



REPUBLIK ÖSTERREICH

5 R 15/22w

Oberlandesgericht Wien

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin Mag. Elhenicky und den KR Mag. Krenn in der Rechtssache der klagenden Partei **P-GmbH**, [...], [...], vertreten durch die Lansky, Ganzger, Goeth, Frankl & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei **S-GmbH**, [...], [...], vertreten durch Dr. Marie-Agnes Arlt, LL.M (NYU), Rechtsanwältin in Wien, sowie die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei **A-GmbH**, [...], [...], vertreten durch die Gewessler Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen Feststellung (Streitwert: EUR 35.000), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 21.11.2021, [...], idF des Berichtigungsbeschlusses vom 22.11.2021, [...], in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 8.150,88 (darin enthalten EUR 1.358,48 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin und die Nebenintervenientin sind je zu 50% an der beklagten GmbH, einer Projektgesellschaft zur Errichtung und Veräußerung von Eigentumswohnungen auf der Immobilie [...], [...], beteiligt. Die Gesellschafter befinden sich in einem bereits Jahre andauernden Streit ua über die Gewinnverteilung.

DI G hält 98,5% der Anteile der Klägerin und ist ihr alleiniger Geschäftsführer. Dr. V ist geschäftsführender Alleingesellschafter der Nebenintervenientin. Beide sind sie die kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführer der Beklagten.

Strittig ist das rechtswirksame Zustandekommen des am 29.5.2018 vom GF der Klägerin DI G mit der Zusatzbemerkung „Nur unter Bezugnahme auf E-Mail von Dr. GG an Dr. RG vom 28.5.2018 [Beilage ./H] erhebt P-GmbH Widerspruch“ unterfertigten Umlaufbeschlusses.

Zusammengefasst und geringfügig um unstrittigen Urkundenwortlaut ergänzt (vgl. RS0121557), ist im Berufungsverfahren folgender **Sachverhalt** zu beurteilen:

Am 19.2.2018 wurde in einer außerordentlichen Generalversammlung der beklagten GmbH erörtert, dass es sich bei den an die beiden Gesellschafter P-GmbH (Klägerin) und A-GmbH (Nebenintervenientin) gewährten Darlehen in Höhe von je EUR 950.000 nach Information des für die Beklagte im Verfahren [...] vor dem Handelsgericht Wien für die Beklagte einschreitenden Prozesskurators RA Mag. S um verbotene Einlagenrückgewähr handle und die Beklagte gegenüber ihren Gesellschaftern Rückforderungsansprüche habe. Da der Anspruch der Beklagten gegen die NI A-GmbH bereits durch den Prozesskurator

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

RA Mag. S als Gegenforderung eingewendet worden war, beantragte die NI die Fassung eines Beschlusses, auch die Klägerin P-GmbH aufzufordern, den Betrag von EUR 950.000 umgehend der Beklagten zurückzuerstatten. Die Klägerin wandte dagegen ein, dass der Anspruch der Beklagten gegenüber der NI nicht aktiv betrieben werde, weil er lediglich als Gegenforderung geltend gemacht werde. Nach Ansicht der Klägerin solle man den Rückforderungsanspruch auch gegenüber der NI aktiv geltend machen, sofern es nicht zu einem formal richtigen Gewinnausschüttungsbeschluss zwischen beiden Gesellschaftern komme, mit dem man versuche, die Einlagenrückgewähr zu sanieren. Die NI und die Klägerin stimmten über den entsprechenden Beschlussantrag der NI ab. Die NI stimmte für den Antrag, die Klägerin dagegen. Daraufhin erklärte die NI, dass die Klägerin vom Stimmrecht ausgeschlossen und der Beschluss somit gültig zustande gekommen sei. Die Klägerin erklärte ihrerseits, dass sie keinem Stimmverbot unterliege und der Beschluss mangels Mehrheit nicht zustande gekommen sei.

Dr. V als Geschäftsführer der Beklagten überreichte DI G als dem Geschäftsführer der Klägerin in diesem Zusammenhang das Schreiben vom 19.2.2018 (./F), mit dem er ihn aufforderte, den Betrag von EUR 1.104.394,52 (das Darlehen von EUR 950.000 samt Zinsen) bis spätestens 26.2.2018 auf das Konto der Beklagten zu überweisen. Dr. V erklärte, ohne weitere Mahnung die Klage einzubringen, sofern der Betrag dem Konto der Beklagten nicht fristgerecht gutgeschrieben sei. Mit Schreiben vom 26.2.2018 (./FF) an RA Dr. RG erklärte DI G, dass die Klägerin den ohne Gewinnausschüttungsbeschluss erhaltenen Betrag binnen 10 Tagen auf das Konto der Beklagten überweisen werde. Er wies weiters darauf hin, dass gegenüber der NI ein Rückforderungsanspruch der Beklagten in gleicher Höhe bestehe und erklärte, dass die Beklagte den Betrag einklagen werde, sofern er nicht bis zum

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

30.3.2018 auf ihr Konto überwiesen werde. Dr. V antwortete darauf mit E-Mail vom 28.2.2018 (./GG) und teilte DI G mit, dass er bis 7.3.2018 mit der Klagseinbringung zuwarte, sollte der Betrag in Höhe von EUR 1.106.060,27 bis dahin eingegangen sein, werde es selbstverständlich keine Klage geben. Im Gegenzug sicherte DI G mit E-Mail vom 8.3.2018 (Beilage ./HH) zu, dass auch die Klägerin von einer Klagsführung bis zu dem zwischen den Parteien in Rede stehenden Vergleichsgespräch Abstand nehme. Er bestätigte außerdem, dass die Klägerin die erforderlichen Geldmittel zur Zahlung des Betrages zeitnah erhalte und die Überweisung an die Beklagte erfolgen werde. Mit Schreiben der Bank vom 13.3.2018 (./G) erhielt die Klägerin die Information, dass der Betrag von EUR 990.000 zur Refinanzierung der bestehenden Verbindlichkeiten jederzeit abrufbar sei. Am 15.3.2018 bestätigte Dr. V erneut per Mail, dass er vorerst keine Klage erheben werde. Er verwies auf seinen in der außerordentlichen Generalversammlung vom 19.2.2018 gemachten Vorschlag, Gewinnausschüttungen für beide Gesellschafter in gleicher Höhe zu beschließen, um die Rückforderungsansprüche abzudecken, unter der Bedingung, gleichzeitig die offene Kreditforderung der NI A-GmbH auszubezahlen. Er sicherte zu, dazu bereit zu sein und den dafür nötigen Umlaufbeschluss vorzubereiten, sofern DI G mit der Vorgehensweise einverstanden sei. Vereinbart wurde mit diesem Schreiben auch ein Treffen zu Vergleichsgesprächen in der Kanzlei von RA Dr. GG. Mit Schreiben vom 20.3.2018 erklärte DI G, dass sich Dr. V bis zum 25.4.2018 überlegen solle, ob er mit einer Gewinnausschüttung einverstanden sei, sodass es zu einer Gesamtbereinigung kommen könne. Am 22.3.2018 versicherte Dr. V, dass er bis spätestens 25.4.2018 mit einem entsprechenden Umlaufbeschluss auf DI G zukommen werde. Nachdem die Beschlussentwürfe von Dr. V übermittelt worden waren, wies er mit Schreiben vom 23.4.2018 außerdem darauf hin, dass er eine

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

Unterzeichnung bis zum 25.4.2018 für nötig erachte, sodass es zu einer Gesamtbereinigung kommen könne. Am 25.4.2018 fand eine Gerichtsverhandlung statt, bei der Dr. V erneut bekräftigte, zur Fassung eines Beschlusses bereit zu sein. Dazu kam es jedoch nicht (./IV; PV Dr. V S 9 ON 32). Am 8.5.2018 fand das vereinbarte Treffen zu Vergleichsgesprächen statt, bei dem man zu dem Entschluss kam, dass eine Generallösung nicht möglich und eine schrittweise Abhandlung besser wäre. RA Dr. RG schlug vor, den Beschluss betreffend die Gewinnverteilung und Gegenverrechnung des Darlehens zu fassen. Dafür wurde DI G eine Bedenkzeit von einer Woche eingeräumt (PV Dr. V S 9 ON 32). Mit Schreiben vom 15.5.2018 ersuchte RA Dr. GG um eine Verlängerung der Frist. Am 23.5.2018 teilte er weiters mit, dass DI G nicht abgeneigt sei, mit einem Dividendenbeschluss die beiden Darlehen in Höhe von EUR 950.000 aufrechnungsweise zu tilgen. Für das weitere Vorgehen ersuchte er jedoch um längere Bedenkzeit (./3). Anschließend übermittelte Dr. V einen Beschlussvorschlag, zu dem sich die Rechtsvertretung von DI G mit E-Mail vom 28.5.2018 äußerte (./H): P-GmbH sei mit den Entwürfen grundsätzlich einverstanden, es sollten jedoch noch Änderungen vorgenommen werden, weil P-GmbH die Vollausschüttung des gesamten Bilanzgewinnes (und nicht einen Gewinnvortrag) wünsche. Dies sollte in einen zusätzlichen Beschlusspunkt aufgenommen werden. Weiters sollten das Datum und die Zinshöhe aktualisiert, die Entwürfe unterfertigt und zur Gegenzeichnung retourniert werden.

Am 29.5.2018 wurde von RA Dr. RG an RA Dr. GG der neue Entwurf des Umlaufbeschlusses übermittelt, in dem die Höhe der offenen Darlehen, der Ausschüttungsbetrag und das Datum angepasst worden waren. Ansonsten waren keine Änderungen vorgenommen worden. In der E-Mail wird ausdrücklich ausgeführt, dass die NI A-GmbH dazu bereit ist, die Dokumente zu unterzeichnen, sofern die von der Klägerin P-GmbH ordnungsgemäß

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

unterfertigten Dokumente (alle 3 Dokumente inhaltlich unverändert) bis 17:00 Uhr desselben Tages bei RA Dr. RG einlangen (./H). Mit E-Mail vom 29.5.2018 (./J) übermittelte die Rechtsvertretung der P-GmbH den unterfertigten Beschluss. Die Unterschrift des GF DI G war durch folgenden handschriftlichen Zusatz ergänzt: „Nur unter Bezugnahme auf E-Mail von Dr. GG an Dr. RG vom 28.5.2018 erhebt P-GmbH Widerspruch“.

Der Beschluss sollte nach dem Willen des DI G nur wirksam sein, wenn es zu einer Vollausschüttung kommen würde. (bekämpfte Feststellung)

Das Gesamtvermögen der Beklagten betrug damals etwa 5 bis 6 Millionen Euro. Die Anbringung des handschriftlichen Zusatzes hatte DI G mit seinem Rechtsvertreter Dr. GG abgesprochen, weil es ihm wichtig war, dass es zu einer Vollausschüttung kommt (PV DI G S 4, 7 ON 32). Über die Unterzeichnung des Umlaufbeschlusses mit einem handschriftlichen Widerspruch verärgert, antwortete Dr. V mit Email vom 29.5.2018 (./K) sinngemäß, dass er nicht wisse, ob der Unterschrift überhaupt ein Erklärungswert beigemessen werden könne, und er davon ausgehe, dass DI G kein Interesse an der Umsetzung des Vorschlags habe. Mit E-Mail vom 30.5.2018 (./L und ./1) bot Dr. V an, dass die Klägerin die Beschlüsse nochmals, vorbehaltlos unterfertigen und diese am selben Tag an die Rechtsanwaltskanzlei Dr. RG übermitteln solle. Zusätzlich erwarte er eine persönliche Erklärung von DI G, dass dieser mit dem Beschlusstext vorbehaltlos einverstanden sei. Sollte dies nicht erfolgen, erwarte er von der Klägerin die Einzahlung des offenen Betrages auf das Konto der Beklagten bis zum 1.6.2018, widrigenfalls er diesen im Klagsweg geltend machen würde. Ziel des E-Mails war es, eine klare Dokumentation zu erlangen (PV Dr. V S 10 ON 32).

RA Dr. GG als Vertreter der P-GmbH stellte daraufhin mit E-Mail vom 30.5.2018 (./1) klar, dass P-GmbH keinen Vorbehalt

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

geäußert habe und mit der Ausschüttung bzw. der Aufrechnung mit jeweils EUR 950.000 ohne Einschränkung einverstanden sei. Der „Widerspruch“ von DI G betreffe ausschließlich den Restbetrag, der nach Abzug der genannten (sanierten) Beträge verbleibe. Der Entwurf des Umlaufbeschlusses sei in seinen Augen ohne jegliche Anmerkungen unterzeichnet worden, die Klägerin habe sich mit der Beschlussfassung im Umlaufweg einverstanden erklärt, weshalb ein wirksamer Beschluss zustande gekommen sei. Nach seiner Meinung habe bereits am 29.5.2018 eine nachweisliche Willenseinigung vorgelegen und sei der Beschluss hinsichtlich der Feststellung des Jahresabschlusses und der Ausschüttung/Aufrechnung wirksam zustande gekommen. Sollte die Rechtsvertretung der Nebenintervenientin dies nicht so sehen, so wäre für das Zustandekommen des Beschlusses lediglich die Unterschrift von Dr. V ausständig. Am 31.5.2018 hielt Dr. V in einer Antwortmail dazu jedoch fest, dass kein Beschluss zustande gekommen sei, weil die von ihm genannten Bedingungen bewusst nicht eingehalten worden seien (./KK). Dr. V war über die Weigerung der vorbehaltlosen Unterfertigung verärgert und wollte daher den Beschluss seinerseits auch nicht unterfertigen (PV Dr. V S 11 ON 32). Ab Juni 2018 gab es schließlich nur noch wenig Korrespondenz zwischen den Rechtsanwälten von Dr. V und DI G.

Mit E-Mail vom 3.7.2018 (./M) schrieb Dr. V an DI G, dass er bereits die Überweisung der Pauschalgebühr in Höhe von EUR 14.888 zur Klagseinbringung gegen die Klägerin im Online Banking freigegeben habe, er ersuche um Gegenzeichnung.

Anlässlich eines Gesprächs zwischen Dr. V und RA Dr. RG am 9.7. oder 10.7.2018 erklärte RA Dr. RG, dass der Beschluss nach seiner Meinung und der Meinung von RA Dr. GG zustande gekommen sei. Daraufhin unterfertigte Dr. V den Beschluss, vergaß aber ihn an DI G zu übermitteln (PV Dr. V S 11 ON 32).

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

Da Dr. V die Klagsdrohung aufrecht hielt, sah sich DI G gezwungen, zu zahlen. Die Überweisung von EUR 990.000 erfolgte am 23.7.2018 (./N). Der Betrag umfasste den als verbotene Einlagenrückgewähr gewerteten Betrag von EUR 950.000 sowie Zinsen. Eine weitere Zahlung von Zinsen in Höhe von EUR 22.911,25 erfolgte mit der Überweisung vom 3.8.2018. Aufgrund der nun durchgeführten Rückführung des Betrages durch die Klägerin wiederholte diese in der außerordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 26.9.2018 ihre Aufforderung an die NI zur Rückzahlung des dieser gewährten Betrages. Ein wirksamer Beschluss über die Einforderung kam jedoch nicht zustande (./Q). Im Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung vom 26.9.2018 (./Q) wurde ua als Ausführungen der A-GmbH festgehalten (S 23), dass „sein (DI G) erklärter Widerspruch nur einen mangelnden Bindungswillen ausdrücken konnte, wodurch der Beschluss nicht zustande kommen konnte.“

Mit E-Mail vom 21.12.2018 (./S) übersandte Dr. V den mit 29.5.2018 datierten, mit dem Widerspruch durch DI G versehenen und nunmehr auch von der Nebenintervenientin unterzeichneten Umlaufbeschluss.

DI G und Dr. V war es wichtig, alle Vereinbarungen schriftlich festzuhalten. (PV DI G S 5 ON 32, PV Dr. V S 9 ON 32). Die Satzung der Beklagten sieht keine mündliche Beschlussfassung vor (Firmenbuch).

[...]

Parteienvorbringen:

Die **Klägerin** beehrte die Feststellung der Unwirksamkeit des am 29.5.2018 von DI G namens der P-GmbH unterzeichneten Gewinnausschüttungsbeschlusses aufgrund der Ablehnung durch die Gesellschafterin A-GmbH und deren Nichtunterfertigung binnen angemessener Frist.

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

Am 29.5.2018 habe die Rechtsvertretung der A-GmbH eine von Dr. V erstellte Fassung eines Umlaufbeschlusses übermittelt, den DI G als Erster unterzeichnet habe. Seiner Unterschrift habe er jedoch einen handschriftlichen Widerspruch hinzugefügt, der seinen Wunsch nach Vollausschüttung beinhaltet habe. Mit EMail vom 29.5.2018 und 30.5.2018 habe Dr. V die Gegenzeichnung des Gesellschafterbeschlusses abgelehnt. Stattdessen habe er mit Schreiben vom 30.5.2018 einerseits festgehalten, dass kein Beschluss zustande gekommen sei und andererseits ein neuerliches Angebot gelegt, das von P-GmbH bzw DI G jedoch nie angenommen worden sei. Der Umlaufbeschluss jenes Inhalts, der am 29.5.2018 von DI G unterzeichnet worden sei, sei niemals zustande gekommen. Es sei auch keine mündliche Beschlussfassung erfolgt, weil der Gesellschafterbeschluss zwar in der außerordentlichen Generalversammlung zur Sprache gekommen, jedoch nicht wirksam zustande gekommen sei. Da der gesamte Austausch über den Gesellschafterbeschluss in Form von E-Mails erfolgt sei, sei ein mündliches Zustandekommen des Beschlusses ausgeschlossen. Abgesehen davon sehe die Errichtungserklärung der Beklagten eine mündliche Beschlussfassung außerhalb der Generalversammlung nicht vor. Die Klägerin habe sich zur schriftlichen Abstimmung einverstanden erklärt, die vier materiellen Punkte des Gesellschafterbeschlusses jedoch einerseits unter Berücksichtigung des handschriftlichen Widerspruchs erklärt und andererseits im Wissen darüber, dass der Umlaufbeschluss erst wirksam sei, wenn auch die NI die Unterzeichnung vornehme. Dr. V sei nicht von einem wirksamen Beschluss ausgegangen und habe erst im Dezember 2018 erkannt, dass er die Aktivklage gegen die NI nur mit

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

der Behauptung eines gefassten Gewinnausschüttungsbeschlusses abwehren könne. Aus diesem Grund habe er den von ihm unterfertigten Beschluss erst am 21.12.2018 an den Prozesskurator der Beklagten RA Mag. S übermittelt.

Es existiere nun ein Dokument, das als Umlaufbeschluss titulierte und zumindest dem Anschein nach wirksam von beiden Gesellschaftern unterzeichnet sei. Es sei daher zu erwarten, dass Dr. V bzw die NI A-GmbH das Zustandekommen eines Umlaufbeschlusses fingieren wollten, um einerseits eine Compensando-Einrede gegen die A-GmbH abwehren zu können, und andererseits eine aussichtsreiche Klage der Gesellschaft gegen A-GmbH auf EUR 950.000 zu verhindern. Da sich Dr. V bereits gegenüber RA Mag. S auf den Umlaufbeschluss berufe, plane er, das vorliegende Dokument als gültigen Gewinnausschüttungsbeschluss anzusehen und im Verfahren zu verwenden. Daher werde die Feststellung der Unwirksamkeit des Gewinnausschüttungsbeschlusses begehrt.

In eventu wurde die Nichtigkeitsklärung des Beschlusses gemäß § 41 GmbHG begehrt.

Die **Beklagte** bestritt dieses Vorbringen und beantragte die Klagsabweisung. Der Gesellschafterbeschluss sei wirksam zustande gekommen. Er sei bereits mündlich gefasst worden und bereits am 29.5.2018 einstimmig zustande gekommen. Jedenfalls sei er mit der Gegenzeichnung durch den Geschäftsführer der A-GmbH zustande gekommen. Die Klägerin sei nicht anfechtungslegitimiert, weil sie der schriftlichen Beschlussfassung zugestimmt und auch klargestellt habe, dass ihre Anmerkung nicht als Widerspruch zum Beschlussinhalt zu verstehen sei. Da die Klägerin nur den Gewinnausschüttungsbeschluss als unwirksam ansehe, gehe sie von der Wirksamkeit der restlichen Beschlusspunkte aus. Es sei

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

rechtsmissbräuchlich, das Zustandekommen des Beschlusses zu bestreiten, weil die Klägerin selbst mehrfach klargestellt und festgehalten habe, dass der Gesellschafterbeschluss ordnungsgemäß zustande gekommen sei und dass der Widerspruch nicht den Beschlussinhalt betreffe. Aus der E-Mail-Korrespondenz sei erkennbar, dass Dr. V namens A-GmbH ebenfalls dem Beschlussinhalt zugestimmt und sich lediglich gegen die Anbringung der Anmerkung ausgesprochen habe. Beide Gesellschafter hätten sich inhaltlich geeinigt und die Beschlussfassung verschriftlichen wollen. Das Vorgehen gegen die Beklagte und die Änderung der Meinung der Klägerin sei als *venire contra factum proprium* zu verstehen.

Die **Nebenintervenientin** auf Seiten der Beklagten brachte im Wesentlichen vor, deren einzig verbleibende Tätigkeit als Projektgesellschaft sei es, den Gewinn an die Gesellschafter zu verteilen und die Gesellschaft zu liquidieren. Die Beklagte habe kein Interesse daran, bereits ausbezahlte Gewinne zurückzufordern, weil dies dem Gesellschaftszweck widerspreche. Das Interesse der Beklagten liege ausschließlich in der Gültigkeit der Beschlüsse. Es sei der Vorschlag der Klägerin in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung gewesen, am 19.2.2018 einen solchen Ausschüttungs- und Aufrechnungsbeschluss zu fassen. Der in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung geschlossene Beschluss sei aufgrund eines evidenten Stimmverbots der Klägerin unzweifelhaft gültig zustande gekommen. Es sei kein *contrarius actus*, also ein Beschluss darüber, die gefassten Beschlüsse aufzuheben, erfolgt. Die Nebenintervenientin habe seit April 2018 niemals Zweifel an ihrem Willen, diese Beschlüsse zu fassen, aufkommen

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

lassen und ihre Zustimmung dazu mehrfach ausdrücklich erklärt. Die Klage ziele darauf ab, die von der Klägerin selbst als gültig zustande gekommen angesehenen Beschlüsse zu bekämpfen und für nichtig erklären zu lassen. Dies beruhe auf rechtsmissbräuchlichen, schikanösen und treuwidrigen Motiven. Es seien keine vernünftigen Interessen an einer Ungültigkeit der Beschlussfassung denkbar. Das einzige Ziel der Klägerin sei es, dass die Nebenintervenientin A-GmbH sinnlos Geld vernichte, ohne dass der Klägerin P-GmbH daraus ein Vorteil entstehe. Als ordentlicher Geschäftsleiter habe DI G aus der Treuepflicht gegenüber der zweiten Gesellschafterin für einen klaren Nachweis der Beschlussfassung zu sorgen gehabt. Dies hätte durch die erneute Unterfertigung ohne handschriftlichen Widerspruch erfolgen können. Ein ordentlicher Gesellschafter hätte keinen solchen Widerspruch auf den Umlaufbeschluss gesetzt. Der klagsgegenständliche Beschluss sei jedenfalls am 29.5.2018 wirksam zustande gekommen.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Hauptbegehren statt. Es traf die auf den Urteilsseiten 7 bis 13 ersichtlichen Sachverhaltsfeststellungen, auf die verwiesen wird, sofern sie nicht eingangs bereits dargestellt wurden.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht (zusammengefasst) aus, die Wirksamkeit eines auf schriftlichem Weg gefassten Beschlusses setze voraus, dass alle Gesellschafter entweder dem Beschlussantrag oder jedenfalls dem Verfahren zustimmen. Die Zustimmung zur Abstimmung im schriftlichen Weg könne auch formlos und stillschweigend erfolgen. Über die Beschlussfassung im

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

schriftlichen Weg sei zwischen Dr. V und DI G jedenfalls eine Einigung im Rahmen ihrer E-Mail- Korrespondenz zustande gekommen. Zu beurteilen bleibe, ob auch eine Einigung über den Beschlussinhalt auf schriftlichem Weg erzielt worden sei. Die Übermittlung des Beschlusssentwurfes durch Dr. V könne als Angebot zur Beschlussunterfertigung iSd § 861 ABGB gewertet werden. Durch das Übersenden bringe er seinen Willen zum Ausdruck, den Inhalt des Beschlusses auf schriftlichem Weg zu beschließen. Da jedoch DI G den Beschlusssentwurf vom 29.5.2018 nur mit dem bereits zitierten handschriftlichen Zusatz unterzeichnet habe, bestehe Dissens. Jedoch könne der unterfertigte Beschluss mit dem handschriftlichen Zusatz als neues Angebot angesehen werden, das Dr. V seinerseits hätte annehmen können, damit Konsens zwischen den Parteien herrsche.

Die Abstimmung im Rahmen der schriftlichen Beschlussfassung erfordere Schriftlichkeit der Stimmabgabe. Das bedeute Unterfertigung iSd § 886 ABGB, ausreichend wäre ein Original mit eigenhändiger Unterschrift. Ein einfaches, nicht unterfertigtes E-Mail oder jede Form der mündlichen oder konkludenten Erklärung reiche nicht aus, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen sei. Es wäre daher auch von Seiten des Dr. V das neuerliche Angebot schriftlich anzunehmen. Ein mündlicher Beschluss sei nicht geschlossen worden, weil die Beschlussfassung nicht in der Generalversammlung erfolgt sei. Eine andere Form der Beschlussfassung müsse in der Satzung vorgesehen sein, was nicht vorliege. Es sei daher von keiner mündlichen Beschlussfassung am 29.5.2018 auszugehen.

Dr. V habe den Beschluss erst im Juli 2018 unterzeichnet. Es sei zu prüfen, ob es dadurch zu einer

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

wirksamen Annahme des erneuten Angebots des DI G mit handschriftlichem Zusatz gekommen sei. Es habe zu diesem Zeitpunkt zwar Konsens über den Beschlussinhalt geherrscht, jedoch habe Dr. V den von ihm unterfertigten Beschluss erst am 21.12.2018 übermittelt.

Es sei der Zugangszeitpunkt der Willenserklärung zu beurteilen. Im gegenständlichen Fall sei zwischen der Angebotslegung und der nach außen getretenen Annahme durch Dr. V ein Zeitraum von etwa sieben Monaten vergangen. Da auch innerhalb der Korrespondenz zwischen Anwälten und ihren Mandanten nur eine mehrtägige Überlegungsfrist zuerkannt und für die Annahme eines Vergleichs unter Wiener Anwälten als zu lang beurteilt worden sei, sei eine siebenmonatige Annahmefrist nicht mehr als angemessen zu beurteilen. Im Dezember 2018 habe daher keine Bindungswirkung des DI G mehr an sein Angebot vom 29.5.2018 bestanden. Der von Dr. V am 21.12.2018 unterfertigt übermittelte Beschluss sei somit wiederum als neuerliches Angebot zu werden, welches DI G für die Wirksamkeit des Beschlusses hätte annehmen müssen. Da dies nicht erfolgt sei, sei der Gewinnausschüttungsbeschluss aufgrund von Nichtunterfertigung binnen angemessener Frist für unwirksam zu erklären.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung** der **Beklagten** wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Beweisrüge

Die Beklagte bekämpft allein die folgende Feststellung: *„Der Beschluss sollte nach dem Willen des DI G nur wirksam sein, wenn es zu einer Vollausschüttung kommen würde.“*

Die Feststellung entspricht der im Urteil zitierten Parteiaussage von DI G. Auch Dr. V als Adressat der Erklärung hat den Zusatz ganz offensichtlich in diesem Sinn interpretiert, zumal er zunächst eher ausfällig reagiert hat (Mail vom 29.5.2018, 20:43) und in der Folge nach anwaltlicher Korrespondenz eine Frist für die neuerliche Unterfertigung der Dokumente ohne den Zusatz setzte und zusätzlich von DI G noch eine persönliche, ausdrückliche Erklärung ihm selbst gegenüber per Email verlangte, dass er mit dem Beschluss vorbehaltlos einverstanden ist (Beilage ./1, Mail vom 30.5.2018, 11:52). Die Beweisrüge vermag daher keine Fehlerhaftigkeit in einer Überschreitung des von § 272 ZPO dem Verhandlungsrichter eingeräumten Bewertungsspielraums aufzuzeigen.

2. Rechtsrüge

2.1 Die Rechtsrüge argumentiert, es sei eine formfreie Beschlussfassung rechtlich zulässig, erforderlich sei lediglich, dass es zu einer Willenseinigung zwischen sämtlichen Gesellschaftern gekommen sei (RS0059949). Aus den Feststellungen gehe klar hervor, dass durch Zustimmung seitens A-GmbH in der Vollversammlung am 8. 5. 2018 und Zustimmung durch P-GmbH per E-Mail am 28. 5. 2018 inhaltlich eine Willenseinigung auf Ausschüttung und Aufrechnung des im Beschluss genannten Betrages formlos wirksam zustande gekommen sei. Dass im Nachhinein die

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

Gesellschafter ihre Rechtsmeinung aus welchen Gründen auch immer geändert hätten, sei aus Sicht der Gesellschaft irrelevant. Auch dass der Beschluss nicht ordentlich habe dokumentiert werden können, sei - aus Beweisgründen zwar nicht besonders glücklich - rechtlich nicht relevant.

Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Der Oberste Gerichtshof hat zu SZ 26/58 ausgesprochen, dass die Einhaltung der Bestimmungen über die Einberufung der Generalversammlung und über das schriftliche Verfahren dann nicht von Bedeutung sein könne, wenn ein einstimmiger Beschluss sämtlicher Gesellschafter vorliege. Es sei nicht einzusehen, warum nicht durch die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, möge sie auch nicht in einer Generalversammlung oder schriftlich gegeben sein, ein vom Geschäftsführer geschlossenes Geschäft genehmigt werden könnte. Die Vorschriften über die Einberufung und die Abhaltung der Generalversammlung sowie über die schriftliche Abstimmung könnten für einen solchen Fall nur als Ordnungsvorschriften gewertet werden, die das einwandfreie Zustandekommen des Gesellschaftswillens, vor allem auch eines allfälligen Mehrheitswillens als Gesellschaftswillen, gewährleisten sollen. Wenn ohnedies sämtliche Gesellschafter in ihrem Willen übereinstimmen und dies erklären, wäre es eine überflüssige Formalität, auch noch die Einhaltung der Formvorschriften für die Generalversammlung oder die schriftliche Abstimmung zu verlangen. Diese Formvorschriften würden in einem solchen Fall zur Bedeutung bloßer Beweisbestimmungen herabsinken (ebenso HS 5570, SZ 49/163, 8 Ob 505/80). Auch zu 1 Ob 581/80 legte der Oberste Gerichtshof dar, dass die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihre Funktion als höchstes Organ der Gesellschaft nicht nur

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

in der Form ausüben können, dass sie zu einer Generalversammlung zusammentreten oder schriftliche Beschlüsse fassen, sondern dass es genügt, wenn sie die zu einer Maßnahme erforderliche Zustimmung einzeln in formloser Weise geben. In diesem Fall könne von der Einhaltung der Formvorschriften über die Einberufung und Durchführung der Generalversammlung, die eine überflüssige Formalität wäre, abgesehen werden. Es müssten nur alle Gesellschafter in der Sache einig sein.

Eine förmliche Beschlussfassung kann also nur dann unterbleiben, wenn erklärte Einigkeit der Gesellschafter in der Sache besteht, was im vorliegenden Fall den erstgerichtlichen Feststellungen nicht zu entnehmen ist.

2.2 Weiters ist festzuhalten, dass die rechtliche Argumentation zur Willensbildung und zum angeblichen Abstimmungsverhalten auf von den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes abweichenden Sachverhaltsbehauptungen beruht (Pkte 3.3.1 bis 3.3.3 der Berufung) und insoferne keine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge vorliegt. Die Berufung lässt weiters außer Acht, dass die Rechtsanwälte Dr. GG und Dr. RG rechtsberatend tätig waren. Dafür, dass sie bevollmächtigt und beauftragt gewesen wären, das Stimmrecht für die Gesellschafter auszuüben, fehlt jedes Vorbringen und jede Feststellung.

2.3 Aus den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes ist weder eine Zustimmung der NI am 8.5.2018 zu entnehmen noch eine Zustimmung der Klägerin durch ein E-Mail vom 28.5.2018. Vielmehr wurde in diesem Mail ein weiterer Tagesordnungspunkt, nämlich die Beschlussfassung über die Vollausschüttung des gesamten Bilanzgewinns, als Ergänzung des Umlaufbeschlusses eingefordert, um den Beschluss über diesen Punkt gesondert gerichtlich bekämpfen zu können,

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

sollte die NI für einen Gewinnvortrag stimmen. Das E-Mail endet mit dem Hinweis, dass die Klägerin mit den Entwürfen der Dokumente einverstanden sei, jedoch die NI ersuche, diese in Hinblick auf Datum und Zinshöhe zu aktualisieren und unterfertigt zur Gegenzeichnung zu retournieren. Damit ist die Rechtsbehauptung der Berufungswerberin, es sei bereits am 28.5.2018 zu einem übereinstimmenden Beschluss gekommen, widerlegt.

Am 29.5.2018 wurden von RA Dr. RG an RA Dr. GG Dokumente übersandt und wurde gleichzeitig mitgeteilt, dass die NI bereit sei, diese Dokumente zu unterzeichnen, *„sofern die seitens P-GmbH ordnungsgemäß unterfertigten Dokumente (alle 3 Dokumente, inhaltlich unverändert) bis Kanzleischluss (17:00) im Original bei mir (ie RA Dr. RG) einlangen.“* Daraus ergibt sich, dass ein schriftlicher Beschluss erlangt werden sollte.

2.4 Das Umlaufverfahren ergab im weiteren keinen wirksamen Beschluss, da die übermittelten Urkunden vom GF der Klägerin nicht vorbehaltlos inhaltlich unverändert unterfertigt wurden, sondern mit einem Zusatz, der vom GF der NI seinerseits nicht akzeptiert wurde, sodass er nicht bereit war, die von seiner Gesellschaft ausgesendeten Beschlussdokumente für diese zu unterfertigen, was er noch am 31.5.2018 dem Rechtsvertreter der Klägerin gegenüber ein weiteres Mal klarstellte (vgl E-Mail von Dr. V am 29.5.2018, 20:43, und vom 31.5.2018, 9:26, jeweils an RA Dr. GG). Infolge dieser Ablehnung war das Umlaufverfahren vom 29.5.2018 ohne Beschlussfassung ergebnislos beendet.

2.5 Mit E-mail vom 30.5.2018 (./L und ./1) hatte Dr. V RA Dr.GG gegenüber angeboten:

„... Wenn Ihr Mandant die Dokumente neuerlich, diesmal ohne Zusätze unterfertigt und noch heute (bis 15:00) an uns (an Dr.

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

RG und mich per email und das Original eingeschrieben an Dr. RG) sendet und per email selbst ausdrücklich erklärt, dass er mit dem Beschlusstext vorbehaltlos einverstanden ist, ist die A-GmbH bereit die Dokumente zu unterfertigen. Sie werden verstehen, einerseits, dass ich eine Unsicherheit hinsichtlich der Gültigkeit des Beschlusses welche Mag S aufgreifen könnten nicht akzeptieren kann und andererseits ein Vorbehalt oder Widerspruch zum Beschlusstext keinen Sinn macht (entweder ist Ihr Mandant mit dem Beschluss einverstanden - wie Sie dies in Ihrem email vom 28.5.2018 zweimal ausdrücklich bestätigen - oder eben nicht). [...]"

Damit wurde ein zweiter schriftlicher Abstimmungsvorgang eingeleitet, in dem allerdings keiner der beiden Gesellschafter die Dokumente unterzeichnete. Es kam somit auch am 30.5.2018 kein Beschluss zustande.

2.6 Der Umstand, dass nach den erstgerichtlichen Feststellungen der am 29.5.2018 mit dem beanstandeten Zusatz unterzeichnete Beschluss von Dr. V im Juli 2018 unterfertigt und dann im Dezember 2018 mit E-Mail an die Beklagte und DI G übermittelt wurde, ist rechtlich ohne weitere Bedeutung, da der Abstimmungsvorgang zu diesen Zeitpunkten bereits abgeschlossen worden war. Eine von der Berufung behauptete „fristgerechte Annahme“ durch Dr. V liegt somit nicht vor.

2.7 Die Beklagte macht weiters sekundäre Feststellungsmängel geltend.

Zu den unter Pkt 4.1 gerügten Feststellungsmängeln ist die Beklagten auf die zu S 11 2 Absatz des Urteils getroffenen Feststellungen zu verweisen. Der von RA Dr. GG in den mit Beilage ./1 vorgelegten Mails vertretene Standpunkt wurde vom Erstgericht ohnehin zusammengefasst wiedergegeben.

**Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.**

Die weiteren, zu Pkt 4.2 eingeforderten Feststellungen widersprechen erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen (US 11, Abs 3 und 4). Rechtliche Feststellungsmängel liegen nur dann vor, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, und dies Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Ergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren (RS0053317). Wurden zu einem bestimmten Thema ohnehin (positive oder negative) Feststellungen getroffen, so ist es ein Akt der Beweiswürdigung, wenn die vom Rechtsmittelwerber gewünschten (abweichenden) Feststellungen nicht getroffen wurden (7 Ob 185/09w). Dies trifft auch auf die angestrebte Feststellung zu, DI G habe zu keinem Zeitpunkt geäußert, dass der Beschluss nur wirksam sein solle, wenn eine Vollausschüttung beschlossen werde. Diese Feststellung steht in Widerspruch zu dem vom Erstgericht festgestellten Ereignisablauf und dem festgestellten Verständnis, welches Dr. V dem „Widerspruch“ als Beisatz der Beschlussunterfertigung von DI G beimaß (US 12, 3.Abs).

Auch die unter Pkt 4.3 und 4.4 angestrebten Feststellungen widersprechen dem festgestellten Sachverhalt. Da Feststellungen zu den wechselseitigen Erklärungen vorliegen, liegt kein sekundärer Verfahrensmangel vor.

Die Berufung bleibt daher insgesamt ohne Erfolg.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision ist mangels Vorliegens einer Rechtsfrage der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig. Die zu beurteilenden Rechtsfragen gehen in ihrer Bedeutung nicht über den konkreten Einzelfall hinaus.

Wegen der Anonymisierung stimmen Zeilen- und
Seitenumbrüche mit dem Original nicht überein.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 30. Mai 2022

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG