

SCHRIFTLICHER GESELLSCHAFTERBESCHLUSS GEMÄSS § 34 GMBHG

© Lukas Fantur 1998

Fundstelle: Recht der Wirtschaft (RdW) 1998, 529

Von der gesetzlichen Möglichkeit, Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH auf schriftlichem Wege zu fassen, wird häufig Gebrauch gemacht. Viele damit zusammenhängende Fragen sind strittig, weswegen in der Praxis erhebliche Rechtsunsicherheit herrscht, der sich allerdings der Rechtsanwender oftmals gar nicht bewußt ist: Ist die schriftliche Beschlußfassung - etwa *Wünsch*¹ folgend - nur unter Abwesenden zulässig? Zu welchem Zeitpunkt kommt der schriftliche Gesellschafterbeschluß zustande? Besteht für den bei der schriftlichen Beschlußfassung übergangenen Gesellschafter Anlaß zur Beschlußanfechtung, oder kann er auf das Vorliegen eines Scheinbeschlusses vertrauen?

§ 34 GmbHG eröffnet den Gesellschaftern die Möglichkeit, Beschlüsse anstatt in der Generalversammlung auf schriftlichem Wege zu fassen. Das Gesetz nennt zwei Grundtypen der schriftlichen Abstimmung. In der ersten vom Gesetzgeber vorgesehenen Variante erklären sich sämtliche Gesellschafter im einzelnen Fall schriftlich mit der zu treffenden Bestimmung einverstanden. Der Gesetzgeber läßt die schriftliche Abstimmung aber auch dann zu, wenn sich die Gesellschafter zwar nicht mit dem Beschlußinhalt als solchem einverstanden erklären, aber doch zumindest mit der Schriftlichkeit des Abstimmungsverfahrens.²

In beiden genannten Fällen ist der *Umlaufbeschluß* (Zirkularbeschluß), bei dem eine den Beschlußtext beinhaltende Urkunde von Gesellschafter zu Gesellschafter zur Unterfertigung weitergegeben wird, eine sehr häufig angewendete Verfahrenstechnik. Oftmals aber senden die Gesellschafter ihre (Abstimmungs-) Erklärungen jeweils direkt an den Initiator des Beschlußfassungsverfahrens bzw an den von diesem benannten Erklärungsempfänger (zB ein Geschäftsführer). Diese Variante der Beschlußfassung läßt sich treffend mit dem Terminus

¹ *Wünsch*, Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG, GesRZ 1996, 61.

² Vgl *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 19.

sternförmiger Gesellschafterbeschuß bezeichnen. Zulässig ist aber auch eine Vermischung dieser Verfahrenstechniken des schriftlichen Gesellschafterbeschlusses, indem einige Gesellschafter ein Umlaufpapier unterfertigen, andere hingegen ihre (Abstimmungs-) Erklärungen direkt dem Erklärungsempfänger zusenden.

Die Möglichkeit der schriftlichen Abstimmung läßt eine wesentlich raschere Beschlußfassung zu, als dies durch Abhaltung einer förmlichen Gesellschafterversammlung möglich wäre. Überdies unterliegt der schriftliche Gesellschafterbeschuß - anders als das Generalversammlungsprotokoll - nicht dem Tatbestand des § 14 TP 7 Z 4 lit b GebG und ist somit gebührenfrei.³

1. Zulässigkeit der schriftlich Beschlußfassung unter Anwesenden

*Wünsch*⁴ behauptete zuletzt unter Berufung auf *Gaeta*⁵, Voraussetzung der schriftlichen Beschlußfassung iSd § 34 GmbHG sei eine Beschlußfassung unter *Abwesenden*. Beide Autoren bieten allerdings für ihre Ansicht keine Begründung an. Den Gesetzesmaterialien ist jedenfalls kein Hinweis zu entnehmen, der für diese praxisfeindliche Auffassung spricht. Wenn überhaupt, so läßt sich mit den Materialien in die Gegenrichtung argumentieren. In der Regierungsvorlage ist unter anderem von der Möglichkeit die Rede, daß sich sämtliche Gesellschafter über einen Beschlußgegenstand „*sofort*“ einstimmig und schriftlich einverstanden erklären.⁶ Im übrigen ist den Materialien zu entnehmen, daß es dem Gesetzgeber nicht um die Frage der An- oder Abwesenheit der Gesellschafter ging, sondern darum, ob im Einzelfall auf die Abhaltung von *Beratungen verzichtet* werden kann, worin eine wertvolle Erleichterung erblickt wurde.⁷ Der Gesetzgeber wollte also - völlig unabhängig vom momentanen Aufenthaltsort der Gesellschafter - die Möglichkeit schaffen, die Herbeiführung von Gesellschafterbeschlüssen im Bedarfsfall wesentlich zu *beschleunigen*.

Die Auffassung von *Wünsch* und *Gaeta* hätte neben negativen gebührenrechtlichen Konsequenzen auch zur Folge, daß die schriftliche Beschlußfassung gemäß § 34 GmbHG

³ VwGH AnwBl 1988, 576 (*Arnold*); VwGH RdW 1990, 332. Vgl dazu zB *Gaier*, Handkommentar zum Gebührengesetz³, § 14 TP 7 Rz 13.

⁴ *Wünsch*, Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG, GesRZ 1996, 61.

⁵ *Gaeta*, Die notarielle Mitwirkung bei schriftlichen Gesellschafterbeschlüssen gemäß § 34 GmbH-Gesetz, GesRZ 1991, 170, FN 4.

⁶ 236 BlgStenProt Herrenhaus, 17. Session 1904, 68.

⁷ 236 BlgStenProt Herrenhaus, 17. Session 1904, 68.

dem *Einmann*-Gesellschafter von vornherein verwehrt wäre, weil dieser das von diesen Autoren geforderte Kriterium der Beschlußfassung unter *Abwesenden* aus Mangel an Mitgesellschaftern naturgemäß niemals erfüllen kann; ein willkürliches Ergebnis, das sich sachlich nicht begründen läßt.

Wollte man die schriftliche Abstimmung unter Anwesenden für unzulässig erklären, hieße das für die Praxis, die Beteiligten zu grotesken Verhaltensweisen zu zwingen. Sind demnach sämtliche Gesellschafter gegenwärtig und sollen - durchaus zulässig - Gebühren vermieden werden, müßte zumindest *ein* Gesellschafter, um der Auffassung von *Wünsch* und *Gaeta* gerecht zu werden, während der Unterzeichnung des Beschlußründe durch die übrigen Gesellschafter zB in einem Nebenzimmer warten, um das Umlaufpapier in der Folge durch seine noch ausständige Unterschrift zu vervollständigen. Womöglich müßte man noch verlangen, daß diese letzte Unterschrift nicht in Gegenwart der übrigen Gesellschafter erfolgen dürfte, diese Gesellschafter also - um es auf die Spitze zu treiben - den Raum zu verlassen hätten, sobald der Gesellschafter, dessen Unterfertigung noch aussteht, eintritt. Ein solches Szenario ist jedoch mit Sicherheit nicht im Sinne des Gesetzgebers. Die allseits geübte Praxis, schriftliche Gesellschafterbeschlüsse gebührensparend in Anwesenheit einiger oder sämtlicher Gesellschafter zu fassen, ist daher jedenfalls aus der Sicht des GmbH-Rechts völlig unbedenklich.⁸ MaW: Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG ist

⁸ Auch notariell zu beurkundende Gesellschafterbeschlüsse können im Wege der schriftlichen Abstimmung gefaßt werden (str; dafür *Gaeta*, Die notarielle Mitwirkung bei schriftlichen Gesellschafterbeschlüssen gemäß § 34 GmbH-Gesetz; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 1. Aufl, 433; *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 20 f; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG⁸, § 48 Rz 61; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁶, § 48 Rz 16; *Hüffer* in Hachenburg, GmbHG⁸, § 48 Rz 54; dagegen: *Kostner/Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁴, Rz 560 ff; implizit auch OGH SZ 60/222. Vgl ferner Kammergericht Berlin, GmbHR 1959, 167; KG NJW 1959, 1446 [1447]; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung², 161; *Sudhoff*, Vollversammlung und schriftliche Abstimmung, GmbHR 1964, 75 [75, 77]; OLG Hamm, NJW 1974, 1057 [1057]; *Wünsch*, GesRZ 1996, 61 [62]). Wenigstens für den Fall, in dem sämtliche Gesellschafter gleichzeitig vor dem Notar erscheinen, sollte daran kein Zweifel bestehen. Der von den Vertretern der Gegenauffassung strapazierte, an sich zutr Stehsatz, der Notar habe *nach eigener Wahrnehmung* festzuhalten, wie sich die Willensbildung vor ihm vollzogen habe, ist im Fall gleichzeitiger Anwesenheit aller Gesellschafter vor dem Notar jedenfalls erfüllt. Dies gilt mE auch für den Fall der Satzungsänderung (§ 49 Abs 1 GmbHG; vgl *Pleyer*, Beurkundung von Änderungen einer GmbH-Satzung, GmbHR 1959, 238). Davon, daß die vom Gesetz hierfür geforderte notarielle Beurkundung dazu dient, den Gesellschaftern vor der Beschlußfassung zu ihrem Schutz die Möglichkeit der Beratung und Diskussion zu sichern, wie *Umfahrer* (aaO, Rz 561) meint, und deshalb eine schriftliche Beschlußfassung unzulässig sei, kann keine Rede sein. Diesen Zweck erfüllt ausweislich der Gesetzesmaterialien (vgl oben im Text) eben gerade § 34 GmbHG, indem diese Bestimmung die schriftliche Beschlußfassung nur dann ermöglicht,

nicht nur unter Abwesenden zulässig, sondern auch bei gleichzeitiger Anwesenheit mehrerer oder aller Gesellschafter.

2. Zustandekommen des schriftlichen Gesellschafterbeschlusses

Die Beantwortung der Frage, *wann* ein schriftlicher Gessellschafterbeschluß als zustandegekommen anzusehen ist, bedarf zunächst der Klärung, *wem gegenüber* die schriftliche Stimmabgabe zu erklären ist. In beiden Fällen bleibt das Gesetz eine Antwort schuldig. Die Ansicht, wonach die Stimmabgabe grundsätzlich den Geschäftsführern zu erklären ist,⁹ trifft mE nicht zu. Denn damit erkennt man den Geschäftsführern eine organschaftliche Kompetenz zu, die ihnen auch anlässlich der Beschlußfassung in der Generalversammlung nicht zukommt. Der Vorsitzende der Generalversammlung rekrutiert sich vielmehr grundsätzlich aus dem Kreis der Gesellschafter. Überhaupt räumt das GmbH-Recht den Geschäftsführern kein grundsätzliches Teilnahmerecht an der Generalversammlung und damit am Willensbildungsprozeß der Gesellschafter ein. Umso weniger kommt dem Geschäftsführer im Rahmen des schriftlichen Verfahrens eine verfahrensleitende Funktion zu.¹⁰

Nach richtiger Auffassung haben die Gesellschafter ihre Stimme grundsätzlich gegenüber dem *Initiator* des schriftlichen Beschlußverfahrens abzugeben. Im Fall des Umlaufbeschlusses erscheint dies geradezu selbstverständlich (die Urkunde läuft vom Initiator weg wieder im Kreis zu diesem zurück). Auch im Fall des sternförmigen Gesellschafterbeschlusses bietet sich primär der Initiator als legitimierter Erklärungsempfänger an. Es entspricht mE allgemeinen zwischenmenschlichen Gepflogenheiten, seine Stimmabgabe demgegenüber auszusprechen, von dem man zur Stimmabgabe aufgefordert wurde. Oder anders: Man antwortet üblicherweise dem, der gefragt hat.

wenn sämtliche Gesellschafter mit dieser Verfahrenstechnik einverstanden sind, also einhellig auf Beratung und Diskussion verzichten.

⁹ *Sudhoff*, Vollversammlung und schriftliche Abstimmung, GmbHR 1964, 75 (77); *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung², 164; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG⁸, § 48 Rz 65.

¹⁰ Unzutr *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung², 164.

Als Initiatoren der schriftlichen Abstimmung kommen die Geschäftsführer ebenso in Betracht wie jeder Gesellschafter. Dies ergibt sich aus § 36 Abs 1 GmbHG.¹¹ Dem Initiator steht es aber auch frei, eine andere Person als sich selbst zum Erklärungsempfänger zu benennen.¹² Für eine gegenteilige Auffassung ist keinerlei Grund erkennbar. In der Benennung des Erklärungsempfängers steckt nicht nur die Bevollmächtigung zur Empfangnahme der Abstimmungserklärungen der Gesellschafter, sondern mE auch die Bevollmächtigung zu einer allfälligen Beschlußfeststellung im Namen des Initiators.

Diese Grundsätze sind nicht zwingend, sondern haben vielmehr nur als Zweifelsregel zur Anwendung zu kommen. Besteht kein Zweifel daran, daß eine einhellige, eindeutige und offensichtlich endgültige Willenskundgebung der Gesellschafter vorliegt,¹³ schadet auch die Stimmabgabe gegenüber einer Person, die weder Initiator noch benannter Erklärungsempfänger ist, nicht.¹⁴ Stimmen sämtliche Gesellschafter in ihrem Willen überein und erklären sie dies, wäre es eine überflüssige Formalität, auch noch die Einhaltung der Formvorschriften für die Generalversammlung oder die schriftliche Abstimmung zu verlangen.¹⁵

Die Frage, wann ein schriftlicher Gesellschafterbeschluß als zustandegekommen anzusehen ist, stellt sich nicht unbedingt erst dann, wenn über die (Un-)Wirksamkeit des Beschlusses allenfalls Streit ausgebrochen ist. So hat der mit einer auf den Beschluß aufbauenden Firmenbucheingabe Befäßte bereits in der Eingabe an das Firmenbuchgericht das Datum des betreffenden Gesellschafterbeschlusses anzuführen.¹⁶ Im wesentlichen haben sich folgende Lehrmeinungen herausgebildet: Nach *Vogel*¹⁷ ist es erforderlich, daß die einzelnen Abstimmungserklärungen jeweils der Gesellschaft, vertreten durch einen *Geschäftsführer*, zugehen. Dagegen sprechen jedoch die oben geäußerten Bedenken. Nach anderer, zutr Ansicht liegt die Vertretung der empfangszuständigen GmbH beim *Initiator* des

¹¹ *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 19.

¹² Vgl *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹³, § 48 Rz 12; für den Aufsichtsrat *Plöchl*, GesRZ 1984, 182 (190).

¹³ Vgl BGH 15, 324 (329). Die unbegründete Behauptung des BGH (aaO; vgl auch *Sudhoff*, Vollversammlung und schriftliche Abstimmung, GmbHR 1964, 75 [77]), das Beschlußergebnis sei *grundsätzlich* vom Geschäftsführer festzustellen, widerspricht mE allerdings den offenbar auch vom BGH als maßgeblich erachteten üblichen Gepflogenheiten.

¹⁴ Vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 26; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG⁸, § 48 Rz 71; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁶, § 48 Rz 25.

¹⁵ Zutr OGH RdW 1987, 371.

¹⁶ Darauf weist schon *Pleyer*, GmbHR 1959, 238, hin.

Abstimmungsverfahrens¹⁸ bzw beim *benannten* Erklärungsempfänger,¹⁹ sodaß der schriftliche Gesellschafterbeschuß wirksam wird, wenn sämtliche Willensäußerungen bzw die vollständig unterfertigte Umlaufurkunde bei dieser Person eingelangt sind.

Koppensteiner verlangt als Wirksamkeitsvoraussetzung, daß *jede* Abstimmungserklärung *jedem* Gesellschafter zukommt.²⁰ Dies wird mit dem Argument begründet, das Abstellen auf den Zugang bei der durch den Geschäftsführer oder Initiator des Verfahrens vertretenen Gesellschaft harmonisiere nicht mit den für das Zustandekommen von Beschlüssen in einer Versammlung geltenden Regeln; insb sei damit nicht vereinbar, daß in der Generalversammlung die anderen Gesellschafter Erklärungsadressaten der Stimmabgabe seien und diese „Regel“ vom Gesetzgeber für das schriftliche Verfahren nicht variiert werde.²¹

Ich vermag dem nicht zu folgen, weil auch in der Generalversammlung durchaus nicht jeder Gesellschafter Erklärungsadressat ist, sondern nur die *anwesenden* Gesellschafter. Ein Gesellschafter, der zur Versammlung nicht erschienen ist, kann deshalb das Zustandekommen des Beschlusses nicht hinauszögern, etwa bis zu dem Zeitpunkt, in dem ihm eine Kopie des Beschlusses zugesendet wird (§ 40 Abs 2 GmbHG). Weitere, insbesondere praktische Gründe sprechen gegen die von *Koppensteiner* vertretene Auffassung. Bei der schriftlichen Beschlußvariante des *Umlaufbeschlusses*, wie sie herkömmlich praktiziert wird, sind aufgrund dieser Verfahrenstechnik *nicht alle* anderen Gesellschafter Erklärungsadressaten des jeweils Abstimmenden, sondern nur diejenigen Gesellschafter, an die das Umlaufpapier in der Folge noch weitergegeben wird. Folgt man *Koppensteiner*, müßte man das Umlaufverfahren als Technik der schriftlichen Abstimmung iSd § 34 GmbH konsequenterweise für unzulässig halten oder zB verlangen, daß das Umlaufpapier nach Stimmabgabe sämtlicher Gesellschafter ein zweites Mal in Umlauf gegeben wird, um auf diese Weise dem Beschluß zur Wirksamkeit zu verhelfen. Beim *sternförmigen* Beschluß müßte der Initiator der schriftlichen Abstimmung penibel überwachen, daß die einzelnen Stimmabgaben nicht bloß gegenüber dem ihm selbst

¹⁷ *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung², 163.

¹⁸ *Hüffer* in Hachenburg, GmbHG⁸, § 48 Rz 51.

¹⁹ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹³, § 48 Rz 12.

²⁰ *Koppensteiner* in Rowedder, GmbHG³, § 48 Rz 21; *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 23; zust *Gellis/Feil*, GmbHG³, § 34 Rz 9; noch weitergehender *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG, § 48 Rz 27, der auf den Zeitpunkt der *Kenntnis* Gesellschafter vom Ergebnis der Beschlußfassung abstellt. Ablehend zB *Hüffer* in Hachenburg, GmbHG⁸, § 48 Rz 50.

²¹ Diese Behauptung wiederholt *Wünsch* (GesRZ 1996, 61 [62]).

bzw gegenüber dem von ihm benannten Erklärungsempfänger (vgl oben) erklärt werden, sondern gegenüber jedem einzelnen Gesellschafter. Die Zahl der abzugebenden Erklärungen und würde sich damit um ein Vielfaches erhöhen. Es ist aber nicht einzusehen, warum durch eine solch strenge Gesetzesauslegung die offenkundigen gesetzgeberischen Intentionen unterlaufen und in ihr Gegenteil verkehrt werden sollen. Wollte man den Zeitpunkt des Zustandekommens des Beschlusses vom Zugang der Abstimmungserklärung an *jeden* Gesellschafter abhängig machen, würde dies dem wesentlichsten Zweck des schriftlichen Beschlußverfahrens zuwiderlaufen, nämlich - soweit dies im Einzelfall von allen (auch von den vom Stimmrecht ausgeschlossenen)²² Gesellschaftern gewünscht wird - auf die Abhaltung von Beratungen zu verzichten, um möglichst rasch einen Gesellschafterbeschuß herzustellen. Im Gegensatz zu den gesetzgeberischen Intentionen käme es zu einer unnötigen Verkomplizierung des Beschlußverfahrens, die dem den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Normzweck, „den Verwaltungsapparat von jeder Schwerfälligkeit zu befreien“,²³ zuwiderläuft.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Der schriftliche Gesellschafterbeschuß kommt im Fall des Umlaufbeschlusses mit Eingang des Zirkulars beim Initiator (bzw bei dem von diesem in der Aufforderung zur Abstimmung benannten Erklärungsempfänger) zustande. Im Fall des sternförmigen Beschlusses bedarf es des Zugangs aller einzelnen inhaltlichen Abstimmungserklärungen bzw der Einverständniserklärungen zum schriftlichen Abstimmungsverfahren beim Initiator bzw beim benannten Erklärungsempfänger.²⁴ Diese Einbindung des Initiators bzw eines konkreten Erklärungsempfängers ist jedoch nicht erforderlich, wenn kein Zweifel an der Wirksamkeit eines im Wege der schriftlichen Abstimmung gefaßten Beschlusses besteht, weil diesbezüglich eine einhellige, eindeutige und offensichtlich endgültige Willenskundgebung aller Gesellschafter vorliegt, zB die gemeinsame Unterfertigung einer Firmenbucheingabe für den Fall, daß alle Gesellschafter auch Geschäftsführer sind.²⁵

²² Statt aller *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 19 mwN.

²³ 236 EB BlgStenProt Herrenhaus, 17. Session 1904, 71.

²⁴ Zutr *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹³, § 48 Rz 12.

²⁵ RGZ 101, 78 (79); BGHZ 15, 324 (329).

3. Übergehen einzelner Gesellschafter bei der schriftlichen Abstimmung

Im Zusammenhang mit den soeben erörterten Fragen bleibt zu prüfen, was zu gelten hat, wenn nicht sämtliche Gesellschafter in das schriftliche Beschlußfassungsverfahren eingebunden werden, sondern einzelne Gesellschafter definitiv übergangen werden, indem ein Beschlußergebnis *festgestellt* bzw. verkündet wird, ohne daß die Erklärungen sämtlicher Gesellschafter abgewartet wurden. Dabei ist nicht nur an eine ausdrückliche Beschlußfeststellung zu denken, sondern auch an schlüssige Handlungen wie etwa die Ausfertigung einer Firmenbucheingabe oder die Absendung von Kopien der „gefaßten Beschlüsse“ (vgl. § 40 Abs 2 GmbHG) an die Gesellschafter. Nach allgemeiner Auffassung²⁶ bedarf es zur Wirksamkeit bzw. für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses zwar keiner formellen *Feststellung* des Beschlusses - dieser Grundsatz gilt nach der zutr. hA²⁷ ohne weiteres insbesondere auch für die schriftliche Beschlußfassung.²⁸ Einigkeit herrscht aber dennoch darüber, daß eine Feststellung des Beschlußergebnisses jedenfalls *vorläufig* - bis zu einer allfälligen erfolgreichen Beschlußanfechtung - *verbindlich* ist.²⁹

Wünsch hält in seiner unlängst veröffentlichten Stellungnahme³⁰ fest, der Beschluß sei bis zur Erklärung aller Gesellschafter über ihr Einverständnis (zur schriftlichen Stimmabgabe) schwebend unwirksam und beruft sich dabei auf *Zöllner*,³¹ der für das deutsche Recht ergänzend festhält, der Beschluß werde endgültig unwirksam, wenn das Einverständnis auch nur eines Gesellschafters verweigert werde. Diese Aussagen treffen mE nur für das Stadium bis zu einer allfälligen Feststellung des Beschlusses bzw. einer der ausdrücklichen Beschlußfeststellung gleichzusetzenden Handlung zu. Verläßt man sich auf *Wünsch* ohne zu

²⁶ ZB *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 16; *Thöni*, Ausnahmen vom Widerspruchserfordernis des GmbH-Gesellschafters in der Generalversammlung, GesRZ 1997, 209 (210 f).

²⁷ *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 24; *Koppensteiner* in Rowedder, GmbHG³, § 48 Rz 21; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁶, § 48 Rz 19; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG⁸, § 48 Rz 67; *Hüffer* in Hachenburg, GmbHG⁸, § 48 Rz 51. Unzutr. *Sudhoff*, Vollversammlung und schriftliche Abstimmung, GmbHR 1964, 75 (77). Differenzierend BGHZ 15, 324 (329) und *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung², 164.

²⁸ Zu Dokumentationszwecken ist die sofortige Feststellung und Verkündung des Beschlusses in der Praxis jedoch zu empfehlen. Vgl. auch *Hüffer* in Hachenburg⁸, § 48 Rz 51.

²⁹ Vgl. zB *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁶, Anh § 47 Rz 64 mwN. Mangelt es an der Feststellung eines bestimmten Beschlußergebnisses, so ist die Feststellungsklage das geeignete Mittel zur Klärung der Frage, was eigentlich beschlossen wurde: OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w mwN (zB *Koppensteiner*, GmbHG, § 34 Rz 7).

³⁰ *Wünsch*, Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG, GesRZ 1996, 61 (64).

³¹ *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁶, § 48 Rz 22.

differenzieren, kann dies in der Praxis zu fatalen Konsequenzen, nämlich zum unbemerkten Verstreichen der Beschlufanfechtungsfrist, führen.

Zur näheren Begründung ist vom klaren Wortlaut des § 41 Abs 2 letzter Satz öGmbHG auszugehen. Demzufolge ist jeder Gesellschafter, der bei der Abstimmung im schriftlichen Wege übergangen wurde, berechtigt, den Beschluß anzufechten. Daraus ergibt sich, daß - entgegen *Wünsch* - ein schriftlicher Gesellschafterbeschluß auch dann Wirksamkeit erlangen kann, wenn nicht alle Gesellschafter ihr Einverständnis zur schriftlichen Beschlußfassung erklärt haben. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch der Wortlaut des § 40 Abs 2 GmbHG³² zu betrachten. Diese Vorschrift ordnet an, daß nach Abhaltung der Generalversammlung oder nach einer auf schriftlichem Wege erfolgten Abstimmung eine Kopie der *gefaßten* Beschlüsse jedem Gesellschafter zuzusenden ist.³³ Gemäß § 41 Abs 4 GmbHG löst diese Absendung die Frist zur Beschlufanfechtung aus.³⁴ § 40 GmbHG enthält keine ausdrücklichen Angaben darüber, welche Person zur Versendung der Beschlufkopien zuständig ist. Im Zusammenhang mit der schriftlichen Abstimmung kann jedoch mE kein Zweifel daran bestehen, daß die Beschlufkopie vom Initiator der Beschlußfassung oder von dem vom Initiator benannten Erklärungsempfänger zu versenden ist. Erfolgt nun die Absendung der Kopie durch eine dazu legitimierte Person, so folgt daraus angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber diesen Zeitpunkt als das die Anfechtungsfrist auslösende Ereignis festschreibt, daß der Beschluß *spätestens* im Zeitpunkt der Absendung der Kopien iSd § 40 Abs 2 GmbHG an die Gesellschafter Wirksamkeit erlangt.

³² Vgl dazu *Karollus*, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4 GmbHG idF EU-GesRÄG), RdW 1996, 516; OGH JBl 1997, 781 (*Karollus*) = *ecolex* 1998, 135 (*Reich-Rohrwig*).

³³ Dem klaren Wortlaut des § 40 Abs 2 GmbHG zufolge erfolgt diese Zusendung also *nach Fassung* der Beschlüsse. Das beweist auch der trotz EU-GesRÄG 1996 insofern zur Auslegung des § 40 GmbHG immer noch heranzuziehende Herrenhausbericht (272 BlgStenProt Herrenhaus, 17. Session 1905, 11). Der Beschluß ist daher jedenfalls vorläufig wirksam zustandegekommen.

³⁴ Dabei unterscheidet das Gesetz nicht zwischen Beschlüssen, die in der Generalversammlung gefaßt wurden, und schriftlichen Gesellschafterbeschlüssen. Zur alten Rechtslage vor dem EU-GesRÄG 1996 ebenso OGH JBl 1958, 517 (518). Im übrigen löst auch die Übersendung des Generalversammlungsprotokolls die Anfechtungsfrist aus, wenn daraus der Inhalt des gefaßten Beschlusses hervorgeht (OGH JBl 1997, 781 [784], Anm *Karollus* = *ecolex* 1998, 135 [*Reich-Rohrwig*]).

Für einen übergangenen Gesellschafter empfiehlt es sich somit unbedingt, einen schriftlichen Gesellschafterbeschuß, von dem er iSd § 40 Abs 2 GmbHG benachrichtigt³⁵ wurde, fristgerecht anzufechten. Hier das Vorliegen eines Scheinbeschlusses anzunehmen,³⁶ verbietet sich mE aufgrund des Gesetzeswortlautes.

Folgendes ist daher festzuhalten: Bis zur Erklärung aller Gesellschafter (auch der vom Stimmrecht ausgeschlossenen) über ihr Einverständnis zur schriftlichen Abstimmung oder mit der zu treffenden Bestimmung ist der schriftliche Gesellschafterbeschuß schwebend unwirksam. Der Beschuß wird jedoch wirksam, sobald ein Beschußergebnis festgestellt bzw verkündet wird oder eine der Feststellung gleichzusetzende Handlung erfolgt, zB die Absendung von Kopien der gefaßten Beschlüsse iSd § 40 Abs 2 GmbHG an die Gesellschafter.³⁷

³⁵ Die Versendung der Beschußkopien dient der *Information* der Gesellschafter (Vgl *Karollus*, JBl 1997, 785 [Entscheidungsanmerkung]) und löst die Anfechtungsfrist aus (§ 41 Abs 4 GmbHG - vgl oben).

³⁶ Vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG, § 41 Rz 8 (kritisch) mwN.

³⁷ Welche Auffassung man dazu im übrigen vertreten mag: Aus Sicht der Praxis wäre angesichts der bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den einzelnen Kategorien fehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse (vgl dazu zB den aktuellen Überblick bei *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses [1997], Rz 988 ff) das bewußte Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist im Vertrauen auf das Vorliegen eines Scheinbeschlusses bzw eines schwebend unwirksamen Beschlusses auf jeden Fall viel zu riskant.