesetz damit eine Verpflichtung zur Einberufung der zweiten Versammlung statuiert, ist unklar.[13])

Grundsätzlich ist zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung nach dem Gesetz jeder Geschäftsführer befugt.[14]) Der Gesellschaftsvertrag kann darüber hinaus auch andere Personen bzw Organe zur Einberufung einer GV ermächtigen, auch einzelne Gesellschafter können mit einem derartigen Einberufungsrecht ausgestattet werden.[15]) Steht nach dem Gesellschaftsvertrag einem einzelnen Gesellschafter kein Einberufungsrecht zu, ist er auf die Ausübung des Minderheitenrechts gem § 37 Abs 1 GmbHG angewiesen: Demnach kann eine Minderheit von 10 % (oder eines im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen niedrigeren Anteils) des Stammkapitals schriftlich und unter Angabe des Zwecks die Einberufung einer GV von der Gesellschaft verlangen. Die Aufforderung ist an die Gesellschaft zu richten.[16]) Wird einem solchen Verlangen von den dazu berufenen Organen nicht binnen 14 Tagen nach der Aufforderung entsprochen oder sind keine Einberufungsorgane vorhanden, so können die Antragsteller die Versammlung gem § 37 Abs 2 GmbHG selbst einberufen.

Bei der Frage, ob eine Verpflichtung zur Einberufung zur Folgeversammlung besteht, ist uE zu differenzieren: War das Einberufungsorgan bereits ursprünglich zur Einberufung der ersten Versammlung verpflichtet,[17]) so erstreckt sich diese Verpflichtung auch auf die Folgeversammlung. Erfolgte die Einberufung der ursprünglichen GV jedoch ohne eine dahingehende Verpflichtung, lag sohin die Einberufung im freien Ermessen der Einberufenden, kann das Einberufungsorgan uE auch von der Einberufung der Folgeversammlung absehen und die angekündigten Tagesordnungspunkte daher unerledigt lassen. Die Gesellschafter haben uE– bei Fehlen einer entsprechenden Verpflichtung zur Abhaltung einer GV bzw zu bestimmten Beschlussfassungen – grundsätzlich keinen Anspruch auf Abstimmung einmal zur Beschlussfassung

[6]) *Nowotny*, Folgeeinberufung mangels Erfüllung des Präsenzquorums, RdW 1998, 177 (178); *Koppensteiner*, GmbHG², § 38 Rz 16; vgl dazu BGH, WM 1998, 347.

[7]) *Gellis*, GmbHG⁶, § 38 Rz 15.

[8]) BGH, WM 1998, 347; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁸, § 48 Rz 4.

[9]) *Karollus*, Einberufung der Gesellschafterversammlung durch die Gesellschafter (OLG München ZIP 1994, 1021), RdW 1995, 4 (5).

[10]) *Nowotny*, RdW 1998, 178.

[11]) *Koppensteiner*, GmbHG², § 38 Rz 16.

[12]) So *Koppensteiner*, GmbHG², § 38 Rz 11; siehe dazu auch *Gellis*, GmbHG⁶, § 38 Rz 10.

[13]) Die Verpflichtung zur Einberufung bejahend *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 411; *Karollus*, RdW 1995, 5; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG⁹, § 48 Rz 42; aA (keine Verpflichtung) *Reich-Rohrwig*, GmbHG, 339; *Koppensteiner*, GmbHG², § 38 Rz 2 und 16; *Gellis*, GmbHG⁴ (2000) § 38 Rz 14; *Nowotny*, RdW 1998, 177.

[14]) Erfordert es das Wohl der Gesellschaft, ist gem § 30j Abs 4 GmbHG auch der Aufsichtsrat (sofern vorhanden) zur Einberufung einer GV verpflichtet.

[15]) OGH 16.10.1986, 6 Ob 36/85, RdW 1987, 83 (85) = SZ 59/172; *Fritz*, Handbuch IV, Register 1A Kap 3.2.5; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG⁸, § 49 Rz 34; *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz¹⁵, § 49 Rz 6, *Gellis*, GmbHG⁶, § 37 Rz 3.

[16]) Dh nicht (nur) an die Geschäftsführer, weil § 37 Abs 2 GmbHG auf alle einberufungsbefugten Organe (und eben nicht nur die Geschäftsführer) Bezug nimmt; siehe *Koppensteiner*, GmbHG², § 37 Rz 4; *Gellis*, GmbHG⁶, § 37 Rz 6.

[17]) Etwa bei Einberufung durch den Aufsichtsrat gem § 30j Abs 4 GmbHG, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert, oder bei Einberufung durch den Geschäftsführer gem § 36 Abs 2 GmbHG, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, insb bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals, oder bei Einberufung infolge eines Minderheitsbegehrens gem § 37 Abs 1 GmbHG; zum Einberufungsrecht der Minderheit bei der Folgeversammlung siehe noch unter Pkt IV.

angekündigter Tagesordnungspunkte (siehe auch noch unten Pkt IV.).

Lädt der Geschäftsführer bspw zu einer GV, um sich in einer Geschäftsführungsangelegenheit freiwillig eine Weisung der Gesellschafter einzuholen, ist die Versammlung aber mangels Erreichens des erforderlichen Präsenzquorums nicht beschlussfähig, und beschließt der Geschäftsführer nach pflichtgemäßer Ermessensübung, die Angelegenheit nun doch nicht der GV vorzulegen, ist er zur Einberufung einer Folgeversammlung uE nicht verpflichtet. Die Gesellschafter haben nämlich uE – sofern im Einzelfall keine Verpflichtung zur Befassung der Gesellschafter besteht – keinen Anspruch auf Abstimmung über einmal angekündigte Beschlussfassungen und Agenden, die der Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung freiwillig vorlegt.

Selbst wenn eine Verpflichtung zur Einberufung einer Folgeversammlung in diesen Fällen bejaht wird, kann diese Verpflichtung dann nicht greifen, wenn das Zustandekommen der ersten GV treuwidrig vereitelt wurde, die Gesellschafter daher der ersten Versammlung wider besseres Wissen fernblieben.[18]) Selbiges muss uE auch dann gelten, wenn die Minderheit gem § 37 Abs 1 GmbHG von der Gesellschaft die Einberufung einer Versammlung fordert und dann einer von der Geschäftsführung einberufenen GV fernbleibt. In diesen Fällen ist uE der Geschäftsführer zur Folgeeinberufung der Versammlung nicht verpflichtet.

IV. Zuständigkeit zur Einberufung einer Folgeversammlung

Fraglich ist weiters, wer die Folgeversammlung einberufen kann. In der Praxis könnte die Frage nach der Zuständigkeit zur Einberufung der Folgeversammlung etwa dann bedeutend werden, wenn sich in der Gesellschaft zwei zu je 50 % beteiligte Gesellschafter, die jeweils mit einem gesellschaftsvertraglichen Einberufungsrecht ausgestattet sind, gegenüberstehen und die erste Versammlung von einem der Gesellschafter versäumt wurde. Jeder der Gesellschafter könnte ein Interesse haben, die zweite Versammlung an einen für ihn günstigen Termin – Datum und Ort – (innerhalb der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Vorgaben) zu platzieren, in der Hoffnung, dass der andere „lästige" Gesellschafter an diesem Termin verhindert ist und somit dem einberufenden Gesellschafter die Möglichkeit eröffnet ist, gegen den Willen des ferngebliebenen anderen 50-%-Gesellschafters Beschlüsse zu fassen.[19])

Das Gesetz nimmt zur Zuständigkeit für die Einberufung der Folgeversammlung nicht ausdrücklich Stellung.

Nach *Koppensteiner* ist das ursprüngliche Einberufungsorgan zuständig; bei Einberufung nach § 37 Abs 2 GmbHG wären das also auch anwesende Mitglieder der Minderheit.[20]) Laut *Gellis* können, wenn die GV zunächst von einer Minderheit nach § 37 Abs 2 GmbHG[21]) einberufen wurde, auch Geschäftsführer (bzw der Aufsichtsrat) zur GV laden.[22]) Nach *Karollus* ist eine neuerliche Versammlung vom „sonst zuständigen Einberufungsorgan" zu berufen.[23])

Wie bereits eingangs erwähnt, kann auch nach dem deutschen GmbHG im Gesellschaftsvertrag ein Anwesenheitsquorum festgesetzt werden und für die Folgeversammlung die Beschlussfassung ohne Anwesenheitsquorum vorgesehen werden;[24]) dann kommt es – wie in Österreich – zu einer Folgeversammlung.[25]) Nach *Zöllner* kann jedoch von einer Folgeversammlung nicht gesprochen werden, wenn die zweite Versammlung als Gegenversammlung von einem anderen Geschäftsführer einberufen wurde.[26]) Nach *Wolff* spielt es für die Gewährleistung der Handlungsfähigkeit keine Rolle, wer Erst- und Zweitversammlung einberuft, solange die Beschlussgegenstände beibehalten werden.[27])

Aus der Systematik des GmbHG könnte – wegen der prinzipiellen Unterscheidung der Rechtsposition des Einberufenden und der sonstigen durch die Einberufung tangierten Personen – abgeleitet werden, dass der ursprünglich Einberufende zur Folgeversammlung zu laden hat: Gem § 38 Abs 3 GmbHG steht nämlich dem – die GV nicht einberufenden – Minderheitsgesellschafter das Recht zu, die Ergänzung der Tagesordnung zu fordern. Gem § 38 Abs 4 GmbHG kann demgegenüber der ursprünglich Einberufende[28]) Gegenstände der Tagesordnung ergänzen. Das GmbHG unterscheidet daher grundsätzlich zwischen 1.) der Stellung desjenigen, der die GV ursprünglich einberufen hat, und 2.) den Befugnissen und Rechten anderer Beteiligter. Diese Zweiteilung der Kompetenzaufteilung könnte über den Anwendungsbereich der ursprünglichen Versammlung auch auf die Folgeversammlung erstreckt werden, sodass nur der ursprünglich Einberufende zur Einberufung der Folgeversammlung berufen ist. Andere Beteiligte (zB Minderheitsgesellschaf-

[18]) Vgl. dazu *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[9], § 48 Rz 42; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[18], § 48 Rz 4. Dieses Ergebnis muss uE auch für die österreichische Rechtslage gelten; nach deutschem Recht ist die GV zwar unabhängig von einem gesetzlichen Präsenzquorum beschlussfähig, ein solches kann jedoch in den Statuten vorgesehen werden. In diesem Fall entspricht die Sachlage der österreichischen und ist mit dieser daher vergleichbar (anders offenbar OGH, SZ 59/172).

[19]) Wobei für die Einberufung der Folgeversammlung insb hinsichtlich der Termin- und Ortswahl das Gebot der Rücksichtnahme auf die Gesellschafter gilt, siehe noch weiter unten.

[20]) *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 38 Rz 16.

[21]) Zum speziell gelagerten Fall des § 37 Abs 2 GmbHG siehe auch noch unten.

[22]) *Gellis*, GmbHG[4] (2000) § 38 Rz 14; siehe auch *Gellis*, GmbHG[5] (2004) § 38 Rz 14.

[23]) *Karollus*, RdW 1995, 5.

[24]) *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[9], § 48 Rz 42; *Wolff* in *Priester/Mayer*, Handbuch III[3], § 39 Rz 75; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[18], § 48 Rz 3 f.

[25]) *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[9], § 48 Rz 42.

[26]) *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[18], § 48 Rz 4 mit uE unpassendem Hinweis auf OLG Hamm, DB 1992, 263.

[27]) *Wolff* in *Priester/Mayer*, Handbuch III[3], § 39 Rz 75.

[28]) Dh ein Geschäftsführer, aber etwa auch ein dazu im Gesellschaftsvertrag ermächtigter Gesellschafter.

ter) könnten demnach nur die Ergänzung der Tagesordnung verlangen, wobei zu beachten ist, dass bei zusätzlich angeordneten Tagesordnungspunkten die in § 38 Abs 7 GmbHG angeordnete Rechtsfolge nicht gilt, sondern sich nur auf jene Tagesordnungspunkte erstreckt, die auch zur ersten Versammlung angekündigt waren.

Demgegenüber spricht der Regelungszweck des § 38 Abs 7 GmbHG – Folgeversammlung mit dem „Bonus" der leichteren Beschlussfassung – prinzipiell nicht gegen die Folgeeinberufung durch jemand anderen als denjenigen, der die ursprüngliche GV einberufen hat: Derjenige, der zu einer GV lädt, soll bei Nichterreichen des erforderlichen Präsenzquorums den Vorteil einer (vereinfachten) Beschlussfassung (nämlich ohne Anwesenheitserfordernis) haben. Dadurch, dass jemand anderer zur neuerlichen GV lädt, entsteht dem ursprünglich Einberufenden nämlich prinzipiell kein Nachteil, die Rechtsfolge der erleichterten Beschlussfassung bleibt auch bei Einberufung durch einen anderen (etwa einen anderen Gesellschafter, der gesellschaftsvertraglich zur Einberufung ermächtigt ist) erhalten. Beschlüsse über andere Tagesordnungspunkte als die ursprünglich angekündigten können in der Folgeversammlung ohnehin nicht ohne Anwesenheitserfordernis gefasst werden (§ 38 Abs 7 GmbHG gilt für diese Fälle nicht); insofern erscheint der ursprünglich Einberufende auch nicht schutzwürdig, sodass nicht nur dieser, sondern grundsätzlich auch jemand anderer die Folgeversammlung einberufen können sollte. Der einzige Nachteil für den ursprünglich Einberufenden könnte in einer ungünstigen Termin- oder Ortswahl liegen. Diesbezüglich kann aber auf das Rücksichtnahmegebot zwischen den Gesellschaftern verwiesen werden. So soll zB nicht auf ein solches Datum berufen werden, von dem bekannt ist, dass Gesellschafter abwesend sein werden. Es soll nicht versucht werden, andere Gesellschafter fernzuhalten, sondern es ist nach den Regeln der Redlichkeit vorzugehen.[29]) Legitime Belange der Gesellschafter sind bei der Festlegung von Termin und Ort, außer in Fällen besonderer Dringlichkeit, zu berücksichtigen.[30]) Die Wahl des Versammlungstermins und -ortes ist durch die Zumutbarkeit und die allgemeine Loyalitätspflicht begrenzt.[31])

Werden diese Grenzen eingehalten, ist grundsätzlich von der Zulässigkeit der Einberufung der Folgeversammlung auch durch einen anderen als den ursprünglich Einberufenden auszugehen. Es wäre daher uE empfehlenswert, diese Grenzen bereits im Gesellschaftsvertrag zu präzisieren, insb zur Festlegung legitimer Belange der Gesellschafter und betreffend Regeln der Festlegung von Termin und Ort von Generalversammlungen.

In jenen Fällen, in denen eine Verpflichtung zur Einberufung einer Folgeversammlung anzunehmen ist (siehe oben Pkt III.), ist darüber hinausgehend anzunehmen, dass jedenfalls für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtung zur Folgeeinberufung durch den ursprünglich Einberufenden die Kompetenz zur Einberufung auch auf jemanden anderen übergehen kann. Diese Frage stellt sich insb iZm der Einberufung einer GV durch eine Minderheit gem § 37 Abs 2 GmbHG.

Fraglich ist, ob die Minderheit bei Anwendung von § 37 Abs 2 GmbHG in der ersten Versammlung bei Einberufung der Folgeversammlung wiederum auf den Geschäftsführer angewiesen ist und weitere 14 Tage zuwarten muss (§ 37 Abs 1 GmbHG) oder gleich die Folgeversammlung gem § 37 Abs 2 GmbHG einberufen kann. Nach § 37 Abs 1 GmbHG besteht die Verpflichtung des Geschäftsführers,[32]) auf Verlangen einer Minderheit von 10 % eine Versammlung einzuberufen, andernfalls kann die Minderheit dies selbst tun. Mangelt es hier jedoch am Präsenzquorum, so muss der Geschäftsführer eine Folgeversammlung einberufen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, geht die Kompetenz gem § 37 Abs 2 GmbHG auf die Minderheit über.[33])

Nach *Koppensteiner* hingegen ist das „ursprüngliche Einberufungsorgan" für die Einberufung der Folgeversammlung zuständig, was auch Minderheitsgesellschafter sein können (siehe bereits oben).[34]) Folglich wäre die Minderheit sofort (ohne nochmaliges Durchlaufen des in § 37 Abs 1 GmbHG vorgezeichneten Verfahrens) zur Einberufung der Folgeversammlung berechtigt. UE ist diesem Ergebnis nicht zu folgen, weil ein Kompetenzübergang zur Einberufung der GV auf die Minderheit eben erst vorgesehen ist, wenn der Geschäftsführer seinen dahingehenden Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. Die Tatsache, dass die erste GV mangels Erreichens des gesellschaftsvertraglich[35]) vorgesehenen Präsenzquorums nicht beschlussfähig war, liegt nicht im Einflussbereich und in der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer ist uE demnach zur Berufung der Folgeversammlung angehalten, die Minderheit hingegen auch bei einer Folgeversammlung vor Ablauf der in § 37 Abs 2 GmbHG vorgesehenen Frist noch nicht zur Einberufung zuständig.

UE ist jedoch die prinzipiell anzuerkennende Möglichkeit der Einberufung der Folgeversammlung durch einen anderen als den ursprünglich Einberufenden wie folgt einzuschränken: Bestand keine Verpflichtung zur Einberufung der ursprünglichen Versammlung (und besteht damit auch keine Verpflichtung zur Einberufung der Folgeversammlung – siehe oben Pkt III.), ist nur der ursprünglich Einberufende für die Einberufung der Folgeversammlung zuständig. Es liegt alleine in dessen Ermessen,

[29]) *Gellis*, GmbHG[6], § 38 Rz 5.

[30]) *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 38 Rz 7.

[31]) *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG[9], § 48 Rz 13.

[32]) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 37 Rz 6.

[33]) Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbHG, 339, wonach für die Folgeeinberufung dieselben Bestimmungen wie für die erste Versammlung gelten, wie auch das Recht zur Selbsthilfe-Einberufung.

[34]) *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 38 Rz 16.

[35]) Ist das gesetzlich vorgesehene Präsenzquorum des § 38 Abs 6 GmbHG anzuwenden (das sind 10 % des Stammkapitals), ist eine Folgeversammlung gem § 38 Abs 7 GmbHG nicht realistisch, wenn die die Einberufung der GV verlangende Minderheit (das sind mindestens 10 % des Stammkapitals) die GV besucht. Bleibt die die Einberufung verlangende Minderheit der GV aber fern, kann dies als Treuwidrigkeit gewertet werden (siehe bereits oben); in solchen Fällen ist der Geschäftsführer zur Einberufung der Folgeversammlung nicht verpflichtet.

die jeweiligen Tagesordnungspunkte in der GV zur Abstimmung zu bringen. Würde jemandem anderen die Kompetenz zur Einberufung einer Folgeversammlung zuerkannt, so würde mittelbar ein Anspruch auf Beschlussfassung einmal angekündigter Tagesordnungspunkte anerkannt werden. Dadurch würde dem zur Folgeversammlung Einberufenden für die Folgeversammlung – zwar beschränkt auf die ursprünglichen Tagesordnungspunkte, aber immerhin – der „Bonus" von § 38 Abs 7 GmbHG zugutekommen. Dies wäre uE insb bei widerstreitenden Gesellschafterinteressen abzulehnen. Will der neuerlich Einberufende die Vorteile dieser Bestimmung für sich nutzen, muss er zuerst den Weg über § 38 Abs 6 GmbHG (Einhaltung eines bestimmten Anwesenheitsquorums) oder einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Bestimmung gehen (siehe auch schon oben Pkt II.).

V. Zusammenfassung

Folgeversammlungen iSd § 38 Abs 7 GmbHG können als wirksames „Druckmittel" gegen untätige Mitgesellschafter in Joint-Venture-Gesellschaften eingesetzt werden. Dabei ist fraglich, ob nach Einberufung einer (ersten) GV eine Verpflichtung zur Einberufung einer Folgeversammlung besteht und wer für die Einberufung der Folgeversammlung zuständig ist.

Der Einberufende der Folgeversammlung ist uE nur dann zur Einberufung einer solchen Folgeversammlung *verpflichtet*, wenn schon zur Einberufung der ersten GV eine Verpflichtung bestand. In diesen Fällen kann mangels Schutzwürdigkeit des ursprünglich Einberufenden uE die Folgeversammlung auch durch jemand anderen (dazu grundsätzlich Befugten) einberufen werden.

Lag bereits die Einberufung der ersten Versammlung im *Ermessen* des Einberufenden, so kann uE auch nur dieser die Folgeversammlung einberufen. Andere (dazu grundsätzlich Befugte) haben uE diese Kompetenz nicht, da ihnen ansonsten mittelbar die Möglichkeit einer erleichterten Beschlussfassung hinsichtlich der angekündigten Tagesordnungspunkte und damit auch ein Anspruch auf Abstimmung einmal zur Beschlussfassung angekündigter Tagesordnungspunkte zukäme.

Vermeiden Sie als Arbeitgeber kostspielige Irrtümer!

Neu!

- Mit sämtlichen arbeitsrechtlichen Regelungen
- Inkl. der neuen Regelungen zur Flexibilisierung der gesetzlichen Arbeitszeiten
- Aktuelle Information zur Lohnpfändung sowie zur Ausländerbeschäftigung (EU-Erweiterung 2007)
- **Über 900 konkrete Tipps und 73 Mustervorlagen für die Praxis**

Rauch
6., überarb. Aufl. 2007
744 Seiten, kart., inkl. CD-ROM
ISBN 978-3-7073-1175-4
EUR 78,–

Arbeitsrecht für Arbeitgeber stellt in verständlicher und kompakter Weise die in der Praxis wichtigsten Bereiche des Arbeitsrechts dar und gibt zahlreiche Tipps, wie der Arbeitgeber typische bzw. häufig kostspielige Fehler und Mängel vermeiden kann. Darüber hinaus ermöglichen zahlreiche in den Text integrierte Muster einen einfachen und raschen Zugang zu geeigneten Formulierungen für Erklärungen und Vereinbarungen, welche die Rechtsposition des Arbeitgebers entsprechend stärken und sichern. **Sämtliche Muster sind auch auf der beiliegenden CD-ROM enthalten.**

Etliche Zitate aus Entscheidungen und die Angabe zahlreicher Geschäftszahlen ermöglichen dem Arbeitgeber, seine Rechtsauffassung in Diskussionen mit Mitarbeitern und dem Betriebsrat konkret zu belegen. In die 6. Auflage wurden neben zahlreichen aktuellen Gerichtsentscheidungen insbesondere die neuen Regelungen zum Arbeitszeitrecht und zur Ausländerbeschäftigung (EU-Erweiterung 2007) aufgenommen.

Dr. Thomas Rauch, Jurist, seit 1992 im arbeitsrechtlichen Bereich der Wirtschaftskammer Wien (WKW) tätig. Buchautor, Verfasser zahlreicher Artikel, laufende Vortragstätigkeit.

Tel.: +43 (1) 24 630 - 0
Fax: +43 (1) 24 630 - 23
office@lindeverlag.at
www.lindeverlag.at
Scheydgasse 24
1210 Wien
Linde