

47. Jahrgang / April 2018 / Nr. 2

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Christoph Klampfl

Einräumung einer Stifterstellung im Pflichtteilsrecht

Georg Durstberger

Satzung und Geschäftsordnung für den Vorstand

Karl Wörle

Interimistische Vorstandsmitglieder in börsennotierten AGs

Armin Sommerauer

Nachschusspflicht bei aufrechter Gründungsprivilegierung

David Kohl/Leon Scheicher

Gründungsprivilegierung in der Insolvenz

Martin Hanzl/Tamara Rubey

Blockchain – frischer Wind im Gesellschaftsrecht?

Gesellschafterversammlungen und Satzungsbestimmungen

Mitbestimmung bei Vergütungspolitik und Vergütungsbericht

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zu Personen- und Kapitalgesellschaften
sowie zur Offenlegung

Unternehmensrecht aktuell

Nationale Gesetzgebung
Aktivitäten der FMA und der ESMA

Aus der aktuellen Rechtsprechung^{*}

Personengesellschaften

Zum Ausscheiden eines Kommanditisten aus einer GmbH & Co KG

§§ 54 ff, 82 und 83 GmbHG
§ 137 Abs 2 UGB

1. Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co KG (mit einer nicht natürlichen Person als einziger Komplementärin) kann vorsehen, dass die Gesellschaft bei Ausscheiden von Kommanditisten automatisch fortgesetzt wird.
2. Sieht der Gesellschaftsvertrag dies vor und kündigen einige Kommanditisten die Gesellschaft auf, so kommen Abfindungsansprüche der Ausgeschiedenen in Betracht, wenn diese Ansprüche durch alineare Gewinnausschüttungen oder Kapitalherabsetzungen analog §§ 54 ff GmbHG von der Gesellschaft befriedigt werden können. Dadurch ist jedenfalls ein ausreichender Gläubigerschutz gewährleistet.

OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w (OLG Wien 1 R 25/17d;
HG Wien 63 Cg 100/162)

Im Firmenbuch des Erstgerichts ist die I. GmbH & Co KG eingetragen. Einzige Komplementärin dieser KG ist die erstbeklagte GmbH. Die Kläger und die übrigen Beklagten sind Kommanditisten. Der Gesellschaftsvertrag der KG vom 22.10.1974 lautet auszugsweise:

„V. Die Gesellschaft beginnt mit ihrer Eintragung ins Handelsregister und ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das Geschäftsjahr endet jeweils mit dem 31.12. eines Jahres. Im Jahr 1974 entsteht somit vom Zeitpunkt der Gründung bis zum 31.12.1974 ein Rumpfwirtschaftsjahr.

VI. Die Gesellschaft kann von jedem Gesellschafter unter Einhaltung einer mindestens sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Geschäftsjahres, erstmals jedoch zum 31.12.1977 aufgekündigt werden.

Die Kündigung ist nur dann rechtswirksam, wenn sie mittels eingeschriebenen Briefs an den Komplementär erfolgt. Die Kündigung ist rechtzeitig, wenn sie am letzten Tag vor Beginn der Kündigungsfrist zur Post gegeben wird.

VII. Alle Umstände, welche nach dem Gesetz die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben, bewirken – soweit dies durch Vereinbarung möglich ist – lediglich das Ausscheiden des oder der Gesellschafter(s), in dessen (deren) Person der Auflösungsgrund gelegen ist. Dies gilt insbesondere auch für den Fall der Aufkündigung durch gerichtlichen Entscheid. In all diesen Fällen haben die verbleibenden Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft unter Ausschluß der Liquidation und unter Beibehaltung des bisherigen Firmenwortlauts fortzuführen.

Abweichend von den vorigen Bestimmungen wird beim Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt, sofern diese hierzu bereit sind und die verbleibenden Gesellschafter nicht gemäß letztem Absatz dieses Punktes einen Liquidationsbeschluss fassen.

Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters im Sinne der Bestimmungen dieses Punktes können jedoch auch die verbleibenden Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss die Liquidation der Gesellschaft beschließen. In diesem Fall nehmen die ausscheidenden Gesellschafter bzw deren Erben an der Liquidation teil.

VIII. Der ausscheidende Gesellschafter bzw dessen Erben, die mit den verbleibenden Gesellschaftern gemäß Punkt VII. die Gesellschaft nicht fortsetzen, haben Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben in Geld gemäß den folgenden Bestimmungen.

Es ist zum Ausscheidungsstichtag eine Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen, wobei die stillen Reserven aufzulösen sind. Ein Firmenwert ist dann zu berücksichtigen, wenn sich ein solcher bei Anwendung der Unternehmenswertermittlung im Sinne des Gutachtens des Fachsenates für

Betriebswirtschaft bei der Kammer der Wirtschaftstreuhänder ergibt. Hierbei sind ein Zinssatz von 5 % über der Bankrate und eine Nachhaltigkeit des Zukunftsertrages von fünf Jahren anzusetzen. Ein Firmenwert ist jedoch außerdem nur dann zu berechnen, wenn der ausscheidende Gesellschafter mindestens fünf Jahre hindurch ununterbrochen an der Gesellschaft beteiligt war.

Der ausscheidende Gesellschafter hat sodann Anspruch auf:

- a) seine buchmäßigen Guthaben auf Kapital- und Verrechnungskonten,
- b) auf einen, seinem Gewinnanteil entsprechenden Anteil an den stillen Reserven,
- c) auf einen, seinem Gewinnanteil entsprechenden Anteil am Firmenwert (good will), sofern er zum Zeitpunkt seines Ausscheidens mindestens fünf Jahre hindurch ununterbrochen der Gesellschaft als Gesellschafter angehört hat.

Von diesem Auseinandersetzungsguthaben sind allfällige Schulden des ausscheidenden Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft in Abzug zu bringen; der verbleibende Betrag wird wie folgt zur Zahlung fällig:

1.) 50 % des Guthabens binnen sechs Monaten nach Ausscheidungsstichtag;

2.) der Rest in vier gleichen Quartalsraten, beginnend neun Monate nach dem Ausscheidungsstichtag, fällig jeweils am Ende eines Quartals.

Das Ausscheidungsguthaben wird ab Stichtag des Ausscheidens in der Weise wertgesichert, daß die jeweils aushaftende Kaufpreissrate sich in dem Ausmaß erhöht oder vermindert, in dem sich der Verbraucherpreisindex (Basis 1966 = 100) zwischen dem Stichtag des Ausscheidens und der Fälligkeit dieser Rate erhöht oder vermindert hat. Der Wertsicherungsbetrag ist mit dem Stichtag der Fälligkeit der jeweiligen Rate abzurechnen.

Außerdem ist das Guthaben jeweils mit dem zum Ausscheidungsstichtag maßgeblichen Diskontsatz der Oesterreichischen Nationalbank kontokorrentmäßig zu verzinsen.

Der Empfänger des Auseinandersetzungsguthabens ist jedoch verpflichtet, Zahlungen auch vor dem Fälligkeitsstichtag anzunehmen.

Die Erben haben, sofern sie die Gesellschaft mit den Erben nicht fortsetzen, jene Ansprüche auf ein Auseinandersetzungsguthaben, die der Erblasser gehabt hätte, wenn er durch Kündigung zum Todestag ausgeschieden wäre.“

Mit Schreiben vom 5.5.2015 kündigten der Zweit-, der Dritt- und der Viertkläger die KG gem Pkt VI. des Gesellschaftsvertrages vom 22.10.1974 zum Stichtag 31.12.2015 auf. Die Beklagten fassten daraufhin einen Beschluss zur Fortsetzung der KG.

Am 2.11.2016 übermittelte die Viertbeklagte als Geschäftsführerin der Erstbeklagten den Klägern eine Auseinandersetzungsbilanz zum 31.12.2015.

Am 23.11.2016 wurde im Amtsblatt zur Wiener Zeitung unter der Rubrik „Gläubigeraufforderungen“ folgende Bekanntmachung veröffentlicht:

„Gläubigeraufforderung wegen Herabsetzung der Haftsumme durch Ausscheiden von Kommanditisten – Die ... [KG] mit Sitz in der politischen Gemeinde W. ist im Firmenbuch des HG Wien zu FN... eingetragen. Infolge Kündigung sind die Kommanditisten ... [Erst- bis Viertkläger] mit 31.12.2015 aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die ausgeschiedenen Kommanditisten erhalten eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen (§ 137 Abs 2 UGB). Die Bekanntmachung erfolgt in analoger Anwendung des § 55 Abs 2 GmbHG. Allen Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen am Tag der Veröffentlichung dieser Mitteilung bestehen, leistet die Gesellschaft auf Verlangen Befriedigung oder Sicherstellung. Von Gläubigern, die sich nicht binnen drei Monaten vom Tag der Veröffentlichung an bei der Gesellschaft melden, wird angenommen, dass sie der beabsichtigten Herabsetzung der Haftsumme und der Abfindung der ausgeschiedenen Kommanditisten aus dem Gesellschaftsvermögen zugestimmt wird. ...“

Die Kläger begehren die Feststellung, die KG sei in Liquidation getreten, und die Verpflichtung der Beklagten, eine Anmeldung der

^{*} Die zivilrechtliche Judikatur wird von Dr. Wolfgang Schramm, Hofrat des OGH, bearbeitet.

Liquidation zum Firmenbuch zu unterfertigen, mit welcher die Firma der KG durch Ergänzung des Zusatzes „in Liquidation“ geändert wird und die Kläger sowie die Beklagten als Liquidatoren mit gemeinschaftlicher Vertretungsbefugnis eingetragen werden. Die Auszahlung des Auseinandersetzungs Guthabens laut Pkt VIII. des Gesellschaftsvertrages sei aufgrund der nunmehrigen Rspr des OGH zur GmbH & Co KG nicht mehr möglich, würde dies doch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen; die KG verfüge nicht über ausreichende freie Mittel für eine Auszahlung, die verbleibenden Gesellschafter wiederum seien nicht bereit, die Auszahlung selbst zu leisten. Damit komme aber eine Fortführung der KG nicht in Betracht, die Gesellschaft sei daher ins Liquidationsstadium getreten.

Die Beklagten wenden ein, aufgrund der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sei eine Fortführung zulässig; dadurch sei die Liquidation verhindert worden. Die Kläger forderten ein überhöhtes Auseinandersetzungs Guthaben.

- Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab.
- Der OGH gab der Revision des Klägers nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

1. Es entspricht nunmehr stRspr des OGH, dass dann, wenn bei einer KG kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die KG analog anzuwenden sind (RIS-Justiz RS0123863). Dies gilt für Zuwendungen der KG an die Gesellschafter der Komplementär-GmbH, für solche an „Nur-Kommanditisten“ (6 Ob 171/15p, RWZ 2016/28 [Wenger] = GesRZ 2016, 281 [Schörghofer]) und für solche an Gesellschafter der Komplementär-GmbH, die gleichzeitig Kommanditisten der KG sind (6 Ob 198/15h, NZ 2016/149 [Brugger]).

2. Nach § 82 Abs 1 GmbHG können Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurückfordern. Sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn (vgl im Übrigen §§ 120, 122 Abs 1, § 189 Abs 1 Z 1 und § 221 Abs 5 UGB), soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist. Das Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst grundsätzlich jede vermögensmindernde Leistung der GmbH an ihre Gesellschafter, ausgenommen solche in Erfüllung des Dividendenanspruchs (Gewinnverwendung), sonstiger gesetzlich zugelassener Ausnahmefälle und Leistungen auf der Grundlage fremdüblicher Austauschgeschäfte (6 Ob 226/09t, RWZ 2010/62 [Wenger] = GesRZ 2010, 276 [Winner/Obradović] = ZFR 2011/70 [Ruhm]; 6 Ob 171/15p [Pkt 5.4.]).

3.1. Nach § 137 Abs 2 UGB ist dem ausscheidenden Gesellschafter einer Personengesellschaft in Geld auszuzahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhielt, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sein Geschäftsanteil geht unter und an die Stelle des Kapitalanteils tritt die Abfindungsverpflichtung der Gesellschaft (Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ [2009] §§ 137, 138 Rz 5). Der Anspruch ist gegen die Gesellschaft gerichtet, wobei die verbleibenden Gesellschafter dem Konzept der Personengesellschaft entsprechend mit der Gesellschaft solidarisch haften (RIS-Justiz RS0061822). Der Anspruch entsteht

im Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters aus der Gesellschaft (RIS-Justiz RS0061822 [T4]), das ist bei der Kündigung der Zugang der Austrittserklärung bei den Mitgesellschaftern (Zollner/Hartlieb in Zib/Dellinger, UGB [2017] § 137 Rz 33). Dem Abfindungsanspruch liegt die Zielsetzung zugrunde, dem ausscheidenden Gesellschafter möglichst dieselbe Rechtsposition zu verschaffen, die er hätte, wenn die Gesellschaft liquidiert würde (vgl RIS-Justiz RS0061746; Koppensteiner/Auer, aaO, Rz 2; Jabornegg/Artmann, UGB² [2010] § 137 Rz 5). Die gesetzlichen Regelungen über die Auseinandersetzung sind aber *grundsätzlich dispositiv* (vgl RIS-Justiz RS0061758).

3.2. Zum (Sonder-)Fall einer GmbH & Co KG hat der OGH zur Frage der Liquidation bereits Stellung bezogen. Unter Berücksichtigung der fehlenden persönlichen Haftung einer natürlichen Person wurde ausgesprochen, dass die Liquidationsbestimmungen des UGB (damals noch HGB) *nicht dispositiv* seien und insb dem Befriedigungs- und Zurückbehaltungsgebot der §§ 149 und 155 HGB als Gläubigerschutzvorschriften zwingende Wirkung zukomme; deren Verletzung führe (auch) zu einer Haftung des Geschäftsführers der GmbH (2 Ob 594/95). Von dieser Rspr ist der OGH auch in der E 2 Ob 225/07p und in den zitierten Folgeentscheidungen 6 Ob 171/15p und 6 Ob 198/15h, in denen es um während des laufenden Betriebs vorgenommene Entnahmen ging (vgl auch § 189 Abs 1 Z 2a UGB, § 221 Abs 5 UGB oder § 4 Z 3 EKEG), nicht abgewichen.

Inwieweit bei der hier vorliegenden Frage der Auseinandersetzung im Falle des Ausscheidens die Bestimmungen des UGB (insbesondere § 137 bzw § 155 – Entnahme erst nach Schätzung) einen ausreichenden Schutz bieten, hatte der OGH noch nicht zu entscheiden. Jedenfalls aber lässt sich aus der E 6 Ob 198/15h festhalten, dass im Falle der Verletzung eines Gläubigerschutzstandards eine unmittelbare Haftung der für die Geschäftsführung verantwortlichen natürlichen Person gegeben ist.

Die Literatur hat im Gefolge der zur Frage der Entnahme im laufenden Betrieb ergangenen E 2 Ob 225/07p bislang zur Frage der Auseinandersetzung im Falle des Ausscheidens wie folgt Stellung genommen:

Nach Zollner/Hartlieb (in Zib/Dellinger, UGB, § 137 Rz 32) scheidet zwar die Gesellschaft als Schuldnerin der Abfindung grundsätzlich aus, als Anspruchsgegner kämen nur die Mitgesellschafter in Betracht. Sie weisen aber gleichzeitig darauf hin, dass die Abfindung durch eine Kapitalherabsetzung oder durch eine alineare Gewinnausschüttung finanziert werden könne, wobei beide Varianten die Zustimmung der Mitgesellschafter voraussetzten.

Nach Harter (Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, WBL 2009, 328) ist die Abfindung eines ausscheidenden Kommanditisten unter Einhaltung der GmbH-rechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften möglich; entsprechend §§ 54 ff GmbHG seien die Gläubiger sicherzustellen oder zu befriedigen.

Für diese Lösung sprechen sich auch Kalss/Eckert/Schörghofer (Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG, GesRZ 2009, 65 [75]) unter Hinweis auf die E 2 Ob 594/95 aus. Dort hatte der OGH zur Liquidation einer GmbH & Co KG bereits ausgesprochen, dass die Gläubigerbefriedigung zwin-

gend Vorrang vor der Verteilung des Gesellschaftsvermögens habe (vgl dazu auch Rüffler in Artmann/Rüffler/Torggler, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? [2011] 103).

Nach Rüffler (aaO, 107) ist eine Abfindung eines Kommanditisten aus dem Vermögen der GmbH & Co KG grundsätzlich rechtswidrig, außer sie würde aus einer alineaen Gewinnausschüttung befriedigt, für die die Gesellschaft auch Rücklagen und Pflichteinlagen auflösen könne; sei dies nicht möglich, sei der Anspruch gegen die Gesellschaft im Wege einer Konversion in einen Anspruch gegen die verbleibenden Gesellschafter umzudeuten.

Auch U. Torggler (in U. Torggler, UGB² [2016] §§ 137, 138 Rz 5) geht davon aus, dass ein Anspruch gegen die Gesellschaft bei alineaer Gewinnausschüttung oder Kapitalherabsetzung in Betracht komme; daneben sei unter Umständen ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter denkbar.

Nach Eckert (in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 27) schließt der Kapitalerhaltungsgrundsatz eine Leistung der Abfindung durch die GmbH & Co KG nicht jedenfalls aus; ein „kapitalerhaltungskonformes“ Ausscheiden sei möglich, wenn die Abfindung aus ungebundenem Eigenkapital finanziert werde oder die Kapitalherabsetzungsregeln eingehalten würden.

3.3. Dieser im Wesentlichen übereinstimmenden Meinung der Literatur, Abfindungsansprüche eines ausscheidenden Gesellschafters einer GmbH & Co KG könnten durch alineaer Gewinnausschüttungen oder Kapitalherabsetzungen in analoger Anwendung der §§ 54 ff GmbHG von der Gesellschaft befriedigt werden, hat sich das Berufungsgericht ausdrücklich angeschlossen. Die Einhaltung dieser Bestimmungen gewährleistet jedenfalls einen ausreichenden Gläubigerschutz.

3.3.1. Die Kläger gehen in ihrer Revision davon aus, dass die Fortsetzung der Gesellschaft durch die Beklagten trotz des Ausscheidens der Kläger als Kommanditisten unzulässig (gewesen) sei und gegen Treu und Glauben verstoßen habe. Sie verkennen damit allerdings die Grundkonzeption der Pkt VI. und VII. des Gesellschaftsvertrages. Danach bewirken alle Umstände, welche nach dem Gesetz die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben (würden), lediglich das Ausscheiden des Gesellschafters, in dessen Person der Auflösungsgrund gelegen ist, hier also des aufkündigenden Gesellschafters (konkret: der Kläger); dieses Ausscheiden erfolgt nach der Konzeption des Gesellschaftsvertrages somit automatisch. Die verbleibenden Gesellschafter können jedoch die Liquidation der Gesellschaft beschließen, was die Dritt- bis Fünftbeklagten hier nicht getan haben; ihr vom Erstgericht festgestellter Beschluss zur Fortsetzung der KG hatte lediglich deklarativen Charakter.

Richtig ist, dass Pkt VII. des Gesellschaftsvertrages das Ausscheiden des (hier: kündigenden) Gesellschafters – und damit die automatische Fortsetzung der Gesellschaft – nur bewirkt, „soweit dies durch Vereinbarung möglich ist“. Die Kläger meinen nun, nach der nunmehrigen Rspr des OGH sei „jede Zuwendung der KG an ihre Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist, verboten“. Tatsächlich hat der OGH jedoch – wie bereits unter Pkt 2. dargestellt – auch auf „sonstige gesetzlich zugelassene Ausnahmefälle“ hingewiesen, wovon alineaer Gewinnausschüttungen und Kapitalherabsetzungen

jedenfalls betroffen sind. Bereits aus diesem Grund ist die vom Gesellschaftsvertrag hier vorgesehene automatische Fortsetzung der Gesellschaft bei Ausscheiden von Kommanditisten weder unzulässig noch verstößt sie gegen Treu und Glauben.

3.3.2. Die Kläger monieren in der Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit ihrer Feststellungsrüge auseinandergesetzt, wonach das Erstgericht zu Unrecht keine Feststellungen dahin getroffen habe, dass „eine Zahlung aus zukünftigen Gewinnen bzw alineaen Gewinnausschüttungen nicht möglich“ gewesen sei. Darauf kommt es jedoch hier nicht an, weil die Gesellschaft ohnehin zwischenzeitig eine Kapitalherabsetzung unter analoger Anwendung der §§ 54 ff GmbHG durchgeführt hat. Dass sich aus den dadurch frei gewordenen Mitteln die Abschichtungsguthaben der Kläger nicht befriedigen ließen, lässt sich weder den Feststellungen der Vorinstanzen noch den Ausführungen der Parteien entnehmen.

Mit einem Kapitalherabsetzungsverfahren analog §§ 54 ff GmbHG kann zwar eine gewisse Zeitverzögerung verbunden sein; diese wird dem ausscheidenden Gesellschafter aber durch die Verzinsung ausgeglichen (vgl Zollner/Hartlieb in Zib/Dellinger, UGB, § 137 Rz 34 f). Daneben haben die ausscheidenden Gesellschafter die Möglichkeit, die Erstellung der Abschichtungsbilanz zu verlangen (Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴, §§ 137, 138 Rz 18; U. Torggler in U. Torggler, UGB², § 138 Rz 14) oder – etwa wenn die Höhe des Guthabens nicht strittig ist oder aber es zu keiner Feststellung der Abschichtungsbilanz kommt – direkt ein Auseinandersetzungsguthaben einzuklagen (6 Ob 585/88; 6 Ob 39/10v [Pkt 10.]; U. Torggler, aaO, Rz 15; Jabornegg/Artmann, UGB², § 137 Rz 23).

4. Damit erweist sich aber die dem Begehren der Kläger zugrunde liegende Prämisse, eine Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens laut Pkt VIII. des Gesellschaftsvertrages sei aufgrund des Verbots der Einlagenrückgewähr (auch) bei einer GmbH & Co KG überhaupt nicht möglich, als unrichtig. Die Auffassung der Kläger würde im Übrigen bedeuten, dass eine GmbH & Co KG im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten stets aufzulösen und eine Fortsetzung unter Abfindung des ausscheidenden Kommanditisten niemals möglich wäre.

Damit war aber der Revision der Kläger der Erfolg zu versagen.

Anmerkung:

1. Die vorliegende Entscheidung wirft erstmals Licht ins Dunkel jenes Kapitalerhaltungsrechts, das spezifisch für die sog verdeckte Kapitalgesellschaft – oder unechte Personengesellschaft – beachtlich sein soll. Nach mE zwar nicht richtiger, aber nunmehr stRspr des OGH gilt das kapitalgesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr ja auch für eine KG, wenn diese keine natürliche Person als voll haftenden Gesellschafter hat¹ – das häufigste und in der Praxis wichtigste Beispiel für eine solche verdeckte Kapitalge-

¹ OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 (Stingl); 15.4.2010, 6 Ob 226/09t, GesRZ 2010, 276 (Winner/Obradović); 23.2.2016, 6 Ob 171/15p, GesRZ 2016, 281 (Schörghofer); 30.8.2016, 6 Ob 198/15h, NZ 2016/149 (Brugger); aA LG Linz 21.12.2015, 44 Ns 1/15t; H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG (2017) § 82 Rz 156 ff. Auf die GmbH & Still ist das Verbot der Einlagenrückgewähr hingegen grundsätzlich nicht anwendbar; vgl OGH 26.9.2017, 6 Ob 204/16t, GesRZ 2017, 391 (Hochedlinger) = NZ 2017/166 (H. Foglar-Deinhardstein).

sellschaft ist die GmbH & Co KG. Unklar blieb nach dieser Judikatur aber bisher, wie Kapitalaufbringung und -erhaltung nach (auf die unechte Personengesellschaft analog anwendbarem) Kapitalgesellschaftsrecht einerseits und nach dem im UGB geregelten Recht der KG andererseits ineinandergreifen sollen.

2. Anlass zu den ersten – und mE erfreulich dezenten – Aussagen des Höchstgerichts zu diesem komplexen Thema bot ein Gesellschaftstreit iZm der Kündigung einer GmbH & Co KG. Der Gesellschaftsvertrag der KG sah für den Fall der Kündigung das Recht der verbleibenden Gesellschafter vor, die Gesellschaft unter Ausschluss der Liquidation fortzuführen. Dem infolge der Kündigung ausscheidenden Gesellschafter stand gemäß den näheren Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ein Auseinandersetzungsguthaben in Geld zu, wobei in diesem Auseinandersetzungsguthaben zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters grundsätzlich die stillen Reserven und der Firmenwert (*good will*) der Gesellschaft anteilig zu berücksichtigen waren.

3. Nach der Kündigung der KG durch vier von acht Kommanditisten fassten die fünf verbleibenden Gesellschafter – einschließlich der Komplementär-GmbH – einen Beschluss zur Fortsetzung der KG; im Amtsblatt zur Wiener Zeitung wurde ein Gläubigeraufruf in analoger Anwendung von § 55 Abs 2 GmbHG veröffentlicht, in dem die Herabsetzung der Haftsumme und die Abfindung der ausscheidenden Kommanditisten aus dem Gesellschaftsvermögen angekündigt und den Gläubigern Befriedigung oder Sicherstellung angeboten wurde.

4. Die ausscheidenden Gesellschafter klagten daraufhin die verbleibenden Gesellschafter auf Feststellung, dass die KG in Liquidation getreten sei, und auf Einleitung der Liquidation. Begründet wurde die Klage damit, dass im Hinblick auf die OGH-Rechtsprechung zur verdeckten Kapitalgesellschaft, auf die nicht vorhandenen freien Mittel der KG und die Weigerung der übrigen Gesellschafter, die Auszahlung selbst zu leisten, eine Fortführung der KG unzulässig sei. Der Standpunkt der klagenden Gesellschafter mag auf den ersten Blick recht formalistisch erscheinen, wird aber besser verständlich, wenn man die aus der Urkundensammlung des Firmenbuchs ersichtliche Information berücksichtigt, dass die KG zum Zeitpunkt der Kündigung bilanziell überschuldet war, also in der Bilanz ein negatives Eigenkapital auswies.

5. Der OGH hielt das Begehren der Kläger aber trotz dieses zugespitzten Sachverhalts nicht für berechtigt. Die verfahrensgegenständliche KG kann also – trotz negativen Eigenkapitals – auch nach Ausscheiden der Hälfte ihrer Kommanditisten samt daraus resultierender Herabsetzung der Haftsummen und Ausschüttung des Abschichtungsguthabens weiter bestehen und muss nicht abgewickelt werden.

6. Im Einzelnen hat der OGH dazu klargestellt:

6.1. Wird eine GmbH & Co KG aufgelöst, sind die Liquidationsbestimmungen des UGB zwingend einzuhalten. Werden diese Abwicklungsregeln verletzt, ist der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH persönlich haftbar. Damit ist aber über die (Un-)Zulässigkeit von Entnahmen während des laufenden Betriebs der GmbH & Co KG nichts ausgesagt.

6.2. Scheidet während des laufenden Betriebs einer GmbH & Co KG ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, darf die Abfindung selbstverständlich von den verbleibenden Mitgesellschaftern geleistet werden. Der ausscheidende Gesellschafter kann aber auch durch die KG selbst ausgezahlt werden, sofern die Abfindung kapitalerhaltungskonform gestaltet wird. In Frage kommen für diesen Zweck insb die Einhaltung der Kapitalherabsetzungsvorschriften gem § 54 ff GmbHG samt Gläubigeraufruf oder eine Finanzierung der Abfindung aus ungebundenem Eigenkapital und/oder aus einer alinea (asymmetrischen) Gewinnausschüttung.²

6.3. Da im konkreten Fall ein Gläubigeraufruf analog zu § 55 GmbHG samt Angebot zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger durchgeführt wurde, ist die Abfindung der ausscheidenden Kommanditisten durch die KG selbst nicht zu beanstanden. Auch das automatische Ausscheiden aus der KG

aufgrund einer Fortsetzungsklausel ist zulässig.³ Die Schutzwirkung des Gläubigeraufrufs gilt sowohl für die Herabsetzung der Haftsumme als auch für die Zahlung des Abschichtungsguthabens.

6.4. Der OGH begründet seine Haltung insb auch damit, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht dazu führen dürfe, dass eine GmbH & Co KG im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten stets aufzulösen wäre. Dieser Hinweis ist mE wichtig, weil durch einen Zwang zur Liquidation weder den Gläubigern noch dem sonstigen Rechtsverkehr gedient wäre. Ein Gläubigeraufgebot bei Fortbestehen der KG wird idR den Gläubigerschutz viel effektiver verwirklichen als deren Abwicklung.⁴

6.5. Sehr bemerkenswert ist, dass der OGH mit keinem Wort eine Nichtigkeit der Abfindungsklauseln des KG-Vertrages andeutet, sondern mit Selbstverständlichkeit davon ausgeht, dass diese Regelung die Basis für die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts bildet. Der OGH möchte also – fast unerwartet – nicht so weit gehen, eine komplette Derogation des im UGB vorgezeichneten Ausscheidens- und Abfindungsregimes durch die analog anwendbaren Kapitalerhaltungsvorschriften zu postulieren.⁵ Die vorliegende Entscheidung ist somit – nach OGH 27.2.2017, 6 Ob 239/16⁶ – eine weitere Entscheidung, der sich entnehmen lässt, dass der 6. Senat keiner allzu schematische Anwendung von § 879 ABGB auf alle Fälle einer potenziellen verbotenen Einlagenrückgewähr das Wort redet. Vertiefter Untersuchung bedürfte, inwiefern die Figuren der Konversion und der qualitativen Teilnichtigkeit sowie der Treuebindung im Kapitalerhaltungsrecht allgemein nutzbar gemacht werden können.⁷

7. Der OGH hat also wichtige Klarstellungen getroffen. Offen bleiben nach wie vor folgende spannende Themen der Kapitalaufbringung und -erhaltung bei der verdeckten Kapitalgesellschaft (unechten Personengesellschaft):

7.1. Zentrales Element der Kapitalerhaltung im Kapitalgesellschaftsrecht ist der ausschüttungsfeste Kern des Eigenkapitals, bestehend aus *gebundenen Rücklagen* und *Nennkapital*. Dieses gebundene Eigenkapital bildet eine „Staumauer“; nur soweit das bilanzielle Nettoaktivvermögen diese „Staumauer“ übersteigt, kann es den Bilanzgewinn speisen und darf somit ausgeschüttet werden. Für die GmbH & Co KG ist nach wie vor unklar, welche Rechengrößen das Äquivalent zum gebundenen Eigenkapital der Kapitalgesellschaft darstellen sollen. (Zwingend zu bildende) *gebundene Rücklagen* gibt es bei der GmbH & Co KG aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung einer diesbezüglichen Ausnahme nicht (§ 221 Abs 5 iVm § 229 UGB).⁸ Fraglich ist, ob das kapitalerhaltungsrechtliche Gegenstück zum *Nennkapital* bei der GmbH & Co KG die Summe

² Vgl schon *Harrer*, Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, WBL 2009, 328 (334); *Rüffler*, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG iES nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 99 (107); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² (2016) § 161 Rz 27; *Leupold* in *U. Torggler*, UGB², §§ 137, 138 Rz 5; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB II (2017) § 137 Rz 32; *Kalss*, Kapitalschutzregelungen bei der GmbH & Co KG, in *GedS W.-D. Arnold*² (2016) 37 (52 f); allgemein zum begleitenden Ausgleich oder zur nachträglichen Sanierung einer Einlagenrückgewähr *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 49, 57, 60, 99, 101, 122 und 168; *Rüffler/Aburumieh/Lind*, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (2016) 71 (104 f).

³ Skeptisch zu dieser Möglichkeit noch *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 161 Rz 28.

⁴ Aus Gründen des Gesellschafts- und Gläubigerschutzes steht das Gesellschaftsrecht Auflösungsstatbeständen zurückhaltend gegenüber; vgl allgemein *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 110, 112, 117 und 504; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 105 Rz 5; *Adensamer* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, §§ 10, 12 IPRG Rz 37.

⁵ Der Austritt gegen Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen bleibt also als vom UGB angelegter Regelfall des Ausscheidens von Gesellschaftern aus der KG erhalten; vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? *GesRZ* 2009, 65 (71).

⁶ *GesRZ* 2017, 263 (*H. Foglar-Deinhardstein*).

⁷ Vgl zur GmbH & Co KG *Rüffler*, Kapitalherabsetzung, 107 f; *Leupold* in *U. Torggler*, UGB², §§ 137, 138 Rz 5; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB II, § 137 Rz 32.

⁸ Vgl *Bergmann/Schörghofer*, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! *GesRZ* 2014, 340; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 161 Rz 9, 21; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* ua, GmbHG, § 82 Rz 159.

der Pflichteinlagen oder die Summe der Haftsummen⁹ ist oder ob es schlicht ein solches Gegenstück nicht gibt. Die Pflichteinlagen scheiden mE schon deswegen als Nennkapitaläquivalent aus, weil sie idR aus dem Firmenbuch gar nicht ersichtlich und somit für Gläubiger und Rechtsverkehr irrelevant sind.¹⁰ Da die Haftsummen beliebig niedrig (zB mit 1 €),¹¹ aber auch – ohne jegliche Kapitalaufbringungskontrolle¹² – beliebig hoch festgelegt werden können, sind auch diese nach zustimmungswürdiger Ansicht¹³ als kapitalerhaltungsrechtlich maßgebliche „Staumauer“ ungeeignet.¹⁴ Überzeugen kann daher mE nur jene Ansicht, nach der bei der GmbH & Co KG das Eigenkapital bis auf null herabgesetzt werden kann, ohne Kapitalherabsetzungsregeln anwenden zu müssen.¹⁵ Im gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt war das Eigenkapital der KG bereits negativ, sodass die Vermögensverteilung aus der KG – auf Basis der OGH-Rechtsprechung zur unechten Personengesellschaft – zweifellos eines Gläubigeraufrufs bedurfte.¹⁶

7.2. Scheidet ein Kommanditist aus einer KG aus, erlischt seine Haftsumme; mit Firmenbuchlöschung der Haftsumme trifft den früheren Kommanditisten nur mehr die Nachhaftung für Altverbindlichkeiten gem § 174 iVm § 160 UGB. Will man freilich die kumulierten Haftsummen als kapitalerhaltungsrechtliches Gegenstück zum Nennkapital sehen (siehe oben) – und nur dann –, könnte dem Herabsetzen der Haftsummen ein kapitalentsperrender Effekt¹⁷ zugemessen werden.¹⁸ Zum Ausgleich dieser Kapitalentspernung müssten dann in einem Fall wie dem vorliegenden entweder die Regeln der Kapitalherabsetzung eingehalten werden oder es wäre eine gebundene Rücklage in Höhe des Herabsetzungsbetrags zu bilden.¹⁹ Als weitere Neutralisierungskomponente wäre selbstverständlich möglich, dass die verbleibenden Kommanditisten ihre Haftsummen entsprechend erhöhen. Die vorliegende Entscheidung lässt die Frage ungeklärt, ob die Reduktion der Haftsummen *per se* wegen Kapitalentspernung einen Gläubigeraufruf erfordert hätte; gegenständlich war dieser nämlich schon deswegen notwendig, um die Abfindung der Kommanditisten aus dem KG-Vermögen zu legitimieren. Die Haftsumme könnte aber auch dann erlöschen, wenn der ausscheidende Kommanditist gar keine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen erhält.

7.3. Nach stRspr ist das Verbot der Einlagenrückgewähr jedenfalls auf Beziehungen zwischen der GmbH & Co KG einerseits und ihren

Kommanditisten sowie auch den Gesellschaftern ihrer Komplementär-GmbH andererseits anwendbar. Ungeklärt und umstritten ist, ob die Kapitalerhaltungsregeln auch für die Beziehung zwischen der KG und der Komplementär-GmbH eingreifen.²⁰ In der OGH-Entscheidung vom 23.2.2016, 6 Ob 171/15p, findet sich der Satz: „Die analoge Anwendung des § 82 GmbHG auf eine Kommanditgesellschaft, deren einziger Komplementär eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, bedeutet, dass grundsätzlich jede Zuwendung der Kommanditgesellschaft an ihre Gesellschafter – oder an die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft –, die nicht Gewinnverwendung ist, verboten ist.“ In der hier besprochenen Entscheidung zählt der OGH zwar die Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr bei der unechten Personengesellschaft detailliert auf, lässt die Komplementäre aber unerwähnt. Daraus kann mE geschlossen werden, dass der vorhin zitierte Satz aus der E 6 Ob 171/15p sich (neben den Kommanditisten) nur auf die Gesellschafter der Komplementär-GmbH bezieht, nicht aber auf die Komplementär-GmbH selbst. Damit ist auch die analoge Anwendbarkeit der §§ 82 und 83 GmbHG auf die GmbH & Co OG wieder offen.²¹

7.4. Der OGH nennt in der vorliegenden Entscheidung Kapitalherabsetzung samt Gläubigeraufruf und Dividendenausschüttung als Ausgleichsmaßnahmen, die eine Einlagenrückgewähr legitimieren können. Als weitere Ausgleichsmaßnahmen kommen mE verschiedene Strukturelemente in Frage, die bereits im Verschmelzungsrecht erprobt wurden und sich auch in der Judikatur bewährt haben, wie zB Gesellschafterzuschüsse (allenfalls samt freiwilliger Bindung des zugesprochenen Kapitals), die Zustimmung oder der qualifizierte Rangrücktritt der Gläubiger oder das bestätigte Fehlen jeglicher Gläubiger.²²

7.5. Da die Höhe des Abfindungsguthabens nicht streitgegenständlich war, lassen sich der Entscheidung keine Hinweise zur schwierigen Frage entnehmen, ob bei Einhaltung der Kapitalherabsetzungsregeln die Abfindungszahlungen mit der Höhe der untergehenden Haftsummen oder zumindest mit der Höhe des Verkehrswerts der abzuschichtenden Anteile (jeweils zuzüglich des Gegenwerts ausschüttbarer Dividenden, die auf das Abfindungsguthaben gewidmet werden) limitiert sind. Wenn man eine solche Limitierung überhaupt für erforderlich halten will, sprechen mE die besseren Gründe für eine Begrenzung mit dem Verkehrswert.²³ Eine Restvermögensprüfung bei der KG sollte nicht notwendig sein,²⁴ weil die Restvermögensprüfung ein Kapitalaufbringungskonzept voraussetzt,²⁵ das es bei der KG nicht gibt (siehe schon oben). Wird mangels unangemessenen Vermögenstransfers nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, liegt die Grenze der Zulässigkeit mE nur in der sittenwidrigen Gläubigerschädigung, insb wenn die Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter die Insolvenzreife der KG herbeiführen würde.²⁶

⁹ So Ch. Nowotny, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft! RdW 2009, 326 (328); Grossmayer, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, eolex 2008, 1023 (1025); Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 21; Kalss, Kapitalschutzregelungen, 51 f.

¹⁰ Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 21.

¹¹ Vgl OLG Wien 31.3.2005, 28 R 53/05b, GES 2005, 378 = NZ 2005, 286 (Andrae).

¹² Vgl Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 31; Rüffler, Kapitalherabsetzung, 106; Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 69 f.

¹³ Karollus, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, eolex 1996, 860 (861 FN 14); ders, Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, in FS Kropff (1997) 669 (678); Rüffler, Kapitalherabsetzung, 106 f.; Rüffler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung, 102 f und 108 f; Rüffler, Die Realteilung der verdeckten Kapitalgesellschaft, in FS Hügel (2016) 323 (327 f); H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG § 82 Rz 161.

¹⁴ Für die Relevanz der Haftsummen spricht allenfalls die Rspr zur errichtenden Umwandlung, die richtigerweise so zu lesen ist, dass das Stammkapital als Gesamtbetrag der Haftsummen (nicht der Pflichteinlagen) fortzuführen ist; vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 5 UmwG Rz 110 f; Artmann, Kapitalaufbringung und Kapitalerhöhung, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 83 (85); Dregger/Eckert, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 (585); Ch. Nowotny in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 15.41; H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 82 Rz 150.

¹⁵ Siehe FN 13.

¹⁶ Vgl Rüffler, Kapitalherabsetzung, 106 f.

¹⁷ Vgl allgemein Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 101 Rz 55; Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 80; zu § 13 EU-VerschG H. Foglar-Deinhardstein, ZFR 2016, 595 (598).

¹⁸ So Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 404; Dregger/Eckert, RdW 2013, 584 f; Edelmann in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 5/86 ff; Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/1059; aA Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I² (2010) § 161 Rz 55.

¹⁹ Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 25. Die freiwillige Bildung gebundener Rücklagen ist mE zur Wahrung des Gläubigerschutzes – trotz § 221 Abs 5 iVm § 229 UGB – immer möglich; vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 5 UmwG Rz 111; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015) Kap VII.C. Rz 57.

²⁰ Dafür Karollus, Einlagenrückgewähr in der verdeckten Kapitalgesellschaft, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 31 (53); Edelmann in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften², Rz 5/84 f; Rüffler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung, 80 f; Rüffler, Realteilung, 324 f; Artmann/Rüffler, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts (2017) Rz 483; H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 82 Rz 160; dagegen Dregger/Eckert, RdW 2013, 584; Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 19 f.

²¹ Vgl (ablehnend) H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 82 Rz 160.

²² Vgl näher H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 82 Rz 9; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 101 Rz 51 und 57.

²³ So Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 27 FN 86.

²⁴ Dies anregend Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 27; Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht², Rz 2/1059.

²⁵ Allgemein zu diesem Zusammenhang H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 82 Rz 22 FN 60, Rz 161 und § 83 Rz 19 FN 59; ders, Nochmals zum Gläubigerschutz beim Formwechsel von der GmbH in die AG, GES 2016, 52 (53 f); vgl auch Rüffler, Realteilung, 330. Auf Linie ihrer Ansicht konsequent fordert Kalss (Kapitalschutzregelungen, 52) daher eine Kapitaldeckungskontrolle nur, aber immerhin für die Realteilung; vgl Eckert, Einlagenrückgewähr und Umgründungen, in Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr (2014) 71 (82).

²⁶ Ähnlich Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 78 f; vgl allgemein zur Sittenwidrigkeit im Verschmelzungsrecht Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein ua, GmbHG, § 101 Rz 42 und 58; A. Wimmer, Neues zum Delisting von Gesetzgeber und OGH, ÖBA 2017, 678 (684); Nicolussi, GesRZ 2017, 328.

7.6. Da der OGH das Paradigma des personengesellschaftsrechtlichen Ausscheidens gegen Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen dem Grunde nach auch für die GmbH & Co KG verteidigt, ist mE davon auszugehen, dass auch bei der verdeckten Kapitalgesellschaft die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters gem § 135 UGB im Prinzip zulässig ist.²⁷ Auch dies bedürfte freilich noch vertiefter Untersuchung.

8. Jedenfalls hat der OGH mit der vorliegenden Entscheidung ein neues und hoffnungsvolleres Kapitel in der Geschichte der GmbH & Co KG aufgeschlagen.

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts-, Umgründungs- und Stiftungsrecht sowie M&A befasst.

Kapitalgesellschaften

Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung über eine durchgreifende Änderung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH

§§ 6, 7 und 878 ABGB

§§ 41 und 45 ff GmbHG

§ 581 ZPO

1. Die Einfügung einer Schiedsklausel in den Gesellschaftsvertrag einer GmbH bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.

2. Sowohl die nachträgliche Einführung von Vinkulierungen von Geschäftsanteilen als auch deren Verschärfung bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.

3. Beschließt die Generalversammlung eine Neufassung des Gesellschaftsvertrages, so ist eine nur teilweise Nichtigerklärung des Beschlusses nicht möglich.

OGH 21.12.2017, 6 Ob 104/17p (OLG Linz 2 R 31/17t; LG Linz 4 Cg 112/16g)

Der Kläger ist mit rund 20,83 % an der beklagten GmbH beteiligt. Weitere Gesellschafter sind J. R. mit einer Beteiligung von rund 71,17 % und Mag. J. S. mit einer 8 %-Beteiligung. Der Kläger möchte seine Geschäftsanteile einem Dritten übertragen und damit aus der Gesellschaft als Gesellschafter ausscheiden. In der außerordentlichen Generalversammlung (im Folgenden: GV) der Beklagten vom 9.9.2016, in der auch die Aufsichtsratsmitglieder neu bestellt und die Umstellung auf Euro und eine geringfügige Kapitalerhöhung beschlossen wurden, stimmten J. R. und Mag. J. S. mit rund 79,17 % für den Beschluss über die durchgreifende Neufassung des Gesellschaftsvertrages, der Kläger dagegen; er erhob Widerspruch zu Protokoll.

Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten enthielt bis dahin – hier nicht wiedergegebene – Bestimmungen über Unternehmensgegenstand, Stimmrecht, Übertragung von Geschäftsanteilen und Auflösung der Gesellschaft.

In der außerordentlichen GV vom 9.9.2016 wurden sämtliche im Firmenbuch ersichtlichen Aufsichtsratsmitglieder neu bestellt, der Gesellschaftsvertrag an die Bestimmungen des 1. Euro-JuBeG angepasst, das Stammkapital um 163 € auf 436.200 € erhöht und über den Antrag der Mag. J. S. (TOP 4) abgestimmt, den Gesellschaftsvertrag durchgreifend neu zu fassen, und zwar in der mit der Einladung zur GV an sämtliche Gesellschafter ausgesandten und dem Protokoll angeschlossenen Version. Dazu berichtete der Vorsitzende, im Hinblick auf die notwendigen Änderungen durch die Kapitalerhöhung und die Euroumstellung sowie die Abberufung sämtlicher Mitglieder des Aufsichtsrats erweise es sich als zweckmäßig, den Gesellschaftsvertrag durchgreifend neu zu fassen, damit wieder eine aktualisierte Gesamtfassung des Gesellschaftsver-

trages zur Verfügung stehe. Der Gesellschaftsvertrag in dieser Fassung, der mit den Stimmen der Mag. J. S. und des J. R. beschlossen wurde, enthält folgende Bestimmungen zum Stimmrecht und zur Übertragung von Geschäftsanteilen:

„II. Gegenstand des Unternehmens

2.1. Gegenstand des Unternehmens ist:

...

VII. Generalversammlung

...

7.4. Das Stimmrecht richtet sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage. Je 10 € einer übernommenen Stammeinlage gewähren eine Stimme; doch muss jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zustehen. Die Beschlüsse werden, soweit der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz nichts anderes bestimmen, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Bei Stimmengleichheit bzw im Falle einer ‚Pattsituation‘ (auf einen Beschlussgegenstand entfallen jeweils 50 % Pro-Stimmen und 50 % Kontra-Stimmen) haben sich die Gesellschafter unverzüglich auf einen Schiedsmann zu einigen. Ist dies binnen drei Tagen nicht möglich, ist der Schiedsmann vom Präsidenten der Kammer der gewerblichen Wirtschaft für Oberösterreich aus dem Kreise der Unternehmensberater zu bestellen. Der Schiedsmann hat nach Anhörung der Gesellschafter für einen der widersprüchlichen Standpunkte zu entscheiden. Die Entscheidung hat längstens innerhalb von vier Wochen ab Konstituierung zu ergehen. Es gilt österreichisches Recht und hat der Schiedsrichter mit größtmöglicher Unparteilichkeit vorzugehen. Die Gesellschafter verpflichten sich, in der Generalversammlung entsprechend der Entscheidung des Schiedsmannes abzustimmen. Die Entscheidung ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten im Interesse der Gesellschaft zu fällen. Die Entscheidung ist endgültig und unterliegt, soweit gesetzlich ausschließbar, keinem weiteren Rechtsmittel oder der gerichtlichen Anfechtung. Ein allfälliger Kostenersatz richtet sich nach den Bestimmungen der ZPO für schiedsrichterliche Verfahren. Ausdrücklich ausgenommen von der Zuständigkeit des Schiedsmannes sind folgende Beschlussfassungen:

a) zur Zustimmung hinsichtlich der Übertragung von Geschäftsanteilen;

b) zu Grundlagenbeschlüssen wie insbesondere die Änderungen des Gesellschaftsvertrages einschließlich der Erhöhung und der Herabsetzung des Stammkapitals sowie auch Änderungen betreffend den Unternehmensgegenstand;

c) über die Errichtung eines Aufsichtsrats;

d) über die Ausübung von höchstpersönlichen Rechten eines Gesellschafters sowie

e) Beschlussfassungen gemäß § 35 GmbHG.

...

X. Teilung, Abtretung und Übertragung von Geschäftsanteilen

10.1. Die Übertragung, Teilung und Belastung von Geschäftsanteilen bedarf der Zustimmung der Gesellschaft, die durch Beschluss der Gesellschafter, bei dem auch der abtretungswillige Gesellschafter stimmberechtigt ist, erteilt wird.

10.2. Die Zustimmung nach Punkt 10.1. ist nicht für die gänzliche oder teilweise Übertragung von Geschäftsanteilen an die nachfolgend angeführten Personen bzw Gesellschaften (begünstigter Personenkreis) erforderlich:

10.2.1. Die Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen derselben an Mitgesellschafter wie auch an deren Kinder und Nachkömmlinge im Sinne des § 731 Abs 1 ABGB als auch an den Ehegatten des übertragenden Gesellschafters, sofern im Zeitpunkt der Abtretung die Ehe aufrecht besteht, ist ohne jede Einschränkung zulässig.

10.3. Vor einer Antragstellung des abtretungswilligen Gesellschafters an andere als im Punkt 10.2.1. genannte Personen oder Gesellschaften ist folgendes Verfahren einzuhalten:

a) Der abtretungswillige Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil oder Teil desselben unter Lebenden entgeltlich oder unentgeltlich an andere Personen oder Gesellschaften als im Punkt 10.2.1. beschrieben abtreten will, hat seinen Geschäftsanteil oder Teil desselben vorher seinen Mitgesellschaftern durch Übersendung eines Abtretungsangebotes in Notariatsaktsform mit eingeschriebenem Brief zum Erwerb anzubieten.

²⁷ Skeptisch zur praktischen Umsetzbarkeit Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 71 und 75 f.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle ☐ Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2018 inkl. Onlinezugang und App
(47. Jahrgang 2018, Heft 1-6)

EUR 178,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ☐ ja ☐ nein

Datum/Unterschrift _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53