

**ZUR LEITUNG DER GENERALVERSAMMLUNG,
INSBESONDERE DURCH GESCHÄFTSFÜHRER**

© Lukas Fantur 2001

Fundstelle: Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg.), Zum Recht der Wirtschaft, Festschrift für Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci (2001), Band I, 581.

I. Einleitung

II. Zum Vorsitz in der Generalversammlung

1. Allgemeines
2. Aufgaben des Vorsitzenden
3. Beschlußfeststellung durch den Vorsitzenden
4. Beschlußergebnis ohne förmliche Feststellung
5. Vorsitz bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung
6. Gesellschaftsvertragliche Einräumung des Vorsitizes an Geschäftsführer
 - 6.1. Geläufige Vertragsmuster
 - 6.2. Bemerkungen zur Zweckmäßigkeit der Vorsitzführung durch (Fremd)Geschäftsführer
7. Anleitung zur Wahl des Vorsitzenden durch Notar
8. Vorsitz und Stellvertretung

III. Zur Einberufung der Generalversammlung

1. Allgemeines
2. Gesellschaftsvertragliches Individualrecht auf direkte Einberufung durch jeden Gesellschafter

I. Einleitung

Die Funktion des Vorsitzenden in der Generalversammlung ist strategisch wichtig. Der Vorsitzende dieses Gesellschafter-Organs muß dabei nicht notwendigerweise aus dem Kreis

der Gesellschafter kommen. Oft ist es ein Dritter, insbesondere ein Geschäftsführer, dem diese Aufgabe, teilweise schon durch Regelung im Gesellschaftsvertrag, übertragen wird. Der nachfolgende Beitrag prüft diese Konstellation aus dem Blickwinkel der einzelnen Gesellschafter, insbesondere aus der Sicht solcher Gesellschafter, die die Gesellschaft weder rechtlich noch faktisch beherrschen. Dabei fließen auch persönliche Erfahrungen im Zusammenhang mit Generalversammlungen bei der GmbH ein, die ich aus Anlaß meiner rechtsanwaltlichen Tätigkeit gemacht habe. Dem Jubilar widme ich diesen Beitrag mit den besten Geburtstagswünschen.

II. Zum Vorsitz in der Generalversammlung

1. Allgemeines

In der Praxis bleibt bei der Gestaltung einer GmbH-Satzung die Vorsitzführung oft unregelt. Was im Zeitpunkt der Errichtung des Gesellschaftsvertrages offenbar als nicht näher regelungsbedürftig erachtet wird, wird jedoch nicht zu selten in der Folge zum Zankapfel, zumal das Gesetz selbst keinerlei Regelung darüber enthält, wem in der Generalversammlung der GmbH der Vorsitz zukommt.¹ In einer amikalen Atmosphäre, insbesondere dann, wenn die Generalversammlung reine "Formsache" ist, weil über die Beschlußgegenstände bereits im Vorhinein auf informeller Ebene Einvernehmen hergestellt wurde und zB in der Generalversammlung nur noch ein vom Anwalt oder Notar vorbereitetes Protokoll unterfertigt wird, mag dies keine Rolle spielen.

Ansonsten aber wird durchaus häufig bereits zu Beginn einer Generalversammlung über die Übernahme des Vorsitizes gestritten. Dies aus gutem Grund, da dem Vorsitzenden umfassende Leitungs-, wenn nicht Machtbefugnisse zukommen, die im Zweifelsfall von taktisch entscheidender Bedeutung sein können. Eine ausdrückliche Satzungsanordnung wäre in

¹ Vgl OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97i, wbl 1998, 269 (270); OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, ecollex 1998, 404 (406).

solchen Fällen genügend, die Diskussionen der Gesellschafter auf das Wesentliche zu konzentrieren, Nerven zu sparen, vor allem aber: um ausreichende Rechtssicherheit zu schaffen.

Nachdem das Gesetz keine Regelung über die Person des Vorsitzenden enthält, müssen auch die Aufgaben des Vorsitzenden interpretativ erschlossen werden.² Aus diesem Grund hat sich auch die Rechtsprechung immer wieder mit diesen Fragen zu befassen.³

2. Aufgaben des Vorsitzenden

Insbesondere folgende Aufgaben des Vorsitzenden werden genannt: Er eröffnet und schließt (oder unterbricht⁴) die Generalversammlung und sorgt für einen geordneten Ablauf der Wortmeldungen und Abstimmungen.⁵ Weiters stellt er die Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung fest. Ist es aus Sachgründen gerechtfertigt, kann er auch die Reihenfolge der Tagesordnungspunkte ändern.⁶

Der Vorsitzende erteilt das Wort und kann es auch wieder entziehen. Letzteres allerdings nur in sehr engen Grenzen, denn jeder Gesellschafter hat nicht nur das Recht zur Teilnahme an der Generalversammlung, sondern auch darauf, dass in der Generalversammlung eine

² Zu den Aufgaben des Versammlungsleiters eingehend *Vogel*, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*² (1986), 144 ff. Vgl. weiters *Gellis/Feil*, *GmbHG*⁴ (2000), § 39 Rz 2; *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*¹⁶ (1996), § 48 Rz 8 ff; *Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*¹⁵ (2000), § 48 Rz 9; *Hüffer* in *Hachenburg*, *GmbHG*⁸ (1997), § 48 Rz 31; *Koppensteiner*, *GmbHG*² (1999), § 39 Rz 7; *Eickhoff*, *Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH & GmbH & Co.*² (1995), Rz 242 ff; *Thöni*, *Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse* (1998), 144 ff.

³ OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92, *ecolex* 1993, 387; OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, *ecolex* 1998, 404.

⁴ Vgl. auch *Hüffer*, *AktG*⁴ (1999), § 129 Rz 19.

⁵ OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, *ecolex* 1998, 404 (406). Vgl. auch zB *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*¹⁶ (1996), § 48 Rz 9 ff.

⁶ Vgl. *Eickhoff*, *Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH und GmbH & Co.*² (1995), Rz 253; *Hüffer*, *AktG*⁴ (1999), § 129 Rz 19.

Aussprache der Sache erfolgt und sein Standpunkt dabei ausreichendes rechtliches Gehör findet.⁷ Ferner soll ein Gesellschafter, der sich im Rahmen der Generalversammlung nicht zu Wort gemeldet hat, auch ausdrücklich aufgefordert werden können, zu anstehenden Fragen Stellung zu nehmen.⁸

Der Vorsitzende hat sein Amt jedenfalls unparteilich auszuüben.⁹ Daran mangelt es in der Praxis des öfteren.

3. Beschlußfeststellung durch den Vorsitzenden

Von besonderer Bedeutung ist die dem Vorsitzenden zukommende Kompetenz, Beschlußergebnisse festzustellen, also nach einer durchgeführten Abstimmung das Beschlußergebnis zu verkünden.¹⁰ Aus meiner Sicht ist dies die bedeutendste Kompetenz des Vorsitzenden überhaupt. Ist eine förmliche Feststellung des Abstimmungsergebnisses durch den Verhandlungsleiter erfolgt, so ist diese Feststellung – jedenfalls vorläufig – verbindlich. Das gilt insbesondere für Mängel in der Stimmenauszählung.

Gerade hier besteht aber höchste Streit anfälligkeit. Oftmals ist unklar, ob ein Gesellschafter bei einem bestimmten Tagesordnungspunkt einem Stimmverbot unterliegt oder nicht (vgl § 39 Abs 4 GmbHG¹¹). So ist etwa die für die Praxis eminent bedeutsame Frage strittig, ob der

⁷ Vgl auch *Eickhoff*, Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH & GmbH & Co.² (1995), Rz 258; *Hüffer* in Hachenburg, GmbHG⁸ (1997), § 48 Rz 31 ff. Vgl auch OLG Hamm 3.11.1997, 8 U 197/96, GmbHR 1998, 138.

⁸ *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung² (1986), 145.

⁹ Vgl *Karsten Schmidt* in Scholz, GmbHG⁸, § 48 Rz 31. *Eickhoff*, Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH und GmbH & Co.² (1995), 247.

¹⁰ ZB OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92, ecolex 1993, 387; OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, ecolex 1993, 387; Vgl *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse (1998), passim.

¹¹ Vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG² (1999), § 39 Rz 31 ff; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ (1999), § 39 Rz 14; *Bremer*, Stimmrechtsausschlüsse von Gesellschaftern, GmbHR 1999, 651.

Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beschlussfassung über die Beendigung seines Anstellungsverhältnisses einem Stimmverbot unterliegt oder nicht. Darüber gibt es keineswegs nur in der Literatur,¹² sondern vor allem auch in der Praxis Meinungsverschiedenheiten. Umso erstaunlicher ist es, dass diese Frage vom Obersten Gerichtshof bislang noch nicht entschieden werden musste.

Je nachdem, wie der Vorsitzende zweifelhafte Stimmen letztlich auszählt, weist er gleichzeitig die Klägerrolle für einen nachträglichen Anfechtungsprozeß zu. Das festgestellte Beschlußergebnis ist wirksam. Zu seiner Beseitigung bedarf es der Anfechtung durch Klage gegen die Gesellschaft nach § 41 GmbHG.¹³ Bei solchen Kompetenzen erscheint es durchaus angebracht, von Machtbefugnissen des Vorsitzenden zu sprechen. Mißbrauch und Willkür sind dabei natürlich nicht auszuschließen.

Daß der rechtzeitige Widerspruch zu Protokoll materielle Voraussetzung für die Klagserhebung nach § 41 GmbHG ist, sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Auch hier gibt es immer wieder Probleme in der Praxis, vor allem, wenn der Betroffene nicht rechtsfreundlich vertreten wird. Oftmals muß die materielle Anspruchsvoraussetzung des Widerspruchs mühsam interpretativ aus dem Protokoll erschlossen werden, wenn – bewußt oder unbewußt – nicht auf eine hinreichende Protokollierung des Wesentlichen geachtet wird, was wiederum dem Vorsitzenden obliegt.¹⁴

¹² Vgl *Fantur/Zehetner*, Zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses des GmbH-Geschäftsführers, insbesondere des Gesellschafter-Geschäftsführers, *ecolex* 1997, 846; *Fantur/Zehetner*, Nochmals: Zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses des GmbH-Geschäftsführers, *ecolex* 1998, 918; *Harrer*, Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers, *wbl* 1998, 107; *Harrer*, Abberufung des Geschäftsführers und Beendigung des Anstellungsverhältnisses, *wbl* 2000, 255.

¹³ OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97i, *wbl* 1998, 269; OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92, *ecolex* 1993, 387; OGH 24.3.1992, 5 Ob523, 524/91, *JBl* 1992, 597 (598).

¹⁴ Vgl aber *Thöni*, Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis des GmbH-Gesellschafters in der Generalversammlung, *GesRZ* 1997, 209; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse (1998), 37 ff.

Der OGH betont, dass die vorläufige Verbindlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses aufgrund einer erfolgten Beschlußfeststellung des Vorsitzenden jedenfalls nur eintreten kann, wenn der Vorsitzende (mangels Satzungsregelung) aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses feststellungsbefugt ist.¹⁵ Dem ist zu folgen. Nach den Grundsätzen zur Konkludenz reicht allerdings eine Beschlußfassung über eine "allgemeine Bestellung" zum Vorsitzenden aus. Bereits hieraus ergibt sich meines Erachtens die Einräumung der Kompetenz zur Beschlußfeststellung. Eine zusätzliche ausdrückliche Beschlussfassung der Gesellschafter dahingehend, dass dem bestellten Vorsitzenden auch noch die Beschlussfeststellungskompetenz eingeräumt wird, ist nicht notwendig.

4. Beschlußergebnis ohne förmliche Feststellung

Wurde kein Vorsitzender bestellt und erfolgte daher auch keine förmliche Feststellung des Beschlußergebnisses, so ist das Beschlußergebnis dennoch (vorbehaltlich einer erfolgreichen Anfechtung) vorläufig wirksam, wenn der Inhalt des Beschlusses bis zum Ende der Gesellschafterversammlung unstreitig geblieben ist¹⁶ bzw wenn alle anwesenden Gesellschafter wenigstens am Ende der Generalversammlung ein Beschlußergebnis übereinstimmend zugrunde legen.¹⁷ Die bloße Protokollierung des einen und des anderen Abstimmungsverhaltens der Gesellschafter stellt nach Ansicht des OGH keine Feststellung des Beschlossenen dar.¹⁸ Dies ist ebenfalls zutreffend, zumal sich aus der bloßen Protokollierung des Abstimmungsverhaltens allein noch nicht ergibt, inwieweit die abgegebenen Stimmen auch gewertet werden bzw zu werten sind.

¹⁵ *Koppensteiner GmbHG*² (1999), § 39 Rz 7; diesem folgend OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, ecolex 1998, 404 (406). Vgl auch zB OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97 i, wbl 1998, 269 (270).

¹⁶ *Koppensteiner, GmbHG*² (1999), § 39 Rz 7.

¹⁷ Zutr OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, ecolex 1998, 404 (406) mwN.

¹⁸ OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, ecolex 1998, 404 (406) mwN = RdW 1998, 137; BGH 13.11.1995, II ZR 288/94, AG 1996, 126.

Ist unklar, was eigentlich beschlossen wurde, ist mit Feststellungsklage vorzugehen.¹⁹ Die Etablierung eines entgegengesetzten Beschlüßergebnisses durch bloße Feststellungsklage ist jedoch ohne vorhergehende oder gleichzeitige Anfechtungsklage nicht möglich.²⁰ Für die Anfechtungsklage ist aber die Befristung des § 41 Abs 4 GmbHG (idF 1996/304) zu beachten. Demnach muß die Anfechtungsklage binnen eines Monats vom Tag der Absendung der Kopie gemäß § 40 Abs 2 GmbHG erhoben werden. Hier zeigt die Praxis allerdings, dass der nach dieser Bestimmung gegebenen Obliegenheit, "Kopien der gefaßten Beschlüsse" unter Angabe des Tages der Aufnahme derselben "in die Niederschrift"²¹ eingeschrieben²² an jeden Gesellschafter zu senden, regelmäßig nicht entsprochen wird. Vielfach ist diese Bestimmung überhaupt unbekannt. Die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage wird durch die Nichtabsendung der Beschlüßkopien jedoch perpetuiert.²³

Die Etablierung des (dem festgestellten) entgegengesetzten Beschlussergebnisses ist nach der Rechtsprechung durch eine (kombinierte) positive Beschlüßfeststellungsklage zu erreichen, da durch ein klagsstattgebendes Urteil aufgrund einer Anfechtungsklage nach § 41 GmbHG nur die angefochtenen Beschlüsse – und die darauf basierenden Firmenbucheintragungen – ex tunc aufgehoben werden.²⁴

¹⁹ HRspr. Vgl zB OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97i, wbl 1998, 269 (270).

²⁰ Vgl OGH 18.12.1992, 6 Ob 588/92, ecolex 1993, 387; vgl auch OGH 14.11.1996, 2 Ob 2146/96 v, SZ 69/254 (S 704).

²¹ Vgl dazu *Högler-Pracher*, Dokumentationsvorschriften für Generalversammlungsbeschlüsse nach § 40 GmbHG idF EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 91 (93 f).

²² Vgl dazu OGH 26.6.1997, 4 Ob 188/97v, JBl 1997, 781 (Anm *Karollus*); *Karollus*, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4 GmbHG idF des EU-GesRÄG), RdW 1996, 615.

²³ Vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG² (1999), § 41 Rz 52 ff.

²⁴ OGH 12.2.1998, 6 Ob 203/97i, wbl 1998, 269 (270) = ecolex 1998, 708; vgl auch *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse (1998), 79, 107.

5. Vorsitz bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung

Es zeigt sich also, dass jene Person, die den Vorsitz innehat, die Geschehnisse in der GmbH zumindest vorläufig in die eine oder in die andere Richtung lenken kann. Im Zweifel, zum Beispiel dann, wenn unklar ist, ob ein Gesellschafter einem Stimmverbot unterliegt oder nicht (mE der klassische Fall), wird der Vorsitzende schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung die ihm günstigere Meinung der Beschlußfeststellung zugrunde legen. Aber auch mit reinen Willkürakten muß gerechnet werden, da Gesellschafterkonflikte erfahrungsgemäß nicht immer mit Samthandschuhen ausgetragen werden. Da kann es schon verlockend sein, die Stimme des "Gegners" unter Berufung auf eine bestimmte "Rechtsauffassung" einfach nicht mitzuzählen und dann abzuwarten, ob der betreffende Mitgesellschafter tatsächlich das – auch finanzielle Risiko – einer Anfechtungsklage auf sich nimmt.²⁵ Da die Anfechtungsklage gegen "die Gesellschaft" zu richten ist, trifft den willkürlich agierenden Versammlungsleiter praktisch auch kein eigenes finanzielles Prozeßrisiko.²⁶

Da der Vorsitz in den Satzungen der Gesellschaftern sehr oft nicht oder nicht näher geregelt ist, stellt sich somit die Frage, wie im Falle einer solchen Nichtregelung in der Generalversammlung bei der Bestellung des Versammlungsleiters konkret vorzugehen ist.

Eine eigenmächtige Übernahme des Vorsitzes, zum Beispiel durch den Gastgeber der Räumlichkeiten, in denen die Generalversammlung abgehalten wird, muß selbstverständlich nicht geduldet werden. Man kann tatsächlich gelegentlich beobachten, daß sich ein Gastgeber gleichsam in Ausübung seines Hausrechtes a priori als legitimiert ansieht, die Verhandlungsleitung zu übernehmen. Widersprechen die anwesenden übrigen Gesellschafter jedoch nicht und lassen sich in die solcherart geleitete Generalversammlung ein, so ist von einer stillschweigenden Bestellung des zunächst eigenmächtig Handelnden zum Vorsitzenden

²⁵ Eingehend dazu *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse (1998), 44 ff.

²⁶ Vgl aber *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ (1983), 403.

auszugehen. Auf diese Art und Weise erlangt der "Hausherr" dann tatsächlich auch die Befugnis zur Feststellung der Beschlüßergebnisse.²⁷

Ansonsten ist der Vorsitzende, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht regelt, wem der Vorsitz zukommt, richtigerweise mittels ad hoc-Beschluß²⁸ zu bestellen. Dieser Beschluß ist meines Erachtens mit einfacher Mehrheit zu fassen, wobei selbstverständlich alle Gesellschafter stimmberechtigt sind, auch solche, die bei einem der angesetzten Tagesordnungspunkte gemäß § 39 Abs 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen sind. Der Oberste Gerichtshof hat die Frage, ob ein - zur Beschlußfeststellung befugter - Vorsitzender nur einstimmig oder auch kraft Mehrheitsbeschluß bestellt werden kann, vorläufig ausdrücklich offen gelassen,²⁹ dazu jedoch angemerkt, daß selbst dann, wenn ein Mehrheitsbeschluß ausreichen sollte, ein solcher in der Generalversammlung zumindest nicht strittige Mehrheitsverhältnisse voraussetze.

Die Gesellschafter können den Vorsitzenden während der Generalversammlung im übrigen auch wieder abberufen und ersetzen.³⁰ Dafür gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei der Bestellung zum Vorsitzenden.

²⁷ Ebenso *Koppensteiner*, Zum Anwendungsbereich von § 41 Abs 1 GmbHG, FS Frotz (1993), 341 (347).

²⁸ Vgl *Koppensteiner*, Zum Anwendungsbereich von § 41 Abs 1 GmbHG, FS Frotz (1993), 341 (347); *Koppensteiner*, GmbHG² (1999), § 39 Rz 7. AA OLG Frankfurt a.M. 4.12.1998, 5 W 33/98, GmbHR 1999, 551 = NZG 1999, 406, wonach für den Fall, dass eine Satzungsgrundlage nicht vorhanden ist, ein Versammlungsleiter in der Generalversammlung der GmbH nur im Einverständnis aller Gesellschafter bestimmt werden kann.

²⁹ OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97 w, ecolex 1998, 404 (406); für Einstimmigkeit: OLG Frankfurt 4.12.1998, 5 W 33/98, GmbHR 1999, 551 (Leitsatz) = NZG 1999, 406 (ausführlich).

³⁰ Zutr *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ (2000), § 39 Rz 2.

6. Gesellschaftsvertragliche Einräumung des Vorsitzes an Geschäftsführer

6.1. Vertragsmuster

Es kann jedenfalls nur sinnvoll sein, die Frage des Vorsitzes schon im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Auf keinen Fall gibt es einen Grundsatz, wonach der Geschäftsführer im Zweifel den Vorsitz führt.³¹ Doch ist es selbstverständlich zulässig, den Geschäftsführer in der Satzung diese Kompetenzen zu übertragen. Tatsächlich werden auch in den offenbar gängigen Textmustern neben einem allfälligen Vorsitzenden des Aufsichtsrates, auch Geschäftsführer als Vorsitzende vorgeschlagen, so etwa bei *Kostner/Umfahrer*.³² Auch in den Mustern von *Oberhofer/Santner*³³ und bei *Frizberg/Frizberg*³⁴ wird die Übernahme des Vorsitzes durch einen Geschäftsführer vorgeschlagen – durch den an Lebensjahren ältesten Geschäftsführer bzw abwechselnd in der Reihenfolge ihres Lebensalters. Nach der allgemeinen Gesetzeslage hingegen hätte der (Fremd-)Geschäftsführer grundsätzlich nicht einmal ein Teilnahmerecht an der Generalversammlung.³⁵

Nach *Gellis/Feil*³⁶ bindet eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, wonach die Generalversammlung von einem Gesellschafter oder einem Dritten, Organmitglied (also auch einem Fremdgeschäftsführer) oder überhaupt einem Fremden, zu leiten sei, die Gesellschafter allerdings nicht. Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen, sondern es ist zu differenzieren. Den Gesellschaftern steht es zwar frei, im Einzelfall anstelle des gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Vorsitzenden im Wege einer ad hoc-Beschlußfassung

³¹ So aber *Karsten Schmidt* in Scholz, GmbHG⁸, § 48 Rz 16.

³² Vgl zB *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁵, Beispiel Nr 70.

³³ *Oberhofer/Santner* (Hrsg), Anträge und Anmeldungen zum Firmenbuch, Band 2, Kap. 3 Muster 1/Seite 21; Kap. 3 Muster 1/Seite 31.

³⁴ *Frizberg/Frizberg*, Die GmbH (1999), Muster 1.2, § 9 (S 139).

³⁵ *Fantur*, Schriftlicher Gesellschafterbeschuß gemäß § 34 GmbHG, RdW 1998, 1998, 529 (530); *Hüffer* in Hachenburg, GmbHG⁸ (1997), § 48 Rz 19; *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer³ (1997), Rz 411.

³⁶ *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ (2000), § 39 Rz 2 – jedoch ohne Begründung.

eine andere Person zum Vorsitzenden zu wählen. Eine solche abweichende ad hoc-Wahl ist allerdings nur dann zulässig, wenn sie einstimmig erfolgt.

Ist die Ausübung des Vorsitzes einem bestimmten Gesellschafter als Sonderrecht³⁷ gesellschaftsvertraglich zugesichert, muß dieser ohnehin ausdrücklich zustimmen. Ist hingegen von der Satzung ein Nichtgesellschafter, zum Beispiel ein (Fremd-) Geschäftsführer, als Versammlungsleiter vorgesehen, so können die Gesellschafter – einstimmig – eine andere Person zum Vorsitzenden bestellen, ohne daß von dem im Gesellschaftsvertrag an sich vorgesehenem Versammlungsleiter (Geschäftsführer) dessen Zustimmung eingeholt werden müßte.

Dem so bestellten Vorsitzenden kommen alle Kompetenzen eines Versammlungsleiters zu – jedoch nur für diese (eine) Generalversammlung. Es liegt eine für den konkreten Einzelfall wirkende Satzungsdurchbrechung³⁸ vor.

6.2. Bemerkungen zur Zweckmäßigkeit der Vorsitzführung durch Fremdgeschäftsführer

Die folgenden Ausführungen zu diesem Unterpunkt stellen meine persönliche Meinung zur Vorsitzführung durch (Fremd-)Geschäftsführer dar. Meines Erachtens kann es aus Sicht der Gesellschafter nur gut tun, organisatorische Befugnisse eines Geschäftsführers im Hinblick auf Einberufung und Durchführung der Generalversammlung so weit wie möglich zu

³⁷ Vgl dazu zB *Waldenberger*, Sonderrechte der Gesellschafter einer GmbH – ihre Arten und ihre rechtliche Behandlung, *GmbHR* 1997, 49; *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht I*² (1997), Rz 1/425 ff; *Koppensteiner*, *GmbHG*² (1999), § 6 Rz 25 ff; *Gellis/Feil*, *GmbHG*⁴ (2000), § 6 Rz 11; *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*¹⁶ (1996), § 3 Rz 46 ff; *Thöni*, *Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH Gesellschafterbeschlüsse* (1998), 118 ff.

³⁸ Zur Satzungsdurchbrechung vgl *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*³ (1997), 1185 mwN; *Koppensteiner*, *GmbHG*² (1999), § 49 Rz 8; *Priester*, *Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung*, *ZHR* 151 (1987), 40; *Zöllner/Noack*, *Geltendmachung von Beschlussmängeln im GmbH-Recht*, *ZGR* 1989, 525; *Baumann/Reiss*, *Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht*, *Eine rechtstatsächliche Untersuchung*, *ZGR* 1989, 157. Vgl auch *Wilhelm J.*, *Kapitalgesellschaftsrecht* (1998), Rz 738 FN 82.

vermeiden oder zumindest zu neutralisieren. Daß sich die hier besprochenen Probleme bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer genauso ergeben können und dort wesentlich schwieriger bzw gar nicht behoben werden können, wird dabei nicht übersehen. Für eine GmbH, bei der die Gesellschafter die Geschäftsführung ausschließlich in dritte Hände, also in die von (Fremd-)Geschäftsführern legen, sind diese Bemerkung deswegen aber nicht von minderer Relevanz.

Wird einem (Fremd-)Geschäftsführer die Kompetenz zur Vorsitzführung in der Generalversammlung gesellschaftsvertraglich eingeräumt, sollte zunächst bedacht werden, ob die damit verbundene notwendige Teilnahme des Geschäftsführers an allen Generalversammlungen tatsächlich gewünscht ist. Dies insbesondere im Hinblick darauf, daß es sich doch bei der Generalversammlung um das Kontrollorgan der Geschäftsführung handelt. Im einen oder im anderen Fall wird es sinnvoll sein, daß sich die Gesellschafter ohne Beisein des Geschäftsführers über diesen beraten und/oder Beschlüsse fassen (zB Beratung über Erhebung einer Schadenersatzklage und die dafür gemäß § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG erforderliche Beschlußfassung³⁹).

Es erscheint weitaus zweckmäßiger, wenn sich die Gesellschafter die Teilnahme des Geschäftsführers an der Generalversammlung für den Einzelfall – indem sie ihn herbeizitieren - vorbehalten, anstatt dem Geschäftsführer durch Übertragung des Vorsitzes gleichsam ein Teilnahmerecht an den Beratungen der Gesellschafter zu sichern, das ihm nur durch einstimmigen (satzungsdurchbrechenden) Gesellschafterbeschuß für den Einzelfall wieder entzogen werden kann. Ein zur Generalversammlung zitierter Geschäftsführer hat anwesend zu sein.

Im Hinblick darauf, dass es sich bei der Generalversammlung um das Kontrollorgan der Geschäftsführung handelt, spricht noch ein weiterer, viel entscheidenderer Aspekt gegen eine gesellschaftsvertragliche Einräumung des Vorsitzes an einen Fremdgeschäftsführer. Nachdem

³⁹ Vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG² (1999), § 35 Rz 34 mwN.

dem Vorsitzenden Kompetenzen wie Worterteilung und -Entziehung oder die Feststellung der Beschlußergebnisse (vgl die Ausführungen oben) sowie nach der gängigen Praxis⁴⁰ nicht zuletzt die Protokollierung des in der Generalversammlung Gesprochenen zukommen, kann die gesellschaftsvertragliche Bestellung eines Geschäftsführers zum Vorsitzenden in der Generalversammlung sehr leicht zum Bumerang werden. Man denke nur an den Fall, dass auf der Tagesordnung über die Beschlußfassung die Themen "Abberufung des Geschäftsführers" bzw "fristlose Entlassung aus dem Anstellungsverhältnis" stehen.

Bei einer solchen Regelung muß damit gerechnet werden, daß sich die oben beschriebenen Gefahren von Willkür und Befugnismißbrauch konkret realisieren. Von einer gesellschaftsvertraglichen Einräumung des Vorsitzes in der Generalversammlung an einen Geschäftsführer kann daher nur abgeraten werden. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass eine Teilnahme des (Fremd-)Geschäftsführers an der Generalversammlung oder die Vorsitzführung durch diesen grundsätzlich abzulehnen sind. In vielen Fällen wird das Gegenteil der Fall sein. Das heißt aber nicht, dass man deswegen die Vorsitzführung durch den Geschäftsführer auf eine gesellschaftsvertragliche Grundlage stellen muß. Denn durch die satzungsmäßige Grundlage wird ein allfälliger Missbrauch überhaupt erst ermöglicht. Die Gefahr von Spannungen oder zumindest Meinungsverschiedenheiten zwischen Geschäftsführung und einzelnen Gesellschaftern oder den Gesellschaftern insgesamt liegt in der Natur der Sache; mit Ihnen muß daher immer gerechnet werden.

Meines Erachtens ist es vielmehr sinnvoll, das Prinzip der oben beschriebenen ad hoc-Beschlußfassung schon im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festzuhalten, wobei insbesondere die (einfache) Mehrheit, die bei der diesbezüglichen Abstimmung erreicht werden muß, ausdrücklich bestimmt werden sollte. Ein überstimmter Gesellschafter, der "seinen" Vorsitzenden nicht durchgebracht hat, wird in der Regel durch Verweis auf die gesellschaftsvertragliche Bestimmung wesentlich leichter zu überzeugen und damit zu „befrieden“ sein als durch einen Hinweis auf herrschende (Literatur-)Ansichten.

⁴⁰ Eine gesetzliche Grundlage fehlt.

7. Anleitung zur Wahl des Vorsitzenden durch Notar

Enthält der Gesellschaftsvertrag allerdings keine Regelungen und können sich die anwesenden Gesellschafter auf den Vorsitzenden nicht einigen, so hat ein allenfalls anwesender Notar die Generalversammlung – ebenfalls im ad hoc-Verfahren – zur Wahl des Vorsitzenden anzuleiten. Dies ergibt sich aus einer Analogie zu § 108 Abs 4 AktG. Dabei handelt es sich bereits um einen Teil der Generalversammlung.⁴¹

8. Vorsitz und Stellvertretung

Ist ein Gesellschafter nicht persönlich anwesend, sondern durch einen Stimmrechtsbevollmächtigten vertreten, so kann der Vertreter nur dann zum Vorsitzenden für diese Generalversammlung gewählt werden, wenn sich seine Vollmacht neben der bloßen Ausübung des Stimmrechtes auch auf eine allfällige Ausübung des Amtes des Vorsitzenden erstreckt. In einer Vollmacht mit einer generalklauselartigen Formulierung, wonach etwa mit der Stimmrechtsvollmacht auch "die Ausübung aller sonstigen Rechte, die einem Gesellschafter bei Generalversammlungen zukommen" verbunden wird, kommt dies jedenfalls hinreichend zum Ausdruck.

III. Zur Einberufung der Generalversammlung

1. Allgemeines

Wie dargelegt, sprechen gewichtige Gründe dagegen, einem Geschäftsführer das Recht zur Ausübung des Vorsitzes in der Generalversammlung einzuräumen. Dieselben Erwägungen spielen eine Rolle, wenn es darum geht, im Gesellschaftsvertrag zu regeln, wem die

⁴¹ Vgl dazu für die Aktiengesellschaft *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ (1993), § 108 Rz 13. AA *Kostner*, Die Aktiengesellschaft (1984), 75.

Kompetenz zur Einberufung einer Generalversammlung zukommen soll. Regelt man diese Thematik im Gesellschaftsvertrag nicht, gilt die allgemeine Gesetzeslage.⁴² Demgemäß wird die Generalversammlung durch die Geschäftsführer einberufen (§ 36 Abs 1 GmbHG), soweit nicht nach dem Gesetz auch andere Personen dazu befugt sind. Das Gesetz nennt als solche andere Personen - falls ein solcher eingerichtet ist - den Aufsichtsrat (§ 30j Abs 4 GmbHG) und die Liquidatoren (§ 92 Abs 1 GmbHG). Der Masseverwalter hat kein Einberufungsrecht.⁴³

Die gesetzlichen Befugnisse zur Einberufung der Generalversammlung sind zwingend und können durch den Gesellschaftsvertrag nicht entzogen werden.⁴⁴ Demgegenüber sieht das Gesetz eine unmittelbare Einberufung der Generalversammlung durch einen oder mehrere Gesellschafter nicht vor. Das Organ der Generalversammlung kann daher durch seine eigenen Mitglieder grundsätzlich nicht direkt einberufen werden.

2. Gesellschaftsvertragliches Individualrecht auf direkte Einberufung durch jeden Gesellschafter

Bei einer Publikumsgesellschaft mag die grundsätzliche (jederzeitige) unmittelbare Einberufungsmöglichkeit einer Gesellschafterversammlung durch ein einzelnes Gesellschaftsmitglied nicht sinnvoll sein, wenngleich auch hier - zB bei der Aktiengesellschaft durch einen kraft Satzung näher bezeichneten Aktionär oder eine sonstige andere Person (§ 105 Abs 1 dritter Satz AktG)⁴⁵ - Ausnahmen sinnvoll sein können. Bei der GmbH als typischerweise personalistisch ausgeprägter Gesellschaft erscheinen solche

⁴² Vgl dazu jüngst *Müther*, Zur Nichtigkeit führende Fehler bei der Einberufung der GmbH-Gesellschafterversammlung, GmbHR 2000, 966.

⁴³ *Koppensteiner*, GmbHG² (1999), § 36 Rz 5; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ (2000), § 36 Rz 6. Vgl auch *Uhlenbruck* in Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz (1997), Rz 635 mwN.

⁴⁴ Für den Geschäftsführer: OGH 18.12.1932, 2 Ob 1237/31, SZ 14/28.

⁴⁵ Vgl *Hüffer*, AktG⁴ (1999), § 121 Rz 8; *Krejci*, Zur Einberufung der Hauptversammlung durch den Vorstand (§ 105 Abs 1 AktG), GesRZ 1999, 74 (82).

Hemnisse jedoch eher unangebracht.⁴⁶ Den Gesellschaftern, die eine Generalversammlung einberufen wollen, bleibt grundsätzlich nur der mühsame Weg, die Einberufung vom Geschäftsführer zu verlangen. Selbst dafür ist aber erforderlich, dass der oder die Gesellschafter, die die Einberufung fordern, gemeinsam zumindest eine Beteiligungsquote von 10 % (oder die im Gesellschaftsvertrag hierfür allenfalls geringer bestimmte Beteiligungsquote) am Stammkapital erreichen (vgl § 37 Abs 1 GmbHG).⁴⁷

Der aufgeforderte Geschäftsführer kann sich in der Folge grundsätzlich vierzehn Tage lang Zeit lassen, dieser Aufforderung zu entsprechen (§ 37 Abs 2 GmbHG). Der Geschäftsführer hat dabei schon im Sinne des § 37 Abs 2 GmbHG „entsprochen“, wenn er innerhalb dieser Frist bloß die Einberufung der Generalversammlung veranlasst hat. Der Termin zur Generalversammlung muß in dieser 14 Tages-Frist hingegen noch nicht untergebracht werden.⁴⁸ Erst nach ungenütztem Verstreichen dieser Frist durch den Geschäftsführer ist es den die Einberufung begehrenden Gesellschaftern möglich, die Einberufung der Generalversammlung selbst wirksam zu veranlassen. Für den Fall einer Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern untereinander und/oder zwischen Gesellschaftern und der Geschäftsführung, insbesondere mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer, haben die einberufungswilligen Gesellschafter daher den mitunter erheblichen Nachteil der zeitlichen Verzögerung zu tragen.

Hingegen spricht bei einer ausgewogenen Vertragsgestaltung wohl grundsätzlich nichts dagegen, auch den Gesellschaftern ein direktes Einberufungsrecht zur Generalversammlung schon im Gesellschaftsvertrag einzuräumen. Wird eine derartige, als jeweiliges Individualrecht der Gesellschafter ausgestaltete Regelung in die Satzung aufgenommen, könnte diese Regelung allenfalls sogleich um eine Bestimmung über die Tragung der damit

⁴⁶ Vgl auch *P. Doralt*, Die Gesellschafter in der Verfassung der GmbH, WiPolBl 1974, Sonderbeilage XX, XVIII.

⁴⁷ Vgl *Wünsch*, Zur Einberufung der Generalversammlung durch die Minderheit, GesRZ 1998, 174.

⁴⁸ *Gellis/Feil*, GmbHG⁴ (2000), § 37 Rz 8; OGH 22.12.1976, 8 Ob 564/76, EvBl 1977/192 = HS 9649. Vgl auch *Wünsch*, Zur Einberufung der Generalversammlung durch die Minderheit, GesRZ 1998, 174 (176 f).

für die Gesellschaft verbundenen Kosten (vgl § 37 Abs 2 letzter Satz GmbHG) ergänzt werden. Gerade dann, wenn der Gesellschaftsvertrag ohnehin längere Einberufungsfristen vorsieht, kann sich ein direktes Einberufungsrecht für den einzelnen Gesellschafter als wertvoll herausstellen. Oftmals besteht unverzüglicher Handlungsbedarf der Gesellschafter (in Form eines Gesellschafterbeschlusses), dem durch ein langwieriges Einberufungsprozedere zur Generalversammlung nicht entsprochen werden kann.

Herrscht zwischen den Gesellschaftern Einvernehmen über eine rasche Abhaltung der Generalversammlung, besteht kein Problem. Denn wenn alle Gesellschafter anwesend und mit der Beschlußfassung einverstanden sind, ist die Generalversammlung jedenfalls beschlußfähig und keiner der Gesellschafter kann die Nichteinhaltung der Vorlaufsfristen geltend machen.⁴⁹ Ebenso kann ein Gesellschafterbeschluß im schriftlichen Wege (§ 34 GmbHG⁵⁰) gefaßt werden, wenn alle Gesellschafter mit der schriftlichen Beschlußfassung einverstanden sind. Sobald aber nur ein einziger Gesellschafter einerseits seine Zustimmung zum schriftlichen Beschlußfassungsverfahren nicht gibt und andererseits auf die Einhaltung der Formvorschriften, insbesondere die Vorlauffristen für die Generalversammlung beharrt, ist ein unverzügliches Handeln der Generalversammlung nicht mehr möglich.⁵¹ Fassen die anderen Gesellschafter dennoch einen Gesellschafterbeschluß, so ist dieser jedenfalls anfechtbar, auch dann, wenn sie auch bei ordnungsgemäßer Einberufung ohnehin die Mehrheit zustandegebracht hätten.

Bei der Gestaltung der GmbH-Satzung ist daher jeweils zu überlegen, ob nicht die Einräumung eines Individualrechtes an jeden Gesellschafter zur unmittelbaren Einberufung der Generalversammlung (unter Anführung des Zweckes – vgl 3 § Abs 1 GmbHG) sinnvoll ist.

⁴⁹ Vgl auch OGH 28.4.1987, 5 Ob 553/87, RdW 1987, 371; BGHZ 58, 115.

⁵⁰ Vgl *Fantur*, Schriftlicher Gesellschafterbeschluß gemäß 34 GmbHG, RdW 1998, 529.

⁵¹ Vgl auch OLG Wien 21.3.1991, 1 R 31/91, ecolex 1991, 392.