

F. Exkurs: Einberufung einer virtuellen Generalversammlung (COVID-19-Gesetze)

1. Allgemeines

- 2.45** Aufgrund der COVID-19-Pandemie wurden auch in Österreich ab März 2020 zahlreiche Maßnahmen zum Zweck der Eindämmung dieser Pandemie getroffen. Im Bereich des Gesellschaftsrechtes wurden entsprechende Regelungen vor allem mit dem Bundesgesetz betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht aufgrund von COVID-19 (COVID-19-GesG)⁵²⁷ sowie der Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (COVID-19-GesV)⁵²⁸ getroffen.⁵²⁹ Ziel dieser Regelungen ist es, in Zeiten der COVID-19-Pandemie physische Zusammenkünfte von Gesellschaftern und Organmitgliedern zu vermeiden und gleichzeitig die Beschlussfähigkeit zu erhalten.⁵³⁰ Es wurde somit unter anderem auch explizit die Möglichkeit eröffnet, bei der GmbH eine virtuelle Generalversammlung abzuhalten.

2. Voraussetzungen

- 2.46** Vor den COVID-19-Regelungen war die Möglichkeit der Abhaltung einer virtuellen Generalversammlung bei der GmbH strittig und es bestanden viele Unklarheiten. Eine Generalversammlung musste jedenfalls physisch abgehalten werden, wenn die Teilnahme eines Notars erforderlich war. War dies nicht der Fall, ging die wohl hM davon aus, dass im Gesellschaftsvertrag oder bei Zustimmung aller Gesellschafter die Generalversammlung etwa mittels Videokonferenzen abgehalten werden konnte.⁵³¹ Alternativ war (bei Erfüllen der Voraussetzungen) immer schon die Beschlussfassung im Umlaufweg zulässig. Zur Frage ob und wie Umlaufbeschlüsse gefasst werden können, s Rz 3.564 ff.
- 2.47** Unter dem COVID-19-Regelungsregime, das bis 31. 12. 2021 verlängert wurde, ist die Abhaltung einer virtuellen Generalversammlung nunmehr zulässig, wenn eine Teilnahme-

⁵²⁷ BGBl I 2020/16.

⁵²⁸ BGBl II 2020/140.

⁵²⁹ Zur COVID-19-GesV ergingen außerdem der Erlass des BMJ vom 8. 4. 2020 zur Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Verordnung – COVID-19-GesV), eJABl 59/2020, der Erlass des BMJ vom 24. 4. 2020 zur Ergänzung des Erlasses vom 8. April 2020 zur Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (2. Erlass zur Gesellschaftsrechtlichen COVID-19-Verordnung), eJABl 62/2020, sowie der Erlass des BMJ vom 28. 12. 2020 mit dem die Erlässe vom 8. 4. 2020 und vom 24. 4. 2020 zur Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (Gesellschaftsrechtlichen COVID-19-Verordnung) geändert wurden, eJABl 85/2020.

⁵³⁰ Vgl § 1 Abs 1 COVID-19-GesG.

⁵³¹ Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 8, 18 (jedoch Beschlussfassung mittels Telefonkonferenz nur mit [formloser] Zustimmung sämtlicher Gesellschafter im Einzelfall, aber nicht durch generelle Regelung im Gesellschaftsvertrag); vgl auch Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 34 Rz 75 mwN.

möglichkeit an der Versammlung von jedem Ort aus mittels einer **akustischen und optischen Zweiweg-Verbindung in Echtzeit** besteht. Dabei muss es jedem Teilnehmer möglich sein, sich zu Wort zu melden und an Abstimmungen teilzunehmen.⁵³² Die meisten gängigen Systeme für Video-Konferenzen werden diese Voraussetzung wohl erfüllen. **Falls einzelne, höchstens jedoch die Hälfte der Teilnehmer** nicht über die technischen Mittel für eine akustische und optische Verbindung mit der virtuellen Versammlung verfügen oder diese Mittel nicht verwenden können oder wollen, so ist es auch ausreichend, wenn die betreffenden Teilnehmer **nur akustisch** mit der Versammlung verbunden sind.⁵³³ Auch bloß akustisch zugeschaltete gelten in jeder Hinsicht als Teilnehmer, weshalb sie zB auch bei der Feststellung eines allfälligen Präsenzquorums mitzuzählen sind.⁵³⁴ Ist bei der Generalversammlung die Mitwirkung eines Notars nötig (zB eine Generalversammlung über die Abänderung des Gesellschaftsvertrags), gilt außerdem, dass die Beurkundungen auch ohne persönliche Anwesenheit des Notars und zwar „unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit“ vorgenommen werden können. Dies ergibt sich aus dem ebenfalls im Zuge der COVID-19-Gesetzgebung geschaffenen § 90a Notariatsordnung.⁵³⁵

3. Einberufung

In der **Einladung** zur virtuellen Generalversammlung ist gem § 2 Abs 4 COVID-19-GesV **2.48** neben dem sonst nötigen Inhalt (s Rz 2.1 ff) anzugeben, **welche organisatorischen und technischen Voraussetzungen** für die Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung bestehen. Darunter werden insbesondere Angabe über Zugangsvoraussetzungen, Anmeldungen, Einwahldaten, Stimmrechtsausübung und erforderliche technische Ausstattung zu verstehen sein.⁵³⁶ Auch Hinweise auf die geplante Art und Weise der Identitätsüberprüfung (soweit nötig) gem § 2 Abs 5 COVID-19-GesV durch die Gesellschaft bei der virtuellen Generalversammlung sollten wohl sinnvollerweise in der Einladung enthalten sein (etwa der Hinweis einen Ausweis für die Kamera oder verschickte PIN-Codes bereitzuhalten).

Die Entscheidung, **ob und mit welcher Verbindungstechnologie** eine virtuelle Generalversammlung durchgeführt werden soll, obliegt dem Einberufungsorgan, also grundsätzlich der Geschäftsführung (im Detail s Rz 2.20 ff). Bei diesen Entscheidungen sind sowohl die Interessen der Gesellschaft als auch die Interessen der Teilnehmer zu berücksichtigen.⁵³⁷ Dem Interesse der Gesellschaft an einem zB geregelten und gut planbaren Ablauf der Generalversammlung kann hier zB die (mangelnde) technische Ausstattung eines oder mehrerer Gesellschafter gegenüberstehen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die voraussichtliche Infektionsgefahr.⁵³⁸ Auch die Kostenfrage wird bei der Abwägung eine **2.49**

532 § 2 Abs 1 COVID-19-GesV.

533 § 2 Abs 2 COVID-19-GesV

534 Zu § 2 COVID-19-GesV: BMJ-Erlass vom 28. 12. 2020, eJABl 85/2020.

535 Da sich die Regelung in der Praxis bewährt hat, ist § 90a NO in etwas modifizierter Form jetzt in das Dauerrecht überführt worden: BGBl I 2020/157. Vgl zu § 2 COVID-19-GesV: BMJ-Erlass vom 28. 12. 2020, eJABl 85/2020.

536 *Wenger/Ebner*, RWZ digital exklusiv 2020/16.

537 § 2 Abs 3 COVID-19-GesV.

538 Vgl zu § 2 COVID-19-GesV: BMJ-Erlass vom 28. 12. 2020, eJABl 85/2020 (erläutert wird in dem Erlass zudem, dass die Zulässigkeit einer virtuellen Versammlung oder einer sonstigen Form der Beschlussfassung wegen der notwendigen Planungssicherheit bis zum Jahresende 2021 nicht

Rolle spielen. Bei technischen Problemen bei der virtuellen Generalversammlung können Schadenersatzansprüche und die Anfechtung von Beschlüssen grundsätzlich nur dann geltend gemacht werden, wenn diese Probleme in der Sphäre der Gesellschaft liegen.⁵³⁹ Je kleiner der Teilnehmerkreis ist (dies ist idR bei der GmbH der Fall), desto eher wird die Gesellschaft jedoch erkennbare Verbindungsprobleme auch bloß einzelner Teilnehmer zum Anlass nehmen müssen, die virtuelle Versammlung zu unterbrechen, um diesen Teilnehmern einen neuerlichen Verbindungsaufbau zu ermöglichen.⁵⁴⁰

- 2.50** Die COVID-19-GesV stellt in § 1 Abs 3 ausdrücklich klar, dass soweit in der Verordnung nichts anderes bestimmt wird, für die Einberufung und die Durchführung der virtuellen Versammlung dieselben gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Regelungen einzuhalten sind wie für sonstige Versammlungen dieser Art. Dies betrifft somit insbesondere auch **die Form und die Fristen** der Einberufung. Explizit wird außerdem klargestellt, dass durch die Verordnung gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Regelungen, nach denen die Durchführung einer Versammlung ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer oder eine sonstige Art der Beschlussfassung bereits zulässig ist, nicht berührt werden.⁵⁴¹ Insbesondere die Regelungen für Umlaufbeschlüsse (s Rz 3.564ff) bleiben somit unberührt.

4. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 2.51** Das gesamte COVID-19-Regelungsregime betreffend die Abhaltung virtueller Versammlungen war ursprünglich bis 31. 12. 2020 befristet. Inzwischen wurde der zeitliche Anwendungsbereich jedoch auf das gesamte Jahr 2021 ausgeweitet.⁵⁴² Es bleibt abzuwarten, ob aus pandemischer Sicht darüber hinaus eine nochmalige Verlängerung des zeitlichen Anwendungsbereiches notwendig wird. Unabhängig von pandemischen Aspekten wäre es mE jedoch begrüßenswert (insbesondere im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung), wenn es auch künftig vergleichbare Regelungen zu einer virtuellen Generalversammlung geben würde.⁵⁴³

G. Einberufungspflichten

1. Geschäftsführer

a) Allgemeines

- 2.52** Die Bestimmung des § 36 Abs 2 GmbHG setzt fest, unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsführer eine Generalversammlung einberufen müssen. Die in § 36 Abs 2 S 1 GmbHG genannten Einberufungspflichten lassen sich in **drei Gruppen** gliedern: Die wenigstens einmal jährlich einzuberufende ordentliche Generalversammlung (die jedoch nur einzuberufen ist, soweit keine schriftlichen Beschlüsse gefasst werden; s Rz 2.54), die

davon abhängt, ob und unter welchen Voraussetzungen nach der jeweils geltenden Verordnung des Gesundheitsministers auch physische Versammlungen erlaubt wären).

539 § 2 Abs 6 COVID-19-GesV.

540 Vgl zu § 2 COVID-19-GesV: BMJ-Erlass vom 28. 12. 2020, eJABl 85/2020.

541 § 1 Abs 4 COVID-19-GesV.

542 Vgl § 4 COVID-19-GesG idF BGBl I 2020/156 und § 5 Abs 1 COVID-19-GesV idF BGBl II 2020/616.

543 Vgl dazu auch *Kalss/Hollaus*, Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – ein weitreichender Schritt durch das Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Gesetz, GesRZ 2020, 84 (86).

Fälle, in denen es das Interesse der Gesellschaft erfordert, eine Generalversammlung einzuberufen sowie die Fälle, in denen die Einberufung einer Generalversammlung gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich ausdrücklich bestimmt ist.

Die Einberufungspflicht in den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen zielt zum einen auf den in § 36 Abs 2 S 2 GmbHG normierten Sonderfall der Einberufung im Interesse der Gesellschaft ab, wonach die Generalversammlung insbesondere dann ohne Verzug einzuberufen ist, wenn sich ergibt,

2.53

- dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder
- die Eigenmittelquote gem § 23 URG unter 8% sinkt und die fiktive Schuldentilgungsdauer gem § 24 URG mehr als 15 Jahre beträgt.

Zum anderen ist damit jedenfalls auch die Einberufungspflicht im Falle eines Einberufungsverlangens durch eine Minderheit (§ 37 Abs 1 GmbHG) sowie die Einberufungspflicht nach Erstellung des Revisionsberichtes durch bestellte Revisoren (§ 47 Abs 3 GmbHG) gemeint.⁵⁴⁴ Ob neben den gesetzlichen (und allenfalls gesellschaftsrechtlichen) Bestimmungen, die ausdrücklich eine Einberufungspflicht anordnen, noch weitere Fälle von den „ausdrücklich bestimmten Fällen“ umfasst sind, ist umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass damit alle Fälle gemeint sind, in denen die Generalversammlung (nach gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen) zuständig ist.⁵⁴⁵ Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen und wird zwischenzeitlich von der hM auch abgelehnt.⁵⁴⁶ Insbesondere deshalb, da die Zuständigkeit der Generalversammlung alleine noch nichts über die Notwendigkeit einer Versammlung aussagt.⁵⁴⁷ Daher sind mE unter den „**ausdrücklich bestimmten Fällen**“ nur die oben angeführten gesetzlichen Fälle des § 36 Abs 2 S 2, § 37 Abs 1 sowie § 47 Abs 3 GmbHG und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen, die ausdrücklich eine Einberufungspflicht vorsehen, zu verstehen.

b) Die Einberufungspflichten im Einzelnen

aa) Ordentliche Generalversammlung

Mindestens einmal im Jahr ist eine Generalversammlung einzuberufen (sog ordentliche Generalversammlung).⁵⁴⁸ Wegen der Möglichkeit der schriftlichen Beschlussfassung (§ 34 GmbHG), die in der Praxis auch häufig genutzt wird, kommt die Pflicht, eine ordentliche Generalversammlung einzuberufen, im Wesentlichen dann zum Tragen, wenn die Voraussetzungen für eine schriftliche Beschlussfassung nicht erfüllt sind.⁵⁴⁹ Zu den Möglichkeiten und Voraussetzungen schriftlicher Beschlussfassung s Rz 3.564ff.

2.54

544 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 10.

545 *Vogel*, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*² (1986) 123f; unklar *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 36 Rz 20 (in Druck).

546 *Liebscher* in *MüKoGmbHG*³ § 49 Rz 46 mwN; *Ganzer* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁶ § 49 Rz 8; etwas erweiterter Fallkreis: *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²⁰ § 49 Rz 12.

547 *Liebscher* in *MüKoGmbHG*³ § 49 Rz 47.

548 *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 333.

549 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 10.

bb) Einberufung im Interesse der Gesellschaft

- 2.55** Ob es das Interesse der Gesellschaft erfordert, eine Generalversammlung einzuberufen, haben die Geschäftsführer stets nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen. Kommen die Geschäftsführer im Rahmen dieses Ermessens zu dem Schluss, dass eine Maßnahme, die nach Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung oder Weisungsbeschluss in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fällt, nötig ist oder halten sie dies zumindest für möglich, so haben sie die Versammlung einzuberufen.⁵⁵⁰ Zu beachten ist dabei, dass das Interesse der Gesellschaft nicht (zwingend) ident mit dem Interesse der Gesellschafter ist.⁵⁵¹ Außerdem soll die Einberufung nur dann erfolgen, wenn die Einleitung eines schriftlichen Verfahrens nicht tunlich ist.⁵⁵² Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Voraussetzungen nicht gegeben sind oder die beschlussgegenständliche Angelegenheit zu komplex ist und eine mündliche Berichterstattung bzw Erörterung der Angelegenheit unter den Gesellschaftern der Gesellschaft angebracht erscheint.⁵⁵³

cc) Einberufung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals

- 2.56** Bei dieser in § 36 Abs 2 S 2 GmbHG normierten Einberufungspflicht handelt es sich um einen formalisierten Sonderfall der Einberufung im Interesse der Gesellschaft.⁵⁵⁴ Ermessensspielraum besteht in diesem Fall nicht.⁵⁵⁵ Die Versammlung ist in diesem Fall unverzüglich einzuberufen. Die Bestimmung dient als Warnfunktion für die Gesellschafter und soll den Gesellschaftern eine grundsätzliche Diskussion über die weitere Geschäftspolitik ermöglichen.⁵⁵⁶ Ob die Bestimmung auch gläubigerschützende Wirkung hat, ist umstritten, wird aber von der hM abgelehnt.⁵⁵⁷
- 2.57** Die **Hälfte des Stammkapitals** ist dann **verloren**, wenn das Gesellschaftsvermögen sowohl unter Berücksichtigung offener Rücklagen als auch stiller Reserven unter diesen

550 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 10.

551 Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 7.

552 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 10.

553 Vgl Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²² § 49 Rz 18.

554 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 11; vgl auch Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 19.

555 Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 27 (in Druck).

556 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 11 mwN; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 27 (in Druck).

557 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 11 mwN (Koppensteiner/Rüffler führen aus, dass eine gläubigerschützende Wirkung aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung nicht ableitbar ist. Dem Argument, dass die Bestimmung gläubigerschützende Wirkung habe, da die in einer solchen Versammlung gefassten Beschlüsse dem Firmenbuchgericht mitzuteilen sind wird entgegnet, dass zum einen überhaupt keine Pflicht zur Beschlussfassung besteht und zum anderen eine Mitteilung eines gefassten Beschlusses hinsichtlich seiner Publizitätswirkung nicht mit einer Anmeldung zum Firmenbuch vergleichbar ist); Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 8; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 27 (in Druck); Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 36 Rz 15; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 27; für die gläubigerschützende Wirkung der Bestimmung: J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 333; Karollus, ÖBA 1990, 353 ff; J. Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 354; vgl auch J. Reich-Rohrwig, ecolex 2013, 705 (im Hinblick auf neue Einberufungspflicht bei Vorliegen von Krisenindikatoren nach URG); Holeschofsky, GesRZ 1987, 36; andeutungsweise auch SZ 59/132.

Betrag absinkt.⁵⁵⁸ Die Einberufungspflicht entsteht (auch unterjährig), wann immer der Hälfteverlust bekannt wird (dh auch ohne Bilanz oder Zwischenbilanz).⁵⁵⁹ In diesem Zusammenhang ist daher auch die Bestimmung des § 22 Abs 1 GmbHG zu beachten, wonach die Geschäftsführer dafür zu sorgen haben, dass ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem geführt werden, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen (dazu näher Rz 2.60). Wird der Verlust der Hälfte des Stammkapitals bekannt, ist unverzüglich eine Generalversammlung mit einem den Hälfteverlust betreffenden Tagesordnungspunkt einzuberufen.⁵⁶⁰ Die Geschäftsführer sind auch angehalten, sich über die nach ihrer Ansicht zweckmäßige Vorgehensweise zu äußern und diesbezüglich Vorschläge zu unterbreiten und allenfalls entsprechende Tagesordnungspunkte anzukündigen.⁵⁶¹ Nach hA sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, Sanierungsmaßnahmen zu treffen.⁵⁶² Wenn sie allerdings (über unverbindliche Empfehlungen an die Geschäftsführer hinaus) Maßnahmen beschließen, wird auch die Ansicht vertreten, dass diese zumindest grundsätzlich tauglich sein sollten, widrigenfalls bei einer nachfolgenden Insolvenz der Vorwurf der Beitragstäterschaft zur Konkursverursachung bzw Konkursverschleppung gegen sie denkbar wäre.⁵⁶³

Ebensowenig wie die Gesellschafter verpflichtet sind, in der wegen Verlust der Hälfte des Stammkapitals einberufenen Versammlung Sanierungsmaßnahmen zu treffen⁵⁶⁴ (s Rz 2.57), sind sie auch nicht verpflichtet, in dieser Versammlung überhaupt einen Beschluss zu fassen.⁵⁶⁵ Kommt es jedoch zur Beschlussfassung, so sind die gefassten Beschlüsse dem **Firmenbuchgericht mitzuteilen** (§ 36 Abs 2 letzter Satz GmbHG). Die Mitteilung führt nicht zu einer Eintragung im Firmenbuch; der mitgeteilte Beschluss ist allein aufgrund der angeordneten Mitteilungspflicht auch nicht in die Urkundensammlung des Firmenbuchs aufzunehmen (denn gem § 12 FBG sind nur Urkunden, auf deren Grundlage eine Eintragung vorgenommen wird oder deren Aufbewahrung sonst angeordnet wird, in die Urkundensammlung aufzunehmen). Die Mitteilung des Beschlusses ist daher nur in den Firmenbuchakt aufzunehmen.⁵⁶⁶ Werden in dieser Versammlung auch Beschlüsse über Tatsachen gefasst, die (unabhängig von der Mitteilungspflicht gem § 36 Abs 2 letzter Satz GmbHG) aufgrund der entsprechenden gesetzlichen

558 J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 333; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 12.

559 J. Reich-Rohrwig, eolex 1990, 354; Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 8; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 12.

560 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 12.

561 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 12 mwN.

562 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 12 mwN; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 36 Rz 15.

563 Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 30 (in Druck); aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 12.

564 Zur Zustimmungspflicht zu einer erfolgsversprechenden Sanierung unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht s jedoch Rz 1.22; zur insolvenzrechtlichen Verantwortung des Mehrheitsgesellschafters gem § 69 Abs 3 a IO bei Wegfall des (einzigen) Geschäftsführers s Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 33.

565 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 11; Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 9; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 34.

566 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 13; Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 9; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 34.

Bestimmungen jedenfalls zur Eintragung im Firmenbuch anzumelden sind (zB eine Kapitalerhöhung oder die Bestellung von neuen Geschäftsführern), so sind allerdings diese selbstverständlich zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden und wird der entsprechende Beschluss in die Urkundensammlung aufgenommen. Werden keine Beschlüsse gefasst, so braucht das Firmenbuchgericht auch nicht informiert werden.⁵⁶⁷

dd) Einberufung bei Eintritt der URG-Kriterien

- 2.59** Mit dem GesRÄG 2013 wurde das GmbHG um einen weiteren Sonderfall ergänzt, wann die Geschäftsführer eine Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft einberufen müssen.⁵⁶⁸ Einzuberufen ist nunmehr auch dann ohne Verzug, wenn sich ergibt, dass in der GmbH die **Eigenmittelquote** gem § 23 URG **unter 8% sinkt** und die **fiktive Schuldentilgungsdauer** gem § 24 URG **mehr als 15 Jahre beträgt**.
- 2.60** Die ErläutRV zum GesRÄG 2013 führen aus, dass es schon nach bisheriger Rechtslage nicht notwendig war, dass Geschäftsführern der Verlust des halben Stammkapitals aufgrund eines Jahresabschlusses bekannt wird, sondern dass ihnen dieser Umstand auf irgendeine Art zur Kenntnis gelangen kann (vgl Rz 2.57) und dass nunmehr Gleiches für das Vorliegen der im URG genannten Krisenindikatoren gilt.⁵⁶⁹ In diesem Zusammenhang wird in den ErläutRV darauf verwiesen, dass nach § 22 Abs 1 GmbHG der Geschäftsführer dafür zu sorgen hat, dass ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem geführt werden, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen.⁵⁷⁰ Bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Pflichten nach § 22 Abs 1 GmbHG könne es sich daher für Geschäftsführer auch unterjährig ergeben, dass es zu einer Einberufungspflicht nach § 36 Abs 2 GmbHG kommt.⁵⁷¹ Dass die Geschäftsführer für ein ordnungsgemäßes Rechnungswesen sorgen müssen, welches die Grundlage für die in §§ 23 und 24 URG genannten Kennzahlen darstellt, ist unbestritten.⁵⁷² Durch die ordnungsgemäße Buchführung ergeben sich jedoch noch nicht die Kennzahlen selbst, sondern ist dazu grundsätzlich die Expertise eines Abschlussprüfers, Wirtschaftstreuhänders oder Steuerberaters nötig, der diese Indikatoren aus den Unterlagen erarbeitet.⁵⁷³ In dieser Hinsicht ist das Abstellen des § 36 Abs 2 GmbHG auf die URG-Kennzahlen etwas problematisch. Denn während nach § 22 URG nicht das Eintreten der Kennzahlen, sondern der Bericht des Abschlussprüfers, der diese Kennzahlen enthält, den Geschäftsführer handlungspflichtig machen, genügt es für die Einberufungspflicht nach § 36 Abs 2 GmbHG, dass der Eintritt dieser Kriterien den Geschäftsführern auf irgendeine Art zur Kenntnis gelangt, wobei die ErläutRV dabei auf die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung verweisen.⁵⁷⁴ Zum einen ist festzuhalten, dass für die Mehrzahl der GmbHs eine Abschlussprüfung (dessen Bericht die Kennzahlen enthält) gar nicht verpflichtend ist und zum anderen ergeben

567 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 13; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 36 Rz 9; aA *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 333; *Nowotny* in FS Semler 240f.

568 § 36 Abs 2 S 2 GmbHG.

569 ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 14.

570 ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 14.

571 ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 14.

572 *Warto*, wbl 2013, 361 (364).

573 *Warto*, wbl 2013, 361 (364).

574 *Warto*, wbl 2013, 361 (364).

sich, wie bereits ausgeführt, aus der ordnungsgemäßen Buchführung alleine die Kennzahlen noch nicht. Es wird daher wohl nötig sein, dass die Geschäftsführer den Steuerberater auch mit der Ermittlung der entsprechenden URG Kennzahlen beauftragen.⁵⁷⁵

Werden in einer Versammlung, die aufgrund des Eintritts der in §§ 23 und 24 URG genannten Kriterien einberufen wurde, Beschlüsse gefasst, so sind diese wie im Fall der Einberufung wegen Hälfteverlustes ebenfalls dem **Firmenbuchgericht mitzuteilen**.⁵⁷⁶ Siehe zur Mitteilungspflicht Rz 2.58. **2.61**

c) Haftung wegen Verletzung der Einberufungspflicht

Verletzen Geschäftsführer eine Einberufungspflicht, so **haften** sie der Gesellschaft gem § 25 GmbHG für den daraus entstandenen Schaden.⁵⁷⁷ Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften sie nach hA jedoch nicht.⁵⁷⁸ Die Verletzung der Einberufungspflicht kann außerdem ein wichtiger Grund für die Abberufung des Geschäftsführers und/oder die Entlassung aus dem Dienstverhältnis sein.⁵⁷⁹ Zur Haftung des Aufsichtsrates s Rz 2.63. **2.62**

2. Aufsichtsrat

Eine Einberufungspflicht des Aufsichtsrates besteht⁵⁸⁰ dann, wenn es das **Wohl der Gesellschaft** erfordert. Der Aufsichtsrat muss daher insbesondere einberufen, wenn die Geschäftsführer diesbezüglich pflichtwidrig nicht handeln.⁵⁸¹ Die Haftung des Aufsichtsrates richtet sich nach § 33 iVm §§ 25 und 27 GmbHG, wonach die Mitglieder des Aufsichtsrates (und deren Stellvertreter) bei Verletzung ihrer Obliegenheiten der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden haften. Sind Aufsichtsratsmitglieder zugleich mit Geschäftsführern zum Schadenersatz verpflichtet, so haften sie mit diesen zur ungeteilten Hand. **2.63**

3. Abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen

Der Gesellschaftsvertrag kann die Einberufungspflichten dahingehend abändern, dass er Einberufungspflichten im Interesse der Gesellschaft konkretisiert oder darüber hinaus zusätzliche Einberufungspflichten normiert.⁵⁸² Die Einberufungszuständigkeit des Auf- **2.64**

⁵⁷⁵ Warts, wbl 2013, 361 (364) mit dem Hinweis, dass auch dadurch keine laufende unterjährige Kontrolle der Kennzahlen (wie in den ErläutRV angesprochen) gegeben ist; vgl auch Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 30 (der Wirtschaftstreuhänder, der die Aufstellung des Jahresabschlusses vorbereitet, soll auch beauftragt werden zur Eigenmittelquote und zur fiktiven Schuldentilgungsdauer Stellung zu nehmen. Harrer erachtet in der Folge eine jährliche Wiederholung der Prüfung nicht für nötig, wenn und soweit es nicht zu einer wesentlichen und nachhaltigen Verschlechterung der Verhältnisse kommt).

⁵⁷⁶ § 36 Abs 2 letzter Satz GmbHG.

⁵⁷⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 14; Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 7; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 27.

⁵⁷⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 14; vgl auch Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 33 (in Druck); Arnold, GesRZ 2013, 169; aA J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 333; J. Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 354.

⁵⁷⁹ J. Reich-Rohrwig, ecolex, 2013, 705.

⁵⁸⁰ Gemäß § 30j Abs 4 GmbHG.

⁵⁸¹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 15.

⁵⁸² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 16; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 36 Rz 37.

sichtsrates kann jedenfalls nicht eingeschränkt werden.⁵⁸³ Hinsichtlich der Geschäftsführer ist dies strittig, wird von der hA jedoch zum Teil für zulässig erachtet.⁵⁸⁴ Ausgenommen sind jedenfalls die Einberufung wegen Verlust der Hälfte des Stammkapitals⁵⁸⁵ und nunmehr auch die durch das GesRAG 2013 neu eingeführte Einberufung wegen Eintritts der URG-Kriterien (da letztgenannte im Wesentlichen denselben Zweck verfolgt wie die Einberufung wegen Hälfteverlust). Im Hinblick auf diese beiden Sonderfälle der Einberufung im Interesse der Gesellschaft ist eine Einschränkung der Einberufungspflicht der Geschäftsführer keinesfalls zulässig. Die Einberufung im Fall des Einberufungsverlangens einer Minderheit gem § 37 Abs 1 GmbHG kann zumindest auch durch ein anderes gesellschaftsvertraglich vorgesehenes Organ erfolgen. Auch bei einer Einschränkung der Einberufungspflicht der Geschäftsführer müssen die Gesellschafter jedoch informiert werden, wenn ihr Tätigwerden erforderlich erscheint.⁵⁸⁶

- 2.65** Die gesellschaftsvertragliche Anordnung einer schriftlichen Beschlussfassung anstatt der Einberufung einer Versammlung im Fall des Verlusts der Hälfte des Stammkapitals⁵⁸⁷ und nunmehr auch im Fall des Eintritts der URG-Kriterien, ist nicht zulässig.

H. Vertagung, Absage und Verlegung der Generalversammlung

1. Vertagung

- 2.66** Während der Generalversammlung kann sich herausstellen, dass einzelne Angelegenheiten nicht ausreichend oder abschließend behandelt werden können (etwa weil noch weitere Informationen eingeholt werden müssen) oder dass aufgrund einer umfangreichen Tagesordnung einzelne Tagesordnungspunkte überhaupt nicht am selben Tag behandelt werden können. In einem solchen Fall erscheint die Ausdehnung und Vertagung der Generalversammlung auf andere Tage grundsätzlich jedoch nur mit **Zustimmung** aller erschienenen Gesellschafter zulässig.⁵⁸⁸ Der OGH hat es in einer Entscheidung jedoch für zulässig erachtet, dass die Generalversammlung auch über Mitternacht hinaus dauert.⁵⁸⁹ Ansonsten bleibt es dem zuständigen Einberufungsorgan selbstverständlich stets unbenommen, gem den allgemeinen Einberufungsregeln eine (weitere) Generalversammlung zur Behandlung der offen gebliebenen Punkte einzuberufen, bzw können (wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind; s dazu Rz 3.564ff) die offenen Punkte in der Folge auch durch schriftliche Beschlussfassung erledigt werden.

583 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 16.

584 *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 36 Rz 35 mwN (in Druck); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 16.

585 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 16; *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 36 Rz 37.

586 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 16; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 36 Rz 35 (in Druck).

587 *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 333; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 16.

588 *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 338.

589 OGH 16. 6. 2011, 6 Ob 99/11 v. (Der OGH verweist in dieser Entscheidung darauf, dass das GmbHG keine ausdrücklichen Vorschriften über die erlaubte Dauer einer Generalversammlung enthält. Er führt außerdem aus, dass sich aus dem bloßen Umstand, dass ein Beschluss erst nach Mitternacht gefasst wurde, nicht dessen Anfechtbarkeit ergibt).

2. Absage

Derjenige, der die Generalversammlung einberufen hat, kann sie auch absagen (abberaumen).⁵⁹⁰ Die Absage bedarf nicht derselben Form wie die Einberufung.⁵⁹¹ Sie kann auch formlos erfolgen, muss jedoch geeignet sein, bei den Teilnahmeberechtigten keinerlei Zweifel darüber hervorzurufen, dass die Generalversammlung abgesagt ist.⁵⁹² Die Absage ist grundsätzlich auch dann wirksam, wenn die Mitteilung nicht allen Gesellschaftern rechtzeitig zugegangen ist.⁵⁹³ Sie muss aber jedenfalls so rasch als möglich und auf einem geeigneten Verständigungsweg durchgeführt werden.⁵⁹⁴ Die von einem Einberufungsberechtigten einberufene Generalversammlung kann nicht von einem anderen widerrufen werden.⁵⁹⁵ Wird eine aufgrund eines Einberufungsverlangens der Minderheit gem § 37 Abs 1 GmbHG einberufene Generalversammlung abgesagt oder derart auf einen Termin verlegt, dass das Minderheitsrecht faktisch frustriert ist, so ist die Minderheit zur Selbsthilfe-Einberufung nach § 37 Abs 2 GmbHG berechtigt.⁵⁹⁶ Zur Rücknahme eines Einberufungsverlangens gem § 37 Abs 1 GmbHG durch die Minderheit s Rz 2.37 f.

2.67

3. Verlegung

Soll die Generalversammlung vor dem Versammlungstermin auf einen anderen Termin/ Ort verlegt werden, so ist dies grundsätzlich nur unter **Absage** der Generalversammlung verbunden mit einer **Neueinberufung** zulässig.⁵⁹⁷ Da hier eine Neueinberufung (verbunden mit der Absage der ursprünglichen Generalversammlung) vorliegt, sind die allgemeinen Einberufungsvorschriften (insbesondere Fristen) zu beachten.⁵⁹⁸ Eine unveränderte Tagesordnung braucht in diesem Fall nicht erneut übermittelt werden, sofern ausdrücklich/unmissverständlich auf die Geltung der Tagesordnung der ursprünglichen (abgesagten) Generalversammlung hingewiesen wird.⁵⁹⁹ Auch die Vorverlegung des Beginns der Generalversammlung am selben Tag ist ohne Zustimmung aller Gesellschafter nur unter Wahrung der allgemeinen Vorschriften (Frist und Form) einer Neueinberufung zulässig.⁶⁰⁰

2.68

Hinsichtlich geringfügiger Änderungen sonstiger Modalitäten betreffend Zeit und Ort einer einberufenen Generalversammlung ist zu differenzieren: Wird etwa ohne Beeinträchtigung des Teilnahmerechtes sämtlicher Gesellschafter der Ort so verlegt, dass er

2.69

590 J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 338; OGH 2 Ob 60/61, SZ 34/44 (betreffend Genossenschaft); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 36 Rz 8; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 20.

591 Umfahrer, GmbH⁶ Rz 457; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 20.

592 Umfahrer, GmbH⁶ Rz 457; OGH 1 Ob 711/84, SZ 58/14; vgl auch Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 20.

593 Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 38 Rz 3; vgl auch Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 20.

594 Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 20.

595 Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 36 Rz 6.

596 J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 338.

597 Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 21.

598 Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 21.

599 Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 38 Rz 21.

600 Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²² § 51 Rz 43.