



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

2 R 68/21s

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in der Rechtssache der klagenden Partei **B... GmbH**, vertreten durch ... Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **BI... GmbH**, vertreten durch ... Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert: EUR 100.000) infolge Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 6.8.2020,

**I.** durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Wien Dr. Dallinger als Vorsitzenden, sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Hofmann und die Richterin des Oberlandesgerichtes Mag. Köller-Thier den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Die Nichtigkeitsberufung wird **verworfen**.

**II.** durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Wien Dr. Dallinger als Vorsitzenden, sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Wien Mag. Köller-Thier und den Kommerzialrat Zembacher zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 3.289,92 (hierin EUR 548,32 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die Revision ist nicht zulässig.

**Entscheidungsgründe:**

Die Klägerin (Minderheitsgesellschafterin), die C... (in der Folge: Mehrheitsgesellschafterin) und die T... (in der Folge: unbeteiligte dritte Gesellschafterin) sind die Gesellschafter der Beklagten.

Mehrheitsgesellschafterin der Beklagten ist die C... mit einem Gesellschaftsanteil von EUR 41.672,--, das sind 75,01 % des Stammkapitals. Die Klägerin hält an der Beklagten einen Anteil von 23,41 %, die unbeteiligte dritte Gesellschafterin einen Anteil von 1,58 %.

Die Mehrheitsgesellschafterin ist auch an weiteren Gesellschaften m.b.H der B...-Gruppe beteiligt und zwar an der B1, der B2 und der B3, wobei sie bei den Gesellschaften B1 mit 75,01% und B2 mit 50,01% auch Mehrheitsgesellschafterin ist.

Die **Klägerin** begehrt die Feststellung, dass die in der außerordentlichen Generalversammlung der Beklagten am 26.3.2020 gefassten Beschlüsse auf Abberufung der Geschäftsführer S... und A... und auf Bestellung von P... und W... zu Geschäftsführern der Beklagten nichtig und unwirksam seien. In eventu stellt die Klägerin das Begehren, die Abberufung der Geschäftsführer und Neubestellung der Geschäftsführer für nichtig und unwirksam zu erklären.

Dazu bringt die Klägerin im Wesentlichen vor, dass die bekämpften Beschlüsse vom 26.3.2020 nicht im Rahmen einer ordnungsgemäßen Generalversammlung gefasst worden seien. Die Vorgeschichte dazu habe sich wie folgt zugetragen:

Mit Schreiben vom 11.2.2020, der Beklagten zugestellt am 14.2.2020, habe die Mehrheitsgesellschafterin die Einberufung einer Generalversammlung verlangt. In Entsprechung und unter Bezug auf das Ersuchen von der Mehrheitsgesellschafterin habe der Rechtsvertreter der Beklagten mit Schreiben vom 26.2.2020 mit den einleitende Worten „Wir vertreten die BI... GmbH rechtsfreundlich“ die Generalversammlung für den 26.3.2020, 16.00 Uhr, in seine Kanzlei einberufen. Dennoch habe die Mehrheitsgesellschafterin mit Schreiben vom März 2020, der Klägerin zugegangen zwischen 15. und 20.3.2020, behauptet, dass ihrem Ersuchen nicht entsprochen worden sei und habe selbst eine Generalversammlung für dieselbe Zeit am selben Ort einberufen.

Mit Schreiben vom 24.3.2020 habe der Rechtsvertreter der Beklagten und der damaligen Geschäftsführer allen Gesellschaftern mitgeteilt, dass die Generalversammlung wegen des Corona-Virus auf den 15.4.2020 verlegt werde und die Kanzleiräumlichkeiten am 26.3.2020 jedenfalls nicht zur Verfügung stünden. Entsprechend der Covid-19-Gesetzgebung und den Aufrufen von Experten und Regierungsmitgliedern folgend, wäre den Vertretern der Klägerin die Teilnahme an der Generalversammlung am 26.3.2020 auch nicht zumutbar gewesen.

Die Mehrheitsgesellschafterin habe dem Rechtsvertreter der Beklagten, nicht aber den Gesellschaftern, am 26.3.2020 mitgeteilt, dass sie weiter vom Selbsteinberufungsrecht Gebrauch machen, kurz vor 16.00 Uhr erscheinen und um Einlass bitten würden. Erst am 9.4.2020 habe die Klägerin erfahren, dass angeblich am 26.3.2020 drei außerordentliche Generalversammlungen drei

Gesellschaftern betreffend, genau in der Zeit 16.00 Uhr bis 16.04 Uhr mit jeweils zwei anderen Personen, nämlich je einem Notar und je einem Vertreter der Mehrheitsgesellschafterin, zugleich im Stiegenhaus vor der Kanzlei, also auf 4 m<sup>2</sup>, stattgefunden haben sollen. Bei der die Beklagte betreffenden Generalversammlung sollen die bisherigen Geschäftsführer abberufen und W... und P... als Geschäftsführer bestellt worden sein. Die Beschlüsse habe die Klägerin erst am 14.4.2020 erhalten. Mit diesen sei ihr Sonderrecht auf Bestellung eines Geschäftsführers verletzt worden und die Mehrheitsgesellschafterin habe dadurch gegen ihre Treuepflichten verstoßen. Die Klägerin habe an der angeblichen Gesellschafterversammlung am 26.3.2020 nicht teilgenommen. Sie sei nicht ordnungsgemäß zu dieser Gesellschafterversammlung geladen und über die Abhaltung der Gesellschafterversammlung nicht informiert worden. Schließlich habe die Versammlung an einem dazu nicht geeigneten Versammlungsort, nämlich im Stiegenhaus stattgefunden. Das öffentlich zugängliche Stiegenhaus in einem Gebäude sei per se kein geeigneter Versammlungsort, da die Vertraulichkeit dort nicht gewahrt bleiben könne. Darüber hinaus sei das Stiegenhaus vor Kanzleiräumlichkeiten auch nicht gleichzusetzen mit den Kanzleiräumlichkeiten als Versammlungsort für eine Gesellschafterversammlung. Außerdem sei der Ort, für den die Versammlung einberufen worden sei, geschlossen gewesen. An der Eingangstür der Kanzlei des Rechtsvertreters der Beklagten sei ein entsprechendes Schild mit Hinweis auf die Covid-Situation angebracht gewesen und die Kanzlei sei verschlossen gewesen.

Die neuen Geschäftsführer seien sofort als solche aufgetreten und haben noch am 26.3.2020 den Antrag an das

Firmenbuch auf Löschung der bisherigen Geschäftsführer sowie Eintragung der beiden neuen gezeichnet. Sie haben Vollmachten zur Rechtsvertretung widerrufen und von der steuerlichen Vertretung Auskünfte sowie Unterlagen verlangt. Die beiden seien nicht geeignet, ein Immobilieninvestment der Gesellschaft wertsteigernd zu entwickeln. P... sei in London ansässig und Geschäftsführer von mehreren Liegenschaftsgesellschaften. W... sei Geschäftsführer bei über 50 österreichischen Gesellschaften und verstoße damit gegen das Wettbewerbsverbot.

Die Unternehmens-Gruppe, zu der die Mehrheitsgesellschafterin gehöre, verfolge einen sittenwidrigen und rechtsmissbräuchlichen Gesamtplan, um die B-Gruppe durch Beschneidung ihrer Minderheitsrechte zur Übertragung ihrer Beteiligung zu einem deutlich unter dem Wert liegenden Preis zu bringen. 2017 haben die B1 einen Kaufvertrag für die ...gasse 2, 1010 Wien, um 28,5 Mio. EUR und die Beklagte einen für ...straße 31, 1060 Wien, um 33,5 Mio. EUR unterschrieben und ein Angeld von 9 Mio. EUR respektive 1,4 Mio. EUR geleistet. Kern des gesamten Geschäftsplans sei die Ausmietung der bestehenden Mieter und die Weiterveräußerung der Liegenschaften gewesen. Die B-Holding habe die unbeteiligte dritte Gesellschafterin mit der Suche nach einem CoInvestor beauftragt und habe so die Gruppe gefunden, zu der die Mehrheitsgesellschafterin gehöre. Am 22.3.2018 seien ein Anteilskaufvertrag und ein Syndikatsvertrag, wonach die Geschäftsführung und das Asset-Management Sache der B-Gruppe sein sollte, unterfertigt worden.

Zu 48 Cg 35/20m werde die Nichtigkeit des Anteilskaufvertrages geltend gemacht, weil der Vertreter von der Mehrheitsgesellschafterin keine ausreichenden Deutschkenntnisse gehabt habe.

Die Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin verhalte sich gegenüber der Klägerin auch deshalb treuwidrig, da sie im November 2019 zuerst zugestimmt habe, dass die B-Gruppe ihren Anteil an den Projektgesellschaften, nämlich an der Beklagten, der B1 und der B1 als Sicherheit für weitere Finanzierungen, die die B-Gruppe benötige, verpfände. Die B-Gruppe habe sich auf diese Zusage verlassen und habe umfangreiche und kostspielige Gutachten eingeholt und weitere Transaktionen vorbereitet. Mitten in dieser Vorbereitung habe die Mehrheitsgesellschafterin überraschend mitgeteilt, mit einer Verpfändung der Geschäftsanteile nicht einverstanden zu sein.

Am 29.1.2020 habe ein Treffen auf Eigentümerebene der B-Gruppe mit den Vertretern der Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin stattgefunden. Seitens der B-Gruppe sei mitgeteilt worden, dass für die Liegenschaft ...gasse (B3... GmbH) inzwischen der Kaufvertrag abgeschlossen worden sei, die grundbücherliche Eintragung jedoch noch nicht erfolgt sei, weshalb sie die Rückzahlung des von der Mehrheitsgesellschafterin an die B-Holding gewährte Überbrückungsdarlehen (Bridge Loan) mangels Fälligkeit abgelehnt habe. Die Mehrheitsgesellschafterin behaupte nun eine Kapitalforderung in der Höhe von rund 7,4 Mio. EUR, zuzüglich Zinsen gegen die B-Holding. Diese Forderung habe die Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin zu 26 Cg 19/20x des HG Wien eingeklagt.

Auch auf Grund des dargestellten treuwidrigen Verhaltens der Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin sei die

Beschlussfassung am 26.3.2020 im Stiegenhaus der ...straße 15, 1010 Wien, mit der die Geschäftsführer umbestellt worden seien, nichtig.

Die **Beklagte** bestritt und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Rechtsvertreter habe mit Schreiben vom 26.2.2020 im Namen der Beklagten und nicht im Namen der Geschäftsführer agiert. Die Mehrheitsgesellschafterin habe daher von ihrem Selbsthilferecht Gebrauch gemacht und mit am 11.3.2020 zur Post gegebenen und der Klägerin am 12.3.2020 zugegangenen Schreiben eine Generalversammlung für dieselbe Zeit und denselben Ort einberufen. Die Covid-19-Situation habe nicht verhindert, dass die Generalversammlung am 26.3.2020 wirksam stattgefunden habe.

Am 26.3.2020 habe sich bei Betätigung der Glocke der Kanzlei des Rechtsvertreters der Beklagten die Eingangstür des Gebäudes geöffnet. Doch habe trotz mehrfachen Läutens zwischen 14.45 Uhr und 16.00 Uhr niemand die Kanzleitür geöffnet. Die drei Generalversammlungen betreffend die Beklagte, die B1 und B2 seien zugleich, allerdings auf drei verschiedenen Podesten der Stiege, nämlich vor der Kanzlei, einem Halbstock darunter sowie einem darüber, abgehalten worden. Die Beteiligten haben einen Abstand von zumindest einem Meter zueinander eingehalten. Unbeteiligte Dritte haben sich zu der Zeit nicht im Stiegenhaus befunden.

W... habe das Studium der Rechtswissenschaften 1995 abgeschlossen und bei ... und der ... in Wien an vielen Immobilienentwicklungsprojekten gearbeitet. Er lebe ständig in Wien. P habe das Studium der Betriebswirtschaftslehre mit Spezialisierung auf Immobilien 2000 abgeschlossen und bei ..., ... sowie bei der

Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin Immobilienprojekte in der DACH-Region betreut. Er halte sich derzeit in Österreich auf. Die B-Gruppe versuche, die Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin abzuschichten, die jedoch nicht verkaufen möchte, sondern ihrerseits der Gegenseite angeboten habe, ihr die Beteiligungen abzukaufen. Die B-Gruppe unternehme alles, um das Fehlverhalten der abberufenen Geschäftsführer zu vertuschen und die Willensbildung der Mehrheitsgesellschafterin und der unbeteiligten dritten Gesellschafterin zu blockieren. Die Beklagte bestreite ausdrücklich die von der Klägerin vorgeworfenen Indiskretionen und Vertrauensbrüche.

Die Mehrheitsgesellschafterin habe das Vertrauen zu den abberufenen Geschäftsführern verloren. Sie haben als Geschäftsführer der B3 den vereinnahmten Preis von EUR 5,691.776,17 aus einem Liegenschaftsverkauf vereinbarungswidrig nicht zur Rückführung eines der Klägerin von der Mehrheitsgesellschafterin gewährten Darlehens verwendet. Dazu haben sie seit Monaten versucht zu verhindern, dass die Gruppe der Mehrheitsgesellschafterin die Geschäftsführung prüfe und Bucheinsicht nehme, weshalb die Mehrheitsgesellschafterin seit Anfang März 2020 deswegen den Rechtsweg bestritten habe.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das **Erstgericht** das Klagebegehren vollinhaltlich ab.

Es ging dabei von folgendem wesentlichen Sachverhalt aus:

Die Mehrheitsgesellschafterin ist seit 16.6.2018 Gesellschafterin der Beklagten. Jeweils für die Beklagte selbständig vertretungsbefugt waren als Geschäftsführer vom 20.5.2017 bis 25.3.2020 S... und A... eingesetzt. Mit

Schreiben vom 11.2.2020, der Beklagten zugestellt am 14.2.2020, verlangte die Mehrheitsgesellschafterin die Einberufung einer Generalversammlung und führte als Zweck die Beratung und Beschlussfassung über die Abberufung der Geschäftsführer und die Bestellung zumindest eines neuen Geschäftsführers an.

Daraufhin lud der Rechtsvertreter der Beklagten mit Schreiben vom 26.2.2020 zur Generalversammlung ein:

*„Betrifft: Generalversammlung der BI... GmbH*

*Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr Kollege Dr. M..., wir vertreten die BI... GmbH rechtsfreundlich. In Erledigung der unserer Klientin am 13.02.2020 zugegangenen Aufforderung der Mehrheitsgesellschafterin zur Einberufung einer Generalversammlung berufen wir hiermit im Auftrag und im Namen unserer Mandantschaft die Generalversammlung für den*

***26.03.2020, 16:00 Uhr***

***...straße 15, 1010 Wien***

***(Kanzlei ... Rechtsanwälte OG)***

*Tagesordnungspunkte sind*

***1. Abberufung der aktuellen Geschäftsführer der Gesellschaften***

***2. Bestellung zumindest eines neuen Geschäftsführers der Gesellschaft.***

*[...]*"

Die Mehrheitsgesellschafterin reagierte darauf mit folgendem Schreiben an die beiden anderen Gesellschafter:

*„Einladung zur Generalversammlung der BI... GmbH*

*Sehr geehrte Damen und Herren! Wir, die Mehrheitsgesellschafterin, berufen hiermit eine*

**Generalversammlung**

**der**

**BI... GmbH**

**(FN ...)**

für den

**26.3.2020 um 16:00 Uhr**

**...straße 15, 1010 Wien**

**(Kanzlei ... Rechtsanwälte OG) mit der folgenden**

**Tagesordnung:**

- 1. Abberufung der aktuellen Geschäftsführer der Gesellschaft**
- 2. Bestellung zumindest eines neuen Geschäftsführers der Gesellschaft ein [...]"**

Weiters legte die Mehrheitsgesellschafterin ihre Ansicht zum Selbsthilferecht offen.

Die Mehrheitsgesellschafterin versandte das Schreiben eingeschrieben am 11.3.2020.

Der Rechtsvertreter der Beklagten teilte den Gesellschaftern am 24.3.2020 mit, dass die ... Rechtsanwälte OG die Beklagte ebenso rechtsfreundlich vertreten würde wie deren Geschäftsführer und führte aus, dass das Unterbleiben des ausdrückliche Hinweises auf diesen Umstand in der Einladung zur Generalversammlung nichts an deren Rechtzeitigkeit, Gültigkeit und Wirksamkeit ändere, insbesondere weil sie von den Geschäftsführern beauftragt und genehmigt worden sei. Sicherheitshalber werde im Namen und im Auftrag der Geschäftsführer mitgeteilt, dass jene Einladung hiermit auch ausdrücklich noch einmal genehmigt werde. Das Selbsteinberufungsrecht greife daher nicht. Weiters teilte der Rechtsvertreter der beklagten mit, dass die für den 26.3.2020 angesetzte

Generalversammlung abberaumt werden müsse. Hintergrund seien die aktuelle außergewöhnliche gesundheitliche Krisensituation (Covid19), die laufende Warnung an die Bevölkerung, zu Hause zu bleiben und die gesetzlichen und in Verordnungsform ergangenen Vorgaben, Versammlungen aus gesundheitlichen Gründen zu vermeiden. Um daher nicht die Gesundheit anderer und die eigene Gesundheit zu gefährden und überdies gegen die aktuellen restriktiven gesetzlichen Vorgaben zu verstoßen, sei es unerlässlich, den Termin abzusetzen. Die Maßnahmen sollten bekanntlich bis vorläufig 13.4.2020 gelten. Die Generalversammlung werde daher auf den 15.4.2020 verlegt. Weiters teilte der Rechtsvertreter der beklagten mit, dass die Kanzlei ... Rechtsanwälte OG vorläufig für Klientenverkehr und auch am 26.3.2020 als Versammlungsort nicht zur Verfügung stehe, dies den rechtlichen Vorgaben und Empfehlungen folgend, den Kanzleibetrieb auf ein Minimum zu beschränken, um jeden unnötigen persönlichen Kontakt weitestgehend zu vermeiden.

Am 26.3.2020 um 15:05 Uhr teilten die Rechtsvertreter der Mehrheitsgesellschafterin der ... Rechtsanwälte OG, nicht aber den übrigen Gesellschaftern oder den Geschäftsführern, per E-Mail mit, dass sie am selben Tag kurz vor 16:00 Uhr an der Adresse ...straße 15, 1010 Wien, erscheinen und um Einlass in die Kanzlei bitten werden, um die Generalversammlung abzuhalten bzw. an ihr teilnehmen zu können. Die Einberufung der Generalversammlung durch die Mehrheitsgesellschafterin sei rechtskonform erfolgt, nur sie könne daher die Abberaumung bzw. Verlegung vornehmen. Die vom Rechtsvertreter der Beklagten mitgeteilte Verlegung der Generalversammlung vom 26.3.2020 sei daher rechtlich unbeachtlich.

Am 26.3.2020 kurz vor 16:00 Uhr fand sich Rechtsanwalt C... als Vertreter der Mehrheitsgesellschafterin zur Generalversammlung der hier Beklagten an der Adresse ...straße 15, 1010 Wien gemeinsam mit zwei Kollegen sowie zwei Notaren und einem Notarsubstituten ein. Nach Betätigen der Taste der Kanzlei ... Rechtsanwälte OG an der Gegensprechanlage öffnete sich die Eingangstüre des Gebäudes. Die als Ort der Generalversammlung avisierte Kanzleiräumlichkeit war versperrt. An der Eingangstüre der Kanzlei war ein Zettel angebracht, auf dem unter Hinweis auf Covid-19 festgehalten war, dass kein Parteienverkehr stattfindet. Trotz mehrmaligen Läutens zwischen 15:45 und 16:00 Uhr wurde nicht geöffnet.

Um 16:00 Uhr starteten zeitgleich drei Generalversammlungen, nämlich die der Beklagten mit Notar L... und Rechtsanwalt C... auf dem 4m<sup>2</sup> großen Podest einen Halbstock über der Kanzlei, jene der B1 GmbH mit Notarsubstitut K... und Rechtsanwalt T... auf dem Podest vor der Kanzlei sowie jene der B2 GmbH mit Notar L... und Rechtsanwalt A... auf dem Podest einen Halbstock unter der Kanzlei. Gefasst wurden die nun angefochtenen Beschlüsse.

Aufgrund der großzügigen Dimensionierung des Stiegenhauses hielten alle Anwesenden einen Abstand von zumindest 1 m ein. Unbeteiligte Dritte befanden sich in der Zeit nicht im Stiegenhaus.

Nach Beendigung der drei Generalversammlungen erschien gegen 16:10 Uhr R... für die unbeteiligte dritte Gesellschafterin, welche davon ausging, dass die drei Generalversammlungen stattfinden würden.

S... und A... erfuhren von der Durchführung der Generalversammlung und ihrer Abberufung erst am 9.4.2020.

W... schloss 1995 das Studium der Rechtswissenschaften in Wien ab, arbeitete ua. bei ... und ... in Wien sowie seit 2002 bei ... als Leiter eines Teams von mehr als 80 Personen mit einem Fokus auf Immobilien und Kapitalanlage.

P... schloss 2000 das Studium der Betriebswirtschaft mit Vertiefung auf Immobilien an der European Business School ... ab, arbeitete viele Jahre im Immobilieninvestment bei ... in London und ab 2009 bei ... in London, wo er als Partner für die DACH-Region, die Niederlande und Mitteleuropa zuständig ist.

Die Mehrheitsvertreterin verlor das Vertrauen zu den abberufenen Geschäftsführern, weil sie als Geschäftsführer der B3 den vereinnahmten Preis von € 5.691.776,17 aus einem Liegenschaftsverkauf vereinbarungswidrig nicht zur Rückführung eines der Klägerin von der Mehrheitsgesellschafterin gewährten Darlehens verwendet hatten.

Die Mehrheitsgesellschafterin verlangte Unterlagen zu zumindest einer B-Gesellschaft und erhielt sie nicht. Vielmehr beschränkt die Mehrheitsgesellschafterin Anfang März 2020 den Rechtsweg.

Rechtlich gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, dass das Hauptbegehren (Feststellung der Nichtigkeit) nur Erfolg haben könnte, wenn ein Scheinbeschluss vorliege.

Die Anfechtung fehlerhafter Beschlüsse mittels Klage nach § 41 GmbHG sei nur dort entbehrlich, wo ein Beschluss mit derart gravierenden Mängeln behaftet sei, dass von einer rechtlich unbeachtlichen Willensäußerung gesprochen werden müsste. In diesem Fall könne die mangelnde Wirksamkeit jederzeit durch Einrede oder Feststellungsklage gemäß § 228 ZPO ohne die Befristung des § 41 GmbHG geltend gemacht

werden. Nach dem weiten Wortlaut des § 41 GmbHG führten Einberufungsmängel und Ankündigungsmängel als auch Inhaltsmängel nur zur Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses, machen diesen allerdings nicht von Anfang an unwirksam. Im vorliegenden Fall sei sowohl die Einberufung zur Generalversammlung als auch die Abhaltung der Generalversammlung und die Beschlussfassung durch die Mehrheitsgesellschafterin erfolgt, weshalb das Hauptbegehren auf Feststellung der Nichtigkeit abzuweisen sei. Im Sinne des Eventualbegehrens sei die Anfechtbarkeit nach § 41 GmbHG zu betrachten und der Umfang des Selbsthilferechts der Mehrheitsgesellschafterin zu klären. Die Generalversammlung sei gemäß § 36 Abs 1 GmbHG, soweit nicht durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag auch andere Personen befugt seien, durch die Geschäftsführer einzuberufen. Eine Einberufung durch die Gesellschaft selbst sei gerade nicht vorgesehen. Von der Vertretung der Geschäftsführer werde dort auch nicht gesprochen. Lasse man eine solche zu, so müsse sie zumindest offengelegt werden und könne ein Agieren nur im Namen der Gesellschafter nicht genügen, weil das Gesetz die Einberufung nicht durch die Gesellschaft, sondern durch die Geschäftsführer fordere. Die Zuständigkeit für die Einberufung sei zwingend, weil nur durch die Befassung der Gesellschafter durch die Geschäftsführer eine ordnungsgemäße Leitung der Gesellschaft gewährleistet sei.

Die Interpretation, dass die Einladung durch den Rechtsvertreter der Gesellschaft durchaus im Namen der Geschäftsführer verstanden werden müsse, überzeuge aus den von der Beklagten dargestellten Überlegungen nicht. Die Einberufung sei zwar nicht nur durch die Geschäftsführer gemeinsam, sondern auch durch jeden einzelnen

Geschäftsführer möglich. Eine „Vertretung der Gesellschaft“ sage daher gerade bei mehreren, wie hier, selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführern nicht, dass im Namen der Geschäftsführer oder welcher von ihnen agiert würde, weil die Macht zur Vertretung der Gesellschaft von beiden, wie auch nur von einem Geschäftsführer eingeräumt worden sein könnte. Das Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten vom 26.2.2020 erfülle daher die Anforderungen des § 36 GmbHG nicht.

Gesellschafter, deren Stammeinlagen zumindest 10 % des Stammkapitals ausmachen, könnten gemäß § 37 Abs 1 GmbHG die Einberufung der Versammlung schriftlich unter Angabe des Zwecks verlangen. Wenn dem Verlangen nicht binnen 14 Tagen entsprochen werde, könne gemäß Abs 2 cit leg die Einberufung selbst vorgenommen werden. Eine Begründung des Ersuchens verlange das Gesetz, entgegen der Ansicht der Klägerin, nicht. Da die Geschäftsführer dem Ersuchen der Mehrheitsgesellschafterin nicht nachgekommen seien, mache die Gesellschafterin zu Recht von ihrem Selbsthilferecht Gebrauch.

Gemäß § 38 Abs 1, letzter Satz GmbHG müssten zwischen der Verlautbarung oder Postaufgabe und der Generalversammlung mindestens sieben Tage liegen. Diese Frist habe die Mehrheitsgesellschafterin durch die Postaufgabe am 11.3.2020 eingehalten.

Die Generalversammlung habe gemäß § 36 Abs 1 GmbHG, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimme, am Sitz der Gesellschaft stattzufinden. Mit Sitz sei dabei die Gemeinde, nicht aber ein Gebäude oder der Raum der Gesellschaft gemeint. Auch wenn unter normalen Umständen (nicht Covid-Situation) anzunehmen sei, dass die

Versammlung in der Kanzlei und nicht im Stiegenhaus stattgefunden hätte, liege in der Versammlung unmittelbar vor der Tür keine relevante Abweichung, zumal die Kanzlei verschlossen gewesen sei und niemand unbemerkt an den zur rechten Zeit bereits Versammelten hätte vorbei und in die Kanzlei gelangen können.

Mit dem 2. Covid-19-Gesetz sei auch ein Bundesgesetz betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht auf Grund von Covid-19 erlassen worden. Gemäß § 1 Abs 1 Covid-19-GesG könnten Versammlungen von Gesellschaftern und Organmitgliedern einer Kapitalgesellschaft auch ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer durchgeführt werden. Physische Zusammenkünfte seien dadurch nicht verboten worden. Unzulässig seien allein Versammlungen einer größeren Zahl von Personen, wie eine Hauptversammlung einer AG mit zahlreichen Aktionären gewesen. Zu keinem Zeitpunkt habe ein völliges Ausgangsverbot geherrscht und das Verlassen der eigenen Wohnung sowie das Aufsuchen anderer Räumlichkeiten aus beruflichen Gründen sei grundsätzlich erlaubt geblieben. Betretungsverbote haben nach § 1 der Verordnung BGBl. I Nr. 12/2020 für den Kundenbereich von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben, zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistung oder der Benutzung von Freizeit- und Sportbetrieben bestanden. Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Rechtspflege seien gemäß § 2 Z 15 von den Maßnahmen ausgenommen worden, sodass jedenfalls Rechtsanwälte und Notare weiter ihre Tätigkeit ausüben haben dürfen. Den Gesellschaftern und Geschäftsführern sei daher eine Teilnahme an der Generalversammlung erlaubt gewesen. Zulässig wäre auch eine Abberaumung der

Generalversammlung gewesen. Eine solche könne – wenn auch weniger förmlich – aber nur durch das Organ erfolgen, das die Einberufung vorgenommen habe. Die Mehrheitsgesellschafterin habe die Abberufung gerade nicht vorgenommen. Angesichts der Vorgeschichte und der aufgeheizten Stimmung zwischen den Gesellschaftern wäre von der Klägerin zu erwarten gewesen, dass sie, weil sie keine Abberaumung durch die Mehrheitsgesellschafterin erhalten habe, nachzufragen, andernfalls sie nicht von einem Entfall der Versammlung ausgehen hätte dürfen. Dass die Klägerin über keinen Vertreter verfügt habe, der nicht einer Risikogruppe angehörte, habe sie nicht einmal behauptet. Daher wäre der Klägerin die Teilnahme an der Generalversammlung vom 26.3.2020 erlaubt, möglich und zumutbar gewesen. Die Unterlassung schlage allein zum Nachteil der Klägerin aus.

Auch könne von einem sittenwidrigen Vorgehen der Mehrheitsgesellschafterin nicht die Rede sein. Sittenwidrigkeit liege erst vor, wenn eine Interessensabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergebe, und wenn bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und geförderten Interessen vorliege. Selbst wenn der Wert der Minderheitsbeteiligung der Klägerin durch eine aktivere Mehrheitsgesellschafterin sinken sollte, habe Mehrheitsgesellschafterin berechnete und unerfüllte Interessen an der vereinbarungsgemäßen Verwendung und den Zugang zu bislang vorenthaltenen Informationen. Von einem ins Auge springenden eindeutigen Überwiegen des unlauteren Motivs könne daher selbst dann nicht gesprochen werden, wenn das behauptete Motiv tatsächlich vorliege. Auch liege

keine mangelnde Qualifikation der neuen Geschäftsführer vor, weil beide seit Jahren verantwortungsvolle Positionen im Immobilieninvestment bekleiden. Soweit die Klägerin eine mangelnde Eignung der neuen Geschäftsführer daraus ableite, dass beide in mehreren bis vielen Gesellschaften Geschäftsführer seien, so sei ihr entgegenzuhalten, dass dies genauso auf die abberufenen Geschäftsführer zugetroffen habe. Gemäß § 24 Abs 1 GmbHG dürfen Geschäftsführer ohne Einwilligung der Gesellschaft weder Geschäfte in deren Geschäftszweig für eigene oder fremde Rechnung machen noch bei einer Gesellschaft desselben Geschäftszweigs als persönlich haftende Gesellschafter sich beteiligen oder eine Stelle im Vorstand oder Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleiden. Gemäß Abs 3 könne die Bestellung von Geschäftsführern, die dieses Verbot übertreten, ohne Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung widerrufen werden. Das GmbHG normiere also ein Wettbewerbsverbot, allerdings kein absolutes und nicht als Bestellungshindernis. Wenn ein Verstoß der bestellten Geschäftsführer gegen § 24 GmbHG vorliege, müsse sich die Klägerin um den Widerruf der Bestellung oder die Abberufung bemühen, was aber nicht mit der hier behaupteten Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit verwechselt werden dürfe. Das Eventualbegehren sei daher ebenfalls abzuweisen gewesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung der Klägerin** mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der Klagsstattgebung abzuändern, in eventu wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragte in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

**Die Berufung ist nicht berechtigt.**

Die Berufung zieht als Rechtsmittelgründe die Nichtigkeit der Entscheidung, die Mangelhaftigkeit des Verfahrens sowie die unrichtige rechtliche Beurteilung heran.

**I. Zur Nichtigkeitsberufung:**

Die Berufung behauptet, dass eine Analyse des erst instanzlichen Urteils ergeben habe, dass der Erstrichter bei der Urteilsfindung im Sinne des § 19 Z 2 JN befangen gewesen sei. Die Ablehnungsgründe habe die Klägerin erst durch den Inhalt des Urteils erfahren. Unter Hinweis auf das Vorbringen zur Befangenheit in dem mit der Berufung gleichzeitig eingebrachten Ablehnungsantrag mache die Klägerin nunmehr auch in der Berufung den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 1 ZPO geltend.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

Gemäß § 477 Abs 1 Z 1 ZPO ist das angefochtene Urteil nichtig, wenn an der Entscheidung ein Richter teilnahm, welcher kraft des Gesetzes von der Ausübung des Richteramts in dieser Rechtssache ausgeschlossen war oder dessen Ablehnung vom Gericht als berechtigt erkannt worden ist. Dieser Nichtigkeitsgrund setzt also voraus, dass der ausgeschlossene oder erfolgreich abgelehnte Richter das Urteil gefällt oder doch - als Senatsmitglied - an der Urteilsfällung mitgewirkt hat. Nichtigkeit liegt damit nur vor, wenn die Ablehnung des Richters für berechtigt erkannt wurde.

Wenn die Ablehnung des Erstrichters - nach Meinung des Rechtsmittelwerbers zu Unrecht - als nicht berechtigt erkannt wurde, begründet diese Behauptung jedenfalls keine Nichtigkeit (*Kodek in Rechberger/Klicka*<sup>5</sup>, ZPO § 477 Rz 4f).

Da mit rechtskräftigem Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 30.12.2020, 1 Nc 23/20t, der mit der Berufung verbundene Ablehnungsantrag rechtskräftig abgewiesen wurde, liegt der in der Berufung herangezogene Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 1 ZPO nicht vor, weshalb die Nichtigkeitsberufung zu verwerfen war.

**II.:**

Zur Verfahrensmängelrüge:

Die Berufungswerberin erachtet die rechtliche Schlussfolgerung des Erstgerichtes, dass die Teilnahme der Klägerin an der Generalversammlung vom 26.3.2020 erlaubt, möglich oder zumutbar gewesen sei, weil sie nicht einmal behauptet habe, dass sie über keinen Vertreter verfügt hätte, der nicht einer Risikogruppe angehörte, überraschend gewesen sei. Das Erstgericht habe in keiner Weise erkennen lassen, dass nach seiner Auffassung die Frage der Zumutbarkeit der Teilnahme der Klägerin an der Gesellschafterversammlung davon abhängt, ob die Vertreter der Klägerin einer Risikogruppe angehören. Hätte der Erstrichter seine diesbezügliche Rechtsauffassung dargelegt, hätte die Klägerin zur Zugehörigkeit der Vertreter der Klägerin sowie zur Zugehörigkeit von Personen aus dem sozialen Umfeld dieser Vertreter konkretes Vorbringen erstattet, aus dem sich ergeben hätte, dass die Vertreter der Klägerin einer Risikogruppe angehören.

Dazu hat das Berufungsgericht Folgendes erwogen:

Ohne an dieser Stelle abschließend zu klären, inwieweit die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe dazu führen würde, dass die Teilnahme an einer Generalversammlung am 26.3. 2020 als unzumutbar einzustufen wäre, scheidet die hier zu beurteilende Verfahrensmängelrüge an ihrer gesetzmäßigen Ausführung.

Die Rechtsmittelwerberin hat nämlich in ihrer Verfahrensrüge wegen Verletzung der Pflichten des § 182a ZPO darzulegen, welches zusätzliche oder andere Vorbringen sie auf Grund der von ihr nicht beachteten neuen Rechtsansicht erstattet hätte (RIS-Justiz RS0037300 [T48]).

Ein solches konkretes Vorbringen im Sinne der Namhaftmachung der vertretungsbefugten Personen, denen aus gesundheitlichen Gründen die Teilnahme unzumutbar gewesen wäre, sowie die Behauptung, dass kein einziger Vertreter der Klägerin nicht in die gefährdete Personengruppe fällt, lässt die Berufung vermissen. Der Rechtsmittelwerberin ist es damit nicht gelungen darzutun, dass der Verfahrensmangel erheblich ist, sich also auf das Ergebnis des Verfahrens auswirken kann, da er die dafür notwendige substantiierte Anführung von Vorbringen unterlassen hat (vgl. *Fucik*, aaO § 183 Rz 4).

Als weiteren Verfahrensmangel rügt die Berufung den Umstand, dass das Erstgericht ohne Beweiswürdigung die Feststellung getroffen habe, dass die Mehrheitsgesellschafterin das Vertrauen zu den abberufenen Geschäftsführern verlor, weil sie als Geschäftsführer der B3 den vereinnahmten Preis von EUR 5,691.776,17 aus einem Liegenschaftsverkauf vereinbarungswidrig nicht zur Rückführung eines der Klägerin von der Mehrheitsgesellschafterin gewährten Darlehens verwendet hatten.

Die Berufung meint, dass es sich dabei um eine entscheidungswesentliche Feststellung handle, weil damit begründet werde, dass die Vorgangsweise von der Mehrheitsgesellschafterin einschließlich der Abberufung

der alten Geschäftsführer und der Bestellung der neuen Geschäftsführer am 26.3.2020 nicht sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich sei.

Dazu hat das Berufungsgericht Folgendes erwogen:

Das Unterlassen einer Beweiswürdigung zu dieser Feststellung wird vom Erstgericht (indirekt) damit begründet, dass es diese Feststellung als unbestritten erachte, so wie im Klammerausdruck im Ersturteil festgehalten. Betrachtet man das Ersturteil in seiner Gesamtheit, ist eindeutig erkennbar, dass auch der Erstrichter nicht davon ausgeht, dass unstrittig ist, dass von der Klägerin vereinbarungswidrig ein von Mehrheitsgesellschafterin gewährtes Darlehen nicht zurückgeführt wurde. Vielmehr hält der Erstrichter auf Seite 13 des angefochtenen Urteils ausdrücklich fest, „dass, wenn die von der Mehrheitsgesellschafterin zu 26 Cg 19/20x des Handelsgerichts Wien eingeklagte (Darlehens-)Forderung nicht berechtigt sein sollte, das im dortigen Verfahren herauskommen werde. Andernfalls werde die B-Gruppe bestehende Verpflichtungen einhalten müssen. Weder das eine noch das andere habe einen Einfluss auf das hiesige Verfahren“.

Auf Grund dieser Ausführungen ist klar ersichtlich, dass das Erstgericht keineswegs dem Urteil zugrunde legt, dass die Klägerin im Sinne eines Anerkenntnis zugestanden hat, vereinbarungswidrig ein Darlehen an die Mehrheitsgesellschafterin nicht rückgeführt zu haben. Insofern ist der Klammerausdruck „(unbestritten)“ im Zusammenhang mit der Frage der offenen Darlehensforderung nicht präzise. Aus dem Urteil ergibt sich in seiner Gesamtheit, dass das Erstgericht es als unstrittig erachtet, dass die Mehrheitsgesellschafterin sich auf den

Standpunkt stellt, dass ihr ein Darlehen vereinbarungswidrig von der B3 nicht rückgeführt worden sei, weshalb die Mehrheitsgesellschafterin Klage erhoben habe. Nur von diesem Tatsachensubstrat ging das Erstsgericht aus.

Darüber hinaus führte das Erstgericht zutreffend aus, dass der Prozessausgang im Verfahren 26 Cg 19/20x, egal in welcher Richtung, keinen Einfluss auf das hiesige Verfahren habe. Damit ist das in der Berufung herangezogene Argument, dass das Erstgericht die fehlende Sittenwidrigkeit und Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens der Mehrheitsgesellschafterin auf diese bekämpfte Feststellung stütze, widerlegt. Der Verfahrensmängelrüge kommt daher auch in diesem Punkt keine Berechtigung zu.

Schließlich macht die Berufung als Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend, dass das Erstgericht es unterlassen habe, die von der Klägerin angebotenen Beweise aufzunehmen. Hätte das Erstgericht dies gemacht, wäre es zur Feststellung gelangt, dass die Vorgangsweise von der Mehrheitsgesellschafterin sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich gewesen sei.

Auch hier mangelt es der Rüge an der gesetzmäßigen Ausführung.

Im Rechtsmittel ist die Erheblichkeit des Mangels im Sinn des § 496 Abs 1 Z 1 ZPO darzulegen. Die pauschale Behauptung, dass „die angebotenen Beweise aufgenommen hätten werden müssen“, ohne diese näher zu bezeichnen, genügt den an die Verfahrensmängelrüge zu stellenden Anforderungen nicht.

Ebenso wird der pauschale Verweis auf „Vorgangsweisen der Mehrheitsgesellschafterin“ diesen Anforderungen nicht

gerecht. Mit diesen Ausführungen wird die Erheblichkeit des Verfahrensmangels nicht dargetan, da nicht ersichtlich ist, zu welchen konkreten Feststellungen die Durchführung des Beweisverfahrens führen hätte können. Insgesamt war daher der Verfahrensmängelrüge der Erfolg zu versagen.

**Zur Rechtsrüge:**

Die Berufung stützt ihre Auffassung, dass am 26.3.2020 für die Beklagte keine wirksamen Gesellschafterbeschlüsse in der Generalversammlung gefasst haben werden können, im Wesentlichen auf drei Gründe:

1) Sie bestreitet das Selbsteinberufungsrecht der Mehrheitsgesellschafterin;

2) sie erachtet sowohl die Einberufung als auch die Abhaltung der Generalversammlung am 26.3.2020 als Treuwidrigkeit der Mehrheitsgesellschafterin und

3) sie beanstandet den Ort, an dem die Generalversammlung stattgefunden hat.

1. Zum Selbsteinberufungsrecht:

Die Berufung vertritt den Standpunkt, dass das Selbsteinberufungsrecht gemäß § 37 Abs 2 GmbHG aus zwei Erwägungen nicht bestanden habe:

Einerseits habe es an einem wirksamen Verlangen nach Einberufung der Generalversammlung gefehlt, da entgegen den gesetzlichen Vorgaben dieses keine Angabe des Zwecks der Generalversammlung beinhaltet habe, andererseits sei dem Verlangen durch die Geschäftsführer der Beklagten entsprochen worden. Aus der Formulierung „wir vertreten die BI... GmbH rechtsfreundlich“ könne nicht abgeleitet werden, dass die Einberufung von einem unzuständigen Organ stamme.

Dazu hat das Berufungsgericht Folgendes erwogen:

§ 37 Abs 1 GmbHG lautet:

*„Die Versammlung muss auch dann ohne Verzug berufen werden, wenn Gesellschafter, deren Stammeinlagen den zehnten Teil oder den im Gesellschaftsvertrage hiefür bestimmten geringeren Teil des Stammkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes verlangen.“*

Aufzunehmen in dieses Einberufungsverlangen ist damit der Versammlungszweck und eine (nicht notwendig überzeugende) Begründung (*Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 37 Rz 3 (Stand 1.8.2014 rdb.at)*).

Dadurch, dass im Schreiben mit dem Einberufungsverlangen die Mehrheitsgesellschafterin ganz konkret als Zweck der Generalversammlung die Beratung und Beschlussfassung über die Abberufung der aktuellen Geschäftsführer der Gesellschaft und die Bestellung zumindest eines neuen Geschäftsführers der Gesellschaft durch die Gesellschafter anführt, ist sowohl der Zweck als auch die Begründung für die Generalversammlung angegeben worden.

Die Begründung im Sinne der Motivation für die Durchführung der Generalversammlung ist nach Ansicht des Berufungssenates nur dann erforderlich, wenn aus dem angegebenen Tagesordnungspunkt für die anderen Gesellschafter nicht erkennbar ist, welches Ergebnis von den die Abhaltung der Generalversammlung fordernden Gesellschaftern angestrebt wird. Wenn zB als Zweck der Generalversammlung die Erörterung einer gewissen operativ geschäftlichen Thematik ist, ist es für die anderen Gesellschafter wesentlich zu erfahren, aus welchen Erwägungen angenommen wird, dass die zu besprechende Thematik für die Gesellschaft von Bedeutung ist. Wenn

jedoch Zweck der Generalversammlung die Abberufung des Geschäftsführers und die Neubestellung eines Geschäftsführers sein soll, so ist schon aus der Angabe des Zwecks ersichtlich, welches Ergebnis die die Generalversammlung einfordernden Gesellschafter anstreben, sodass eine darüber hinausgehende Begründung, die auch vom Gesetzeswortlaut nicht verlangt wird, in diesem Fall nicht erforderlich ist. Damit entsprach das Einberufungsverlangen der Mehrheitsgesellschafterin den im § 37 Abs 1 GmbHG genannten Vorgaben.

Wie das Erstgericht auch richtig erkannte, wurde diesem Verlangen von den zur Berufung der Versammlung befugten Organen nicht innerhalb von 14 Tagen nach der Aufforderung entsprochen.

Gemäß § 36 Abs 1 GmbHG wird die Generalversammlung durch die Geschäftsführer einberufen, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind.

Im Anlassfall ist unstrittig, dass nach dem Gesellschaftsvertrag keine anderen Personen dazu befugt waren. Das bedeutet, dass dem Einberufungsverlangen der Mehrheitsgesellschafterin nur dann wirksam entsprochen wurde, wenn die Geschäftsführer diese vornehmen. Dies ist hier nicht geschehen, da das Einberufungsschreiben, das von dem Rechtsvertreter der Beklagten am 26.2.2020 gefertigt wurde, nicht im Namen der Geschäftsführer bzw. eines Geschäftsführers der Beklagten verfasst wurde. Vielmehr wird das Schreiben damit eingeleitet, dass „wir (gemeint: Kanzlei ... Rechtsanwälte OG) die BI... GmbH rechtsfreundlich vertreten“. Weiters heißt es in Beilage ./G „In Erledigung der unserer Klientin am 13.2.2020 zugegangenen Aufforderung der Mehrheitsgesellschafterin [...] zur Einberufung einer

*Generalversammlung berufen wir hiermit im Auftrag und im Namen unserer Mandantschaft die Generalversammlung für den 26.3.2020, 16.00 Uhr [...] ein."*

Nach dem klaren Wortlaut des Schreibens tritt der Rechtsvertreter nur als Vertreter der Beklagten auf, nicht jedoch als Vertreter der Geschäftsführer.

Auf Grund dieses Schreibens stellte sich die Mehrheitsgesellschafterin zu Recht auf den Standpunkt, dass ihrem Einberufungsverlangen nicht entsprochen wurde, da kein dazu befugtes Organ die Einberufung vorgenommen hat.

Damit tritt, wie auch das Erstgericht rechtsrichtig erkannt hat, das Selbsteinberufungsrecht der Mehrheitsgesellschafterin ein.

2. Zur Behauptung der Treuepflichtverletzung durch die Mehrheitsgesellschafterin:

Die Berufungswerberin meint, eine Verletzung der Treuepflichten der Mehrheitsgesellschafterin darin zu erblicken, dass weder im Selbsteinberufungsschreiben noch im Schreiben der Rechtsvertreter der Mehrheitsgesellschafterin vom 26.3.2020 ein Hinweis enthalten sei, weshalb die Beschlussfassung über die Abberufung der bisherigen Geschäftsführer und der Bestellung neuer Geschäftsführer besonders dringlich oder aus sonstigem Interesse der Gesellschaft gelegenen Gründen geboten sei.

Dazu hat das Berufungsgericht erwogen:

Abgesehen davon, dass das GmbHG dem die Generalversammlung einberufenden Gesellschafter keine Pflichten dahingehend auferlegt, besondere Dringlichkeitsgründe oder die Darlegung der Interessenwahrnehmung bei der Umbestellung des

Geschäftsführers anzuführen, handelt es sich auch um eine unzulässige Neuerung, da der behauptete Verstoß gegen die Treuepflichten der Mehrheitsgesellschafterin sich in erster Instanz nicht auf die Unterlassung solcher Erklärungen durch die Mehrheitsgesellschafterin im Selbsteinberufungsschreiben und dem weiteren Schreiben der Rechtsvertreter der Mehrheitsgesellschafterin vom 26.3.2020 stützte.

Wenn die Berufung eine Treuepflichtverletzung darin zu erkennen meint, dass im März 2020 eine Generalversammlung abgehalten worden sei, ohne in irgendeiner Weise die Dringlichkeit der Beschlussgegenstände darzulegen, so verkennt sie, dass mit der Covid-Gesetzgebung nicht einhergegangen ist, die Abhaltung von Generalversammlungen an eine Dringlichkeit zu knüpfen. Eine Einschränkung der Zulässigkeit der Abhaltung einer Generalversammlung, abhängig von der Thematik, wurde durch die Covid-Gesetzgebung nicht eingeführt, sodass die Frage der Dringlichkeit der Generalversammlung kein für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit rechtlich relevantes Kriterium darstellt.

3. Zur Frage des Ortes der Generalversammlung:

Die Berufung qualifiziert das Stiegenhaus der ...straße 15, 1010 Wien, als unzulässigen Versammlungsort für die Abhaltung der Generalversammlung, insbesondere unter der Berücksichtigung des Umstandes, dass mit Schreiben vom 24.3.2020 der Rechtsvertreter der Beklagten sämtliche Gesellschafter der Beklagten darüber informiert habe, dass die Kanzleiräumlichkeiten für die Generalversammlung aus gesundheitlichen Gründen und zum Schutz der Mitarbeiter der Kanzlei nicht zur Verfügung stünden, und dass an der Eingangstür zur Kanzlei auch ein entsprechender Hinweis

angebracht gewesen sei. Dazu komme, dass am 26.3.2020 auf Grund der Covid-19-MaßnahmenVO das Betreten öffentlicher Orte verboten gewesen sei. § 1 der VO BGBl. II Nr. 98/2020 habe nach dem Erkenntnis des VfGH V363/2020 ein umfassendes Ausgehverbot mit taxativen Ausnahmen dargestellt. Keine der Ausnahmetatbestände sei für die Abhaltung einer Generalversammlung in einem Stiegenhaus vor einer Rechtsanwaltskanzlei anwendbar. Das Stiegenhaus eines auch Büro Zwecken dienenden Hauses sei als öffentlicher Ort im Sinne der Covid-19-MaßnahmenVO zu qualifizieren, da gemäß der Wiener Haustorsperrverordnung die Tore aller im Stadtgebiet von Wien gelegenen Häuser in der Zeit von 7.00 Uhr bis 21.00 Uhr offen zu halten seien. Das Erscheinen der Klägerin als Gesellschafterin habe unter diesen Umständen nicht erwartet werden dürfen, insbesondere auch deshalb, weil Kenntnis darüber bestanden habe, dass der vorgesehene Versammlungsort, nämlich die Kanzlei der ... Rechtsanwälte OG nicht zur Verfügung stehe. Es wäre Sache der Mehrheitsgesellschafterin gewesen, der Klägerin einen neuen Versammlungsort bekanntzugeben. Dieser Verpflichtung habe die Mehrheitsgesellschafterin nicht entsprochen, es habe daher für die Klägerin keine Partizipationsmöglichkeit bei der Beschlussfassung bestanden. Die Vorgangsweise der Mehrheitsgesellschafterin verletzte sowohl die Informations- wie auch die Partizipationsrechte der Klägerin.

Dazu hat das Berufungsgericht Folgendes erwogen:

Gemäß § 36 Abs 1 GmbHG hat die Versammlung am Sitz der Gesellschaft stattzufinden. Die Versammlung muss daher nicht notwendigerweise in den Geschäftsräumlichkeiten der

Gesellschaft stattfinden (*Koppensteiner/Rüffler*<sup>3</sup>, GmbHG § 36 Rz 3; *Enzinger in Straube*, WK-GmbH § 36 Rz 3).

Als Ort der Versammlung wurde von der Mehrheitsgesellschafterin in Ausübung ihres Selbsteinberufungsrechtes die ...straße 15, 1010 Wien, gewählt, wobei nur in Klammer „(Kanzlei ... Rechtsanwälte OG)“ erwähnt wurde.

Ein Widerruf oder eine Abänderung der Einberufungsdaten erfolgte von der dazu (allein) berechtigten Mehrheitsgesellschafterin zu keinem Zeitpunkt.

Lediglich von der Kanzlei ... Rechtsanwälte OG wurde mit Schreiben vom 24.3.2020 die Abberaumung der Gesellschafterversammlung annonciert, wobei in diesem Schreiben sich der Rechtsvertreter der Beklagten darauf beruft, „im Namen und im Auftrag unserer Mandantschaft (Gesellschaft und Geschäftsführer)“ aufzutreten.

Da, wie bereits oben ausführlich dargelegt, die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch die ... Rechtsanwälte OG, die im Namen der Gesellschaft und nicht im Rahmen der Geschäftsführer erfolgte, als nicht vom dafür zuständigen Organ zu qualifizieren war, entfaltet die Abberaumung der Gesellschafterversammlung von jenem Rechtsanwalt, der nicht wirksam einberufen hat, keine Rechtswirkungen.

Wenn nämlich nicht einmal die nachfolgende Einberufung durch die Geschäftsführer die Ersatzeinberufung durch einen Gesellschafter ungültig macht (RIS-Justiz RS0087577; *Baumgartner/Mollnhuber/Torggler*, aaO Rz 6), kann konsequenterweise auch die Abberufung einer Generalversammlung durch eine andere Person als die, die

sie zulässigerweise einberufen hat, nämlich die Mehrheitsgesellschafterin, nicht wirksam erfolgen.

Das bedeutet, dass die Einberufung durch die Mehrheitsgesellschafterin rechtswirksam aufrecht war und sämtliche Informationen, die der Rechtsvertreter der Beklagten im Schreiben vom 24.3.2020 erteilte, von den Gesellschaftern nicht zu beachten gewesen wären. Auch der Umstand, dass in diesem Schreiben von dem Rechtsvertreter der Beklagten darüber informiert wurde, dass die Kanzlei unter Hinweis auf Covid-19 kein Versammlungsort sei, war im Anlassfall nicht weiter relevant: Im Einberufungsschreiben von der Mehrheitsgesellschafterin war die Kanzlei nämlich nur in einem Klammersausdruck angeführt, jedoch als Versammlungsort fett gedruckt die Adresse ...straße 15, 1010 Wien, genannt. Damit hätten die Gesellschafter, wie das Erstgericht zu Recht betonte, davon ausgehen müssen, dass an der Adresse ...straße 15, 1010 Wien, die ordnungsgemäß einberufene Generalversammlung stattfindet.

Soweit die Berufungswerberin meint, dass die Abhaltung der Generalversammlung auf Grund der Covid-Krise unzulässig gewesen wäre, ist Folgendes auszuführen:

Vorauszuschicken ist, dass jene Verordnungsbestimmung, auf die sich die Berufungswerberin mit ihrer Argumentation bezieht, nämlich § 1 der VO BGBl. I/Nr. 98/2020, vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 14.7.2020, V-363/2020, als gesetzeswidrig aufgehoben wurde. Der Verfassungsgerichtshof begründet die Aufhebung damit, dass die gesetzliche Ermächtigung des § 2 Covid19-MaßnahmenG (BGBl. I/Nr. 98/2020) damit begrenzt ist, dass das Betreten bestimmter Orte zu untersagen ist und nur das

Zusammentreffen von Menschen eben an bestimmten Orten unterbunden werden kann. § 2 Covid-19-MaßnahmenG geht also vom Grundsatz der Freizügigkeit aus und ermächtigt den Verordnungsgeber dazu, diese Freizügigkeit durch Betretungsverbote bestimmter Orte einzuschränken, wobei das Gesetz auch deutlich macht, welche Merkmale diese Orte, deren Betreten der Verordnungsgeber zum Zweck der Verhinderung von Covid-19 untersagen kann, aufweisen müssen. Der Verordnungsgeber kann dabei die Orte, deren Betreten er zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 untersagt, konkret und abstrakt umschreiben, er kann aber auch - wie die Erläuterungen deutlich machen - das Betreten regional begrenzter Gebiete, wie Ortsgebiete oder Gemeinden, untersagen. Es ist ihm aber verwehrt, durch ein allgemein gehaltenes Betretungsverbot des öffentlichen Raums außerhalb der eigenen Wohnung ein Ausgangsverbot schlechthin anzuordnen.

Damit entsprach das in § 1 BGBI. II/Nr. 98/2020 normierte Verbot, öffentliche Orte zu betreten, nicht dem Umfang der in § 2 des Covid-19-MaßnahmenG (BGBI. I/Nr. 12/2020) dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz eingeräumten Ermächtigung.

Aber selbst wenn argumentiert wird, dass zum Zeitpunkt 26.3.2020 den zu einer Generalversammlung einberufenen Gesellschaftern noch nicht bekannt sein konnte, dass das allgemeine Betretungsverbot von öffentlichen Orten mit den in der Verordnung genannten Ausnahmen, vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wird, so ist im Anlassfall zu berücksichtigen, dass diese gesetzeswidrige Verordnungsnorm Ausnahmen vom allgemeinen Betretungsverbot vorsah, und zwar - wie für den gegenständlichen Fall relevant - für berufliche Zwecke. So wird in § 2 Z 4 der

in Rede stehenden Verordnung angeführt, dass Betretungen, die für berufliche Zwecke erforderlich sind vom Verbot ausgenommen sind, wenn sichergestellt ist, dass am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens 1m eingehalten werden kann.

Nach Ansicht des Berufungsgerichtes hätte daher die Verordnung von einem pflichtbewussten und sorgfältig agierenden Gesellschafter dahin ausgelegt werden müssen, dass von dieser Ausnahmeregelung auch die Teilnahme an Generalversammlungen umfasst sind.

Darüberhinaus ist am selben Tag, als das Covid-19MaßnahmenG erlassen wurde, auch das gesellschaftsrechtliche Covid-19-Gesetz beschlossen worden (BGBl. I/Nr. 16/2020). In dessen § 1 wird die Möglichkeit eingeräumt, dass zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 Versammlungen von Gesellschaftern und Organmitgliedern einer Kapitalgesellschaft auch ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer durchgeführt und Beschlüsse auch auf andere Weise gefasst werden können.

Auf Grund des Gesetzeswortlautes (arg: auch) ist eindeutig abzuleiten, dass der Gesetzgeber neben der bisher einzig möglichen Form der Abhaltung der Generalversammlung mit physischer Anwesenheit der Gesellschafter auch eine solche ohne physische Anwesenheit legalisiert. Damit wird den einberufenden Organen eine Option eingeräumt. Die Möglichkeit, Generalversammlungen mit physischer Anwesenheit in dieser Zeit stattfinden zu lassen, wird nicht eingeschränkt.

Das bedeutet, dass die Klägerin auf Grund der gültigen und nicht widerrufenen Einberufung der Generalversammlung

durch die Mehrheitsgesellschafterin davon ausgehen hätte müssen, dass am Ort ...straße 15, 1010 Wien, am 26.3.2020 die Generalversammlung stattfindet und sie hätte, um an der Generalversammlung teilzunehmen, diesen Ort entsprechend dem Einberufungsschreiben aufzusuchen gehabt. Das Fernbleiben von der Generalversammlung unter diesen Umständen fällt in den Verantwortungsbereich der Klägerin, führt jedoch nicht dazu, dass die in der Generalversammlung gefassten Beschlüsse im Stiegenhaus nichtig oder anfechtbar sind.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Stiegenhaus nicht um einen öffentlichen Ort handelt.

Der Rechtsrüge kommt daher insgesamt keine Berechtigung zu.

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes beruht auf der von der Klägerin vorgenommenen Bezifferung des Streitwertes.

Die Revision ist nicht zulässig, da die Umstände, die die Wirksamkeit der Einberufung der Generalversammlung vom 26.3.2020 betreffen, von der Kasuistik des Einzelfalles abhängig waren.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 2, am 30. November 2021

**Dr. Klaus Dallinger**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG