Anfechtung einer gemischten Schenkung

§ 3 Z 1 AnfO; § 935 ABGB

OGH 18. 10. 2001, 6 Ob 175/01f

77

1. Ein aus entgeltlichem und unentgeltlichem Teil gemischter Vertrag ist nur anzunehmen, wenn bei beiden Vertragspartnern sowohl Schenkungsbewusstsein als auch Schenkungsabsicht (§ 935 ABGB) vorliegen. Letztere ist im Falle eines Notverkaufs grundsätzlich nicht anzunehmen.
2. Die gemischte Schenkung einer Liegenschaft ist entweder zur Gänze anfechtbar oder zur Gänze unanfechtbar. Was zutrifft, bestimmt sich danach, ob der entgeltliche oder der unentgeltliche Teil des Geschäfts überwiegt. Dafür sind sowohl der Grad von Schenkungsabsicht (-bewusstsein) als auch die Höhe des Entgelts maßgebend.
3. Bei der Anfechtung nach § 3 Z 1 AnfO obliegt dem Anfechtungskläger der Beweis für die Vornahme der unentgeltlichen Verfügung durch den Schuldner einschließlich der subjektiven Voraussetzung des Schenkungsbewusstseins, dem Anfechtungsgegner jener für das Vorliegen einer überwiegend entgeltlichen Verfügung.

Haftungsprobleme bei Umwandlung einer GmbH in eine KG

Der Beitrag untersucht die umstrittene Frage, ob bzw in welcher Höhe das Stammkapital einer nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes umgewandelten GmbH als Haftkapital in der Nachfolge-KG fortgeführt werden muss (Kapitalbindung).

MANFRED UMLAUFT

1. DAS PROBLEM

Nach der österreichischen Rechtsordnung kann insb eine Kapitalgesellschaft (AG, GmbH) in eine Personengesellschaft umgewandelt werden („errichtende Umwandlung"). Die handelsrechtlichen Vorschriften finden sich im UmwG,[1]) die steuerrechtlichen im UmgStG.[2]) In der vorliegenden Arbeit geht es um Haftungsprobleme bei der Umwandlung einer GmbH in eine KG, namentlich um Fragen des Gläubigerschutzes.

Die Umwandlung einer GmbH in eine Personengesellschaft *(„errichtende Umwandlung")* ist im § 5 UmwG geregelt. Die §§ 2 bis 4 UmwG (verschmelzende Umwandlung: Übertragung des Unternehmens auf den Hauptgesellschafter) sind auf die errichtende Umwandlung sinngemäß anzuwenden (§ 5 Abs 5 UmwG). Im § 2 Abs 3 UmwG wird auf diverse verschmelzungsrechtliche Bestimmungen im AktG und GmbHG verwiesen, insb auch auf § 226 AktG. Diese Bestimmung dient dem *Schutz der Gläubiger.* Ihnen ist, wenn sie sich binnen 6 Monaten nach Veröffentlichung der Eintragung (der Verschmelzung bzw der Umwandlung) melden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Voraussetzung ist jedoch, dass sie glaubhaft machen, dass die Umstrukturierung ihre Forderung gefährdet.[3]) Nach zutreffender hM ist der Gläubigerschutz im § 226 AktG *nicht abschließend* geregelt. Dies wurde von *Koppensteiner*[4]) und *Harrer*[5]) überzeugend dargetan. Auch der OGH vertritt diese Meinung;[6]) gleichzeitig verlangt er bei der Nachfolgegesellschaft eine Kapitalbindung in gewissem Ausmaß.[7]) Trotz Kritik in der Lehre[8]) hält der

1) Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften, BGBl 1996/304 Art XIV.
2) BGBl 1991/699 idgF.
3) „Nachgeschalteter Schutz": *Kalss,* Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung (1997) § 226 AktG RZ 2; *Harrer,* Haftungsprobleme bei der Umwandlung einer GmbH in eine KG, wbl 2001, 343.
4) Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333f.
5) wbl 2001, 343.
6) SZ 71/42; GesRZ 1998; 6 Ob 27/99k.
7) AA *Artmann,* Das „Ausmaß" der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung; GesRZ 1999, 29f; *Szep,* ecolex 1998, 560f (Entscheidungsbesprechung); *Nowotny,* Kapitalerhaltung bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, RdW 1998, 384f.
Artmann und *Szep* (jeweils aaO) begründen ihre ablehnende Haltung gegenüber der Kapitalbindung ua damit, dass auch bei einer Verschmelzung eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft nicht zwingend zu erfolgen habe (§ 96 Abs 2 GmbHG iVm § 224 AktG). Dieser Vergleich ist aber nur bedingt aussagekräftig: Bei der Verschmelzung muss die übernehmende Gesellschaft – seit OGH 11. 11. 1999, GesRZ 2000, 25 – ein Stammkapital mindestens in Höhe des Stammkapitals der übertragenden Gesellschaft haben, wobei die Kapitalbindung auch durch gebundene Rücklagen herbeigeführt werden kann. Es sei an dieser Stelle nicht verkannt, dass dadurch zwar die Kapitalbindung, die ursprünglich für 2 Gesellschaften separat bestanden hat, nach der Verschmelzung nur noch einmal für die Unternehmen bzw Vermögensmassen beider (vorheriger) Gesellschaften besteht. Aber immerhin: Die Unternehmen bzw Vermögensmassen werden zu einer Einheit verschmolzen, wobei mindestens die bei der übertragenden Gesellschaft bestandene Kapitalbindung erhalten bleibt. Sähe man von einer notwendigen Kapitalbindung bei einer KG (KEG) als Nachfolgegesellschaft ab, so könnte das gebundene Kapital Richtung null tendieren: Man denke an den häufigen Fall, dass als Nachfolgegesellschaft eine GmbH & Co KG gegründet wird, wobei die beitretende Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschaf-

OGH[9]) an dieser Rechtsprechungslinie fest. Da damit Wertungswidersprüche im Zusammenhang mit den Kapitalherabsetzungsvorschriften des GmbH-Gesetzes vermieden werden, hat diese Meinung gute Gründe für sich. Sie wird dieser Arbeit zu Grunde gelegt und nicht weiter untersucht. Ausgehend von dieser Position ist es erforderlich, Gedanken anzustellen, in welcher Weise die berechtigten Interessen der Gläubiger geschützt werden können. Insb geht es um die Frage der Kapitalbindung bei der Nachfolgegesellschaft, zumal die Aussagen des OGH in diesem Punkt teilweise zu korrigieren bzw präzisieren sind.

Das Haftungssystem der GmbH einerseits und der KG andererseits ist grundsätzlich verschieden: Das GmbH-Recht ist geprägt von strengen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungspflichten (§§ 81 f GmbHG).[10]) Die Geschäftsführung haftet für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes; auf die Ersatzansprüche gegenüber den Geschäftsführern kann, soweit diese zur Gläubigerbefriedigung erforderlich sind, rechtswirksam nicht verzichtet werden (§ 25 GmbHG). Demgegenüber sind bei der Personengesellschaft Entnahmen auch über einen festgestellten Gewinn hinaus – bei Einvernehmen der Gesellschafter – zulässig.[11]) Allerdings haftet der Komplementär-Gesellschafter einer Personengesellschaft ohnedies persönlich, solidarisch und unbeschränkt.[12]) Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, führt dies zum Wiederaufleben der Haftung des betreffenden Kommanditisten (§ 172 Abs 4 HGB).[13]) Außerdem haften die geschäftsführenden Gesellschafter nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (Art 7 Nr 3 EVHGB). Schließlich können die Gesellschafter auf Ersatzansprüche wegen fehlerhafter Geschäftsführung rechtswirksam verzichten.[14]) Allerdings wird die soeben aufgezeigte geringere Strenge des Haftungskonzepts der Personengesellschaft – wenigstens teilweise – wieder dadurch ausgeglichen, dass zumindest ein Gesellschafter zwingend für Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt haftet (§ 128 iVm § 161 HGB).

Namentlich wurde im Zusammenhang mit der Umwandlung einer GmbH in eine KG die Frage diskutiert, ob das Haftkapital der KG niedriger sein darf als das Stammkapital der umgewandelten GmbH (siehe 2.). Gläubigerschutzfragen stellen sich in diesem Zusammenhang in zwei Richtungen:

- Muss sich ein Altgläubiger das grundsätzlich andere Haftungssystem der KG gefallen lassen („*qualitativer Haftungsunterschied*")?
- Muss sich ein Altgläubiger gefallen lassen, dass das (gebundene) Stammkapital der umgewandelten GmbH höher war als das (gebundene) Haftkapital bei der Nachfolge-KG („*quantitativer Haftungsunterschied*")?

2. DIE RSP DES OGH

Diese geschilderte Haftungsproblematik hat der OGH in SZ 71/42[15]) aufgegriffen. Zum Entscheidungssachverhalt: Gesellschafter der X-GmbH, welche ein Stammkapital von S 1.000.000,– hatte, waren A mit einer Beteiligung von 0,625%, B mit einer Beteiligung von 18,125% und die S-GmbH mit einer Beteiligung von 81,25%. In der GV der X-GmbH wurde beschlossen, die Gesellschaft errichtend umzuwandeln, indem B, die S-GmbH und eine neu hinzutretende C-GmbH eine GmbH & Co KG (X-KG) gründen. An dieser Nachfolgegesellschaft X-KG waren die C-GmbH als einzige Komplementärin sowie B als Kommanditistin mit einer Einlage von S 18.125,– und die S-GmbH als Kommanditistin mit einer Einlage von S 81.250,– beteiligt. Dem Gesellschafter A wurde eine Abfindung angeboten. Dieser lehnte ab und bekämpfte den Beschluss. Die Anfechtung wurde von A damit begründet, dass sich die übrigen Gesellschafter der GmbH an der X-KG mit einer zu geringen Hafteinlage beteiligt hätten.

Mit dieser Argumentation ist A beim OGH durchgedrungen. Das Höchstgericht führt aus, dass „die Stellung eines Kommanditisten in wesentlichen Punkten derjenigen des Gesellschafters einer Gesellschaft mbH" entspreche, woraus folge, dass sich „die Mehrheitsgesellschafter bei der Umwandlung in eine KG an dieser als Kommanditisten zu beteiligen haben". Da das Gesetz eine Beteiligung „im gleichen Ausmaß" fordere, bedeute dies, dass das Verhältnis der Gesellschafter zueinander gleich bleiben müsse. Weiters steht der OGH auf dem Standpunkt, dass bei der Umwandlung „die Kommanditeinlage der Höhe nach der Stammeinlage entsprechen muß". Bald darauf hat der OGH eine gleich lautende „Umwandlungsentscheidung" getroffen.[16])

---

terin ist, während das Vermögen zu 100% von den Kommanditisten gehalten wird. Würde nun keine Notwendigkeit einer Kapitalbindung bei der Nachfolgegesellschaft gesehen, so könnten die Hafteinlagen zB mit € 1,– pro Gesellschafter ins Firmenbuch eingetragen werden. Dies käme einem kapitalherabsetzenden Effekt gleich. Dieser Fall soll verdeutlichen, dass der Vergleich mit der Verschmelzung – vor allem seit OGH 11. 11. 1999 GesRZ 2000, 25 – nur bedingt aussagekräftig ist.

Artmann (GesRZ 27) untermauert ihre Position auch durch historische Interpretation, indem sie argumentiert, dass der (historische) Gesetzgeber diese Kapitalbindung nicht vor Augen hatte. Dies mag durchaus zutreffen. Nur ist – wie erwähnt – nach Tätigwerden des historischen Gesetzgebers nachgewiesen worden, dass es ohne Kapitalbindung in bestimmten Fällen zu kapitalherabsetzenden Effekten kommt. § 226 AktG könne daher keine abschließende Regelung des Gläubigerschutzes darstellen, andernfalls man in Bezug auf die Kapitalherabsetzungsvorschriften des GmbH-Rechts in einen Wertungswiderspruch käme. Diese zutreffende Argumentation führt dazu, dass die Notwendigkeit der Kapitalbindung das Ergebnis teleologischer Interpretation ist, welche der historischen Auslegung in diesem Falle vorgehen muss.

8) Siehe FN 7.
9) 6 Ob 27/99k.
10) Vgl nur *Kastner/Umfahrer* GmbH[5] Rz 735 ff; *Koppensteiner*, GmbHG[2] § 81 Rz 2 und § 82 Rz 3.
11) *Harrer*, wbl 2001, 344 mwN.
12) *Kastner/Doralt/Nowotny*[5] (1990) 110 ff.
13) *Kastner/Doralt/Nowotny*[5], 154.
14) *Harrer*, wbl 2001, 344.
15) 26. 2. 1998, 6 Ob 335/97a.
16) 19. 5. 1998, 7 Ob 38/98h, GesRZ 1998, 203. Ähnlich auch OGH 6 Ob 27/99k.

3. DIE IN DER LEHRE VERTRETENEN MEINUNGEN

Harrer[17]) erwähnt als zentrales Element des Sicherungssystems des GmbH-Rechts das *generelle Auszahlungsverbot* (Anspruch nur auf den Bilanzgewinn) und eine *Haftung der Gesellschafter*, soweit unzulässige Auszahlungen nicht zurückerlangt werden können. Wird dagegen verstoßen, so haftet primär der betreffende Gesellschafter, der die gesetzwidrige Auszahlung erhalten hat; subsidiär trifft auch die übrigen Gesellschafter eine Haftung hiefür (§ 83 GmbHG). *Harrer*[18]) tritt nunmehr dafür ein, dass dieses Auszahlungsverbot und die diesbezügliche Haftung der Gesellschafter im Wege der Analogie sinngemäß auch für die Nachfolgegesellschaft (KG) gelten. Diese Beschränkung soll mit der Befriedigung des „letzten" Altgläubigers wegfallen. *Hellwig Torggler* hat den Gedanken entwickelt, dass das Haftsummenkapital der Nachfolge-KG der Höhe des Umwandlungskapitals entsprechen müsse.[19])

Harrer[20]) will, solange wenigstens ein Altgläubiger vorhanden ist, die zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechtes analog auf die Nachfolgegesellschaft anwenden. Voraussetzung für eine solche Analogie ist das Vorliegen einer *Regelungslücke*. Es müsste sich also um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung, handeln.[21]) Wenn man bedenkt, dass praktisch jede umzuwandelnde GmbH einen oder mehrere Gläubiger hat, so käme es also bei jeder errichtenden Umwandlung zu dieser analogen Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechtes. Es muss angenommen werden, dass dem Gesetzgeber selbstverständlich bekannt war, dass in der Praxis in fast allen diesen Fällen ein oder mehrere Altgläubiger vorhanden sind. Wenn dennoch eine Regelungslücke – das ist eine dem Gesetzgeber *versehentlich* unterlaufene Unvollständigkeit – angenommen werden sollte, so wäre davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die unterschiedlichen Haftungssysteme der GmbH einerseits sowie der Personengesellschaften andererseits nicht bekannt waren bzw er diese Unterschiede übersehen hätte. Diese Unterschiede sind so gravierend und fundamental, dass dies begründeterweise *nicht* angenommen werden kann. Dazu kommt, dass die analoge Anwendung der GmbH-Vorschriften in diesem Bereich dazu führen müsste, dass die Altgläubiger im Vergleich zu ihrer bisherigen Haftungssituation in der GmbH durch die Umwandlung nicht nur gleich, sondern besser gestellt wären: Ihnen kämen (per analogiam) weiterhin die strengen Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Gesetzes zugute; *zusätzlich* hätten sie aber auch die Möglichkeit, für ihre Forderungen nach Maßgabe des § 226 AktG, dessen Anwendung sich aus § 5 Abs 5 iVm § 2 Abs 3 UmwG ergibt, Befriedigung oder Sicherstellung zu verlangen. Da keinerlei sachliche Begründung für diese *Besserstellung* zu erkennen ist, spricht auch diese Überlegung gegen eine analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Gesetzes auf die Nachfolgegesellschaft.

Die Kritik *Harrers* an der diesbezüglichen Rsp des OGH stieß beim bereits erwähnten Symposium anlässlich des 65. Geburtstages von *Koppensteiner* auf Zustimmung, *nicht* jedoch die vorgeschlagene Lösung der analogen Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechtes auf die Nachfolgegesellschaft.[22])

Gegen den von *Hellwig Torggler*[23]) vertretenen Lösungsansatz, wonach das Haftsummenkapital der KG der Höhe des Umwandlungskapitals der GmbH entsprechen müsse, hat *Harrer*[24]) eingewendet, dass das (hohe) Haftsummenkapital auch nach Befriedigung der Altgläubiger fortbestehen würde. Ferner ergebe sich Ergänzungs- und Konkretisierungsbedarf dann, wenn ein Gesellschafter der GmbH in der neuen KG die Rolle des Komplementärs übernehme; aus diesem Grund könne nicht das gesamte Umwandlungskapital als Haftsummenkapital ausgestaltet werden. ME ist die Meinung *Hellwig Torgglers* überschießend: Das handelsrechtliche Umwandlungskapital, auf das sich *Hellwig Torggler* offenbar bezieht, ergibt sich aus dem Eigenkapital der GmbH, also aus der Summe von Nennkapital, Kapitalrücklagen, Gewinnrücklagen und aus dem nicht ausgeschütteten Bilanzgewinn sowie abzüglich eines allfälligen Bilanzverlustes.[25]) Wenn nun das gesamte Umwandlungskapital in der Nachfolge-KG gebunden werden sollte, so erscheint dies insoweit nicht sachgerecht, als die Gewinnrücklagen und der nicht ausgeschüttete Bilanzgewinn ausschüttungsfähig sind; sie unterliegen also auch in der GmbH *keiner* Kapitalbindung. Andererseits erscheint es problematisch, einen allfälligen Bilanzverlust von dem in der KG zu bindenden Kapital in Abzug zu bringen, da in der GmbH künftige Gewinne zuerst zur Ausgleichung eines Bilanzverlustes zu verwenden und erst in weiterer Folge ausschüttungsfähig sind. Ein vorhandener Bilanzverlust führt also *insoweit* zur Bindung künftiger Gewinne.

Auf die zu diesem Thema vorliegende Rsp des OGH gehe ich sogleich im Zuge der Entwicklung meines Lösungsvorschlags ein.

4. EIGENE MEINUNG

a) QUALITATIVER HAFTUNGS-UNTERSCHIED

§ 5 Abs 1 UmwG sieht vor, dass die GV einer GmbH die Errichtung einer OHG (OEG) oder einer KG (KEG) und zugleich die Übertragung des Vermögens der GmbH auf diese Nachfolgegesellschaft beschließen kann. Inhaltlich fordert das Gesetz le-

17) wbl 2001, 346.
18) wbl 2001, 346.
19) Wie bei *Harrer*, wbl 2001, 347, zu entnehmen ist, hat *Hellwig Torggler* diese Ansicht mündlich anlässlich des zum 65. Geburtstag von *Koppensteiner* abgehaltenen Symposions geäußert.
20) FN 18.
21) *Koziol/Welser*[11] I 26.
22) *Harrer*, wbl 2001, 347.
23) FN 19.
24) wbl 2001, 347.
25) *Harrer*, wbl 2001, 344 unter Hinweis auf *Schwarzinger/Wiesner*, Umgründungssteuer-Leitfaden I[2] (1997) 254 ff.

diglich, dass an diesen Personengesellschaften Personen, deren Anteilsrechte zumindest neun Zehntel des Stammkapitals der GmbH umfassen, „wieder im gleichen Ausmaß als Gesellschafter beteiligt" sind. Da eine Regelungslücke, wie sie *Harrer* seinem Lösungsvorschlag zu Grunde legen muss,[26]) aus den bereits erwähnten Gründen nicht angenommen werden kann, ist also zu folgern, dass der Gesetzgeber das Haftungssystem dieser Personengesellschaften (Nachfolgegesellschaften), obwohl es sich von jenem der GmbH grundsätzlich unterscheidet, toleriert und auf die Nachfolgegesellschaft angewendet wissen will. *Die Altgläubiger müssen sich also diesen* ***„qualitativen Haftungsunterschied"*** *gefallen lassen.* Dazu kommt, dass Altgläubiger, die sich mit dieser neuen Situation nicht abfinden können, gem § 226 AktG (iVm § 5 Abs 5 UmwG), wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind, Befriedigung oder Sicherstellung für ihre Forderungen verlangen können. Somit erscheint diese Regelung des Gesetzgebers durchaus vertretbar und angemessen.

b) QUANTITATIVER HAFTUNGSUNTERSCHIED

Offen ist allerdings die weitere schon gestellte Frage, ob sich die Altgläubiger einen *„quantitativen Haftungsunterschied"* gefallen lassen müssen. MaW: Darf das in der Nachfolgegesellschaft gebundene Kapital niedriger sein als jenes in der umgewandelten GmbH?

aa) Beteiligung „im gleichen Ausmaß"

Zurecht misst der OGH schon aufgrund der Wortinterpretation der Bestimmung des § 5 Abs 1 Satz 2 UmwG, wonach Gesellschafter der umgewandelten GmbH, deren Anteilsrechte neun Zehntel des Stammkapitals umfassen, wieder *im gleichen Ausmaß*[27]) als Gesellschafter an der Nachfolgegesellschaft beteiligt sein müssen, in diesem Zusammenhang gewisse Bedeutung bei. Einerseits beinhaltet diese Norm die Verpflichtung, dass mindestens Gesellschafter mit einer 90%-igen Beteiligung an der umgewandelten GmbH wieder an der Nachfolgegesellschaft beteiligt sind. Bei Einhaltung dieser Schwelle können sich aber – entgegen der Ansicht des OGH[28]) – die Beteiligungsverhältnisse ändern, und zwar einerseits durch Verschiebung unter den schon bisher beteiligten Gesellschaftern, andererseits aber auch durch Übernahme der Anteile von ausscheidenden Gesellschaften; außerdem ist die Aufnahme außenstehender Dritter bis zu einem Beteiligungsausmaß von 10% zulässig.[29]) Diese Meinung wurde insb von *Kastner*[30]) ausführlich begründet, während der die Gegenmeinung vertretende OGH nicht auf die gegenteilige begründete Ansicht eingeht, ja diese nicht einmal erwähnt. Dazu kommt, dass dem Gesetzgeber des Umwandlungsgesetzes 1996 die diesbezüglich idente Rechtslage des Umwandlungsgesetzes 1954 und dessen Auslegung durch *Kastner* bekannt war. Dennoch hat der Gesetzgeber des Jahres 1996 die Bestimmung *unverändert* übernommen. Dem OGH kann daher in dieser Frage nicht gefolgt werden.

Da § 226 AktG nach der hA keine abschließende Regelung des Gläubigerschutzes im Umwandlungsrecht darstellt, ist dem OGH[31]) aber grundsätzlich beizupflichten, wenn er dem gesetzlichen Erfordernis der Beteiligung „im gleichen Ausmaß" (§ 5 Abs 1 Satz 2 UmwG) auch in *quantitativer Hinsicht* Bedeutung beimisst. Teleologische Überlegungen *(Gläubigerschutz)* rechtfertigen dies. Allerdings ist die vom OGH vertretene Meinung überschießend (siehe sogleich).

bb) Die Pflicht- und Hafteinlage bei der KG

Vorerst sind zwei Begriffe auseinander zu halten: Bei der KG sprechen wir einerseits von der *Pflichteinlage* (bedungene Einlage) und andererseits von der *Hafteinlage* (Haftsumme). Unter der Pflichteinlage versteht man jene Einlage, zu deren Erbringung sich der Kommanditist gesellschaftsvertraglich verpflichtet hat.[32]) Nach ihr richtet sich grundsätzlich die Beteiligung.[33]) Hingegen handelt es sich bei der Hafteinlage um jenen Betrag, auf den im Außenverhältnis die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.[34]) Die Pflicht- und Hafteinlage können, müssen aber nicht gleich hoch sein.[35])

Da § 5 Abs 1 UmwG selbst vorsieht, dass auch eine OHG (OEG) als Nachfolgegesellschaft errichtet werden kann, kann diese Wortfolge „im gleichen Ausmaß" nicht nur unter dem Aspekt der Haftsumme (Haftkapital) verstanden werden, da Gesellschafter der OHG (OEG) in unbeschränkter Höhe haften und der Begriff „Haftkapital" dort somit nicht vorkommt; er ist im Personengesellschaftsrecht bei der KG (KEG) angesiedelt.

Die Mindestbeteiligung der Altgesellschafter an der Nachfolgegesellschaft im Ausmaß von mindestens 90% ist daher nach den *Pflichteinlagen* zu beurteilen.

Soweit sich jedoch Gesellschafter der umgewandelten GmbH an der Nachfolgegesellschaft als *Kommanditisten* beteiligen, ist in teleologischer Auslegung (Gläubigerschutz) die Wortfolge „im gleichen Ausmaß" auch in Bezug auf die Haftsumme bedeutsam. Fraglich ist, in welchem Ausmaß bei einer KG (KEG) als Nachfolgegesellschaft die Kapitalbindung in Form des Haftkapitals zu erfolgen hat. Der Ansatz von *Torggler* begegnet den bereits oben dargestellten Bedenken und lässt die Lösung insb für den Fall of-

26) Siehe IV.
27) Hervorhebung durch mich.
28) SZ 71/42; GesRZ 1998, 203.
29) *Kastner*, Zur Auslegung des Umwandlungsgesetzes 1954, in Aufsätze (1982) 374ff. Die Meinung *Kastners* ist deshalb bedeutsam, da die diesbezügliche Bestimmung des Umwandlungsgesetzes 1996 wortgleich ist mit jener des Umwandlungsgesetzes 1954. Ebenso *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 5 UmwG RZ 2; *Artmann*, Das „Ausmaß" der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (1983) 761.
30) Siehe FN 29.
31) Siehe FN 6.
32) *Kastner/Doralt/Nowotny*[5], 149.
33) *Artmann*, GesRZ 1999, 27; *Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB I[2], § 167 Rz 4; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB, § 167 Rz 8.
34) *Kastner/Doralt/Nowotny*[5], 149.
35) *Kastner/Doralt/Nowotny*[5], 149.

fen, dass sich ein persönlich haftender Gesellschafter nicht nur als reiner Arbeitsgesellschafter, sondern auch mit einem Kapitalanteil beteiligt. Aber auch der Ansatz des OGH[36]) ist nur zum Teil richtig und jedenfalls in einem entscheidenden Punkt korrekturbedürftig: In den ersten beiden OGH-E[37]) wird ausgeführt, „daß sich die Mehrheitsgesellschafter bei der Umwandlung in eine KG an dieser als Kommanditisten zu beteiligen haben". Weiters führt der OGH aus, dass eine nicht verhältniswahrende Beteiligung das Umwandlungsrecht nicht vorsehe („im gleichen Ausmaß"). Daraus könne schon nach der grammatikalischen Auslegung gefolgert werden, „daß der Gesetzgeber mit dem Ausmaß auch die Quantität der Beteiligung, also die Höhe der Einlagen im Auge hatte, daß also die Kommanditeinlage der Höhe nach der Stammeinlage entsprechen muß". Dem ist Folgendes entgegen zu halten: Dass sich die Mehrheitsgesellschafter – gemeint sind wohl jene mindestens 90%, welche der Umwandlung zustimmen und sich an der Nachfolgegesellschaft beteiligen müssen – unbedingt als Kommanditisten zu beteiligen haben, kann schon deshalb nicht richtig sein, da im § 5 UmwG ausdrücklich auch die Möglichkeit vorgesehen ist, als Nachfolgegesellschaft eine OHG zu errichten, woran sich schon begrifflich keine Kommanditisten beteiligen können. Aber selbst wenn eine KG als Nachfolgegesellschaft errichtet wird, kann die Position des OGH nicht aufrecht erhalten werden. Beteiligen sich nämlich 100% der „Altgesellschafter" an der Nachfolgegesellschaft – der Beitritt Dritter Personen bis zu einem Ausmaß von 10% ist zwar möglich, aber nicht unbedingt erforderlich –, kann somit mindestens eine Person, nämlich der persönlich haftende Gesellschafter, nicht die Position eines Kommanditisten übernehmen. Da der OGH eine nicht verhältniswahrende Umwandlung als unzulässig[38]) ansieht, kann dieser Komplementär – aus der Sicht des OGH – denkunmöglich reiner Arbeitsgesellschafter sein und muss daher im prozentuellen Ausmaß seiner Beteiligung an der umgewandelten Kapitalgesellschaft auch an der Nachfolgegesellschaft einen Kapitalanteil halten. Somit ist die Aussage des OGH, die „Altgesellschafter" hätten sich an der Nachfolgegesellschaft als Kommanditisten mit einer Hafteinlage in Höhe ihrer bisherigen Stammeinlage zu beteiligen, nicht aufrecht zu erhalten.[39])

cc) Lösungsansatz

Die *Lösung* der Frage, in welchem Ausmaß bei einer Kommanditgesellschaft als Nachfolgegesellschaft das Kapital zu binden ist (Haftkapital), ist mE unter Zugrundelegung der gesetzlichen Möglichkeiten der Gestaltung der Umwandlung einerseits und den Erfordernissen des Gläubigerschutzes andererseits zu suchen.

Vorerst ist zweckmäßig, sich nochmals die bei einer Umwandlung gesetzlich bestehenden *Gestaltungsmöglichkeiten* vor Augen zu führen:

- Als Nachfolgegesellschaft kann eine OHG (OEG) oder KG (KEG) errichtet werden (§ 5 Abs 1 UmwG).
- „Altgesellschafter", deren Anteilsrechte mindestens 90% des Stammkapitals der umgewandelten GmbH halten, müssen im gleichen Ausmaß wieder als Gesellschafter an der Nachfolgegesellschaft beteiligt sein (§ 5 Abs 1 letzter Satz UmwG); untereinander können sie jedoch ihr Beteiligungsverhältnis verändern.[40])

In Bezug auf den *Gläubigerschutz* sind zwei wesentliche Aspekte festzuhalten:

- Das vom GmbH-Recht grundsätzlich verschiedene Haftungskonzept der Personengesellschaft wird vom Gesetzgeber toleriert.
- Hingegen sind aus der Wortfolge „im gleichen Ausmaß" im § 5 UmwG Rückschlüsse auf die Haftung in quantitativer Hinsicht berechtigt.

Diese Grundsätze sind nunmehr auf einen „gemeinsamen Nenner" zu bringen. Es obliegt den Mehrheitsgesellschaftern zu entscheiden, in welcher Rechtsform sie die Nachfolgegesellschaft führen. Entscheiden sie sich für eine OHG (OEG), so kommt eine Kommanditistenbeteiligung und damit eine Kapitalbindung schon begrifflich nicht in Frage. Wird die Nachfolgegesellschaft in der Rechtsform einer KG (KEG) geführt, so ist eine Kapitalbindung bei den persönlich haftenden Gesellschaftern ebenfalls schon begrifflich ausgeschlossen.

Hingegen erscheint die Forderung berechtigt, bei den *Kommanditisten* eine *Kapitalbindung* herbeizuführen. Diese Kapitalbindung geschieht dadurch, dass *Hafteinlagen* der Kommanditisten in entsprechender Höhe vereinbart werden. Um das Ausmaß dieser notwendigen Hafteinlagen bestimmen zu können, ist vorerst das prozentuelle Verhältnis zu ermitteln, in welchem das *Kommanditkapital* (die bedungenen Einlagen) zum *Komplementärkapital* steht, dh zu welchem Prozentsatz sich die Kommanditisten gemeinsam durch ihre bedungenen Einlagen am Gesellschaftskapital beteiligen. Im nächsten Schritt ist jener Teil des Stammkapitals der umgewandelten GmbH zu ermitteln, welcher diesem Prozentsatz (Summe der Beteiligungsquoten sämtlicher Kommanditisten an der Nachfolgegesellschaft) entspricht. Die Höhe der Hafteinlagen der Kommanditisten muss nunmehr mindestens der Höhe dieses Teiles des Stammkapitals der umgewandelten GmbH entsprechen, wobei dieses Haftkapital unter den Kommanditisten – mangels anderer einvernehmlicher Regelung – im Verhältnis ihrer Vermögenseinlagen (bedungenen Einlagen) aufzuteilen ist. Für den restlichen Teil des Stammkapitals kann eine Kapitalbin-

36) SZ 71/42; GesRZ 1998, 203.
37) SZ 71/42; GesRZ 1998, 203.
38) Nach richtiger Ansicht ist jedoch auch die nicht verhältniswahrende Umwandlung zulässig: siehe vorstehend lit a.
39) In dieser Frage scheint der OGH in seiner jüngsten diesbezüglichen Entscheidung (6 Ob 27/99 k) etwas moderater: Es ist nicht mehr direkt die Rede davon, dass sich alle Gesellschafter der umgewandelten GmbH an der Nachfolgegesellschaft als Kommanditisten beteiligen. Aber auch in diesem Erkenntnis wird weiterhin davon gesprochen, dass die Kommanditeinlage der Höhe der Stammeinlage des betreffenden Gesellschafters entsprechen müsse.
40) Siehe FN 29.

dung in der Nachfolgegesellschaft nicht verlangt werden, da dieser Teil auf das Komplementärkapital entfällt, wo es eine Kapitalbindung nicht gibt.

Hiezu ein Beispiel:

Die X-GmbH hat ein Stammkapital von € 100.000,–. An der Gesellschaft sind A mit einer Stammeinlage € 10.000,–, B mit einer Stammeinlage von € 40.000,– und C mit einer Stammeinlage von € 50.000,– beteiligt. Diese Gesellschaft wird in eine KG umgewandelt (errichtende Umwandlung).

Variante I:

Die X-GmbH wird in eine GmbH & Co KG umgewandelt, indem die Y-GmbH Komplementärin wird; sie ist reine Arbeitsgesellschafterin und somit am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt. Die bisherigen Gesellschafter A, B und C beteiligen sich im bisherigen Beteiligungsverhältnis als Kommanditisten. Die Hafteinlagen der Kommanditisten müssen insgesamt mindest € 100.000,– betragen, da 100% des Kapitals von Kommanditisten gehalten wird, sodass die Hafteinlagen (Kapitalbindung) mindestens dem Stammkapital der umgewandelten X-GmbH entsprechen müssen.

Variante II:

Die X-GmbH wird in eine KG umgewandelt, wobei der Gesellschafter A (Beteiligungsquote von 10%) ausscheidet. An seine Stelle tritt der bisher nichtbeteiligte Dritte (D) als Gesellschafter mit einer Beteiligungsquote von ebenfalls 10% ein. B und C verändern ihr Beteiligungsverhältnis: B übernimmt eine 60%ige und C eine 30%-ige Beteiligung. B (60%) wird Komplementär, während sich C (30%) und D (10%) als Kommanditisten beteiligen. Die Kommanditisten halten somit insgesamt 40% des Vermögens, sodass 40% des Stammkapitals der umgewandelten X-GmbH, also € 40.000,–, einer Kapitalbindung zu unterwerfen sind. Die Kommanditisten haben somit Hafteinlagen in Höhe von insgesamt mindestens € 40.000,– zu übernehmen. Diese werden – mangels anderer einvernehmlicher Vereinbarung – von den Kommanditisten im Verhältnis ihrer Vermögenseinlagen (Pflichteinalgen) aufgeteilt, sodass C eine Hafteinlage in Höhe von € 30.000,– und D eine Hafteinlage in Höhe € 10.000,– zu übernehmen hat. Eine einvernehmliche andere Aufteilung der Hafteinlagen unter den Kommanditisten ist, da sie ihr Beteiligungsverhältnis auch sonst ändern können, möglich. Voraussetzung ist nur, dass sie Hafteinlagen in Höhe von insgesamt mindestens € 40.000,– übernehmen.

Allfälligen Bedenken, dass durch diese Lösung das gebundene Kapital bei der Nachfolgegesellschaft geringer ist bzw sein kann als in der umgewandelten GmbH, ist Folgendes entgegen zu halten: Erstens steht dem die persönliche Haftung mindestens eines Komplementärs gegenüber, während es eine solche persönliche Haftung in der umgewandelten GmbH nicht gegeben hat. Zweitens können die Gläubiger bei begründeter Gefährdung Befriedigung oder Sicherstellung verlangen (§ 226 AktG).

Zu erwähnen bleibt noch Folgendes: Im selben Ausmaß, wie jener Teil des Stammkapitals, welcher der Haftsumme entspricht, aufgebracht ist, gelten auch die Hafteinlagen als geleistet. An diesem Umstand ändert sich auch dann nichts, wenn das geleistete Stammkapital – zur Gänze oder teilweise – durch Verluste aufgezehrt wurde; freilich sind dann künftige Gewinne zuerst zur Kompensation der Verluste heranzuziehen bzw lebt, soweit dies nicht erfolgt, die Haftung des Kommanditisten wieder auf. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass es aufgrund der Umwandlung zur *Universalrechtsnachfolge* kommt. Dies schlägt auch auf die Einlagen durch. Daraus erhellt, dass bei der Ermittlung des Haftkapitals der Nachfolge-KG Verlustvorträge der GmbH vom Stammkapital nicht in Abzug gebracht werden dürfen, da künftige Gewinne der Nachfolge-KG vorrangig zur Kompensation der Verluste zu verwenden sind (§ 169 Abs 1 HGB).

Bestehen bei der umzuwandelnden GmbH Rücklagen, wird Folgendes zu gelten haben: Handelt es sich um *freie* Rücklagen, so können diese schon bei der GmbH jederzeit aufgelöst und ausgeschüttet werden. Daraus folgt, dass sie als solche bei der Nachfolge-KG weitergeführt werden können, aber nicht müssen; sie unterliegen keiner Bindung. *Gebundene* Rücklagen sind in der Nachfolgegesellschaft fortzuführen (Universalrechtsnachfolge). Eine Umwandlung in Haftkapital muss mE aber nicht erfolgen, zumal sie auch in der GmbH nicht als Stammkapital ausgewiesen waren.

ZUM THEMA

Wird bei der Umwandlung einer GmbH als Nachfolgegesellschaft eine KG gegründet, so hat bei den Kommanditisten eine Kapitalbindung zu erfolgen, indem Hafteinlagen der Kommanditisten in der erforderlichen Höhe vereinbart werden. Um das Mindestausmaß dieses Haftkapitals festzustellen, ist der Prozentsatz zu ermitteln, mit welchem alle Kommanditisten durch ihre bedungenen Einlagen gemeinsam am Gesellschaftskapital beteiligt sind; der diesem Prozentsatz entsprechende Teil des Stammkapitals der umgewandelten GmbH ist der Kapitalbindung zu unterwerfen.

5. EXKURS: UMWANDLUNG EINER AG

Diese Grundsätze können auf die Umwandlung einer AG nicht ohne weiteres angewendet werden, da insb die Kapitalherabsetzung im AktG (§ 178) grundsätzlich anders geregelt ist als jene im GmbHG (§§ 54 ff). Dies kann die Notwendigkeit der Kapitalbindung im Zuge der Umwandlung einer AG in einem anderen Licht erscheinen lassen. Die Frage bedarf daher einer eigenen Untersuchung.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

1. Wird eine GmbH nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes in eine Personengesellschaft umgewandelt, müssen sich die Altgläubiger den damit verbundenen „qualitativen Haftungsunterschied" gefallen lassen. Sie können jedoch gem § 5 Abs 5 UmwG iVm § 226 AktG Befriedigung oder Sicherstellung für ihre Forderungen verlangen, wenn die im § 226 AktG genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

2. § 226 AktG stellt keine abschließende Regelung des Gläubigerschutzes im Umwandlungsrecht dar.

3. Wird als Nachfolgegesellschaft eine KG gegründet, so hat bei den Kommanditisten eine Kapitalbindung zu erfolgen, indem Hafteinlagen der Kommanditisten in entsprechender Höhe vereinbart werden. Um das mindestens nötige Ausmaß dieses Haftkapitals festzustellen, ist der Prozentsatz zu ermitteln, mit welchem alle Kommanditisten gemeinsam durch ihre bedungenen Einlagen am Gesellschaftskapital beteiligt sind. Der diesem Prozentsatz entsprechende Teil des Stammkapitals der umgewandelten GmbH ist einer Kapitalbindung zu unterwerfen, indem die Hafteinlagen der Kommanditisten mindestens diesem Betrag entsprechen. Mangels anderer Vereinbarung übernehmen die Kommanditisten diese Hafteinlagen im Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung (bedungene Einlagen). Für den restlichen Teil des Stammkapitals kann eine Kapitalbindung in der Nachfolgegesellschaft nicht verlangt werden, da dieser Teil auf das Komplementär-Kapital entfällt, wo es eine Kapitalbindung naturgemäß nicht gibt. Folglich kann es auch bei einer OHG (OEG) als Nachfolgegesellschaft zu keiner Kapitalbindung kommen.

4. Diese Grundsätze können auf die Umwandlung einer AG nicht ohne weiteres angewendet werden.

Rekurslegitimation gegen die Bestellung eines Notgeschäftsführers

§ 15a GmbHG; § 14 AußStrG

OGH 18. 10. 2001, 6 Ob 252/01d, 6 Ob 253/01a

78

Die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch Gerichtsbeschluss wird bereits mit der Zustimmung des Bestellten wirksam. Sein Entlohnungsanspruch entsteht dem Grunde nach schon mit der Annahme der Bestellung. Endet das Amt des Notgeschäftsführers bereits vor Entscheidung über die Rekurse (der GmbH und der Gesellschafterin) gegen den Bestellungsbeschluss, so fehlt es an der für die Zulässigkeit des Rechtsmittels erforderlichen Beschwer. Die der Gesellschaft durch die Notgeschäftsführung allenfalls entstandenen Kosten können auch durch eine nachträgliche Abänderung des Bestellungsbeschlusses nicht mehr vermieden werden.

Aus der Begründung:

Die Beschwer des Rechtsmittelwerbers bildet nach stRsp (auch im außerstreitigen Verfahren) eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels (RIS-Justiz RS0006598); sie muss noch im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung gegeben sein (SZ 70/81; RIS-Justiz RS0041770), fehlt jedoch, wenn die angefochtene E nicht in die Rechtsstellung des Rechtsmittelwerbers eingreift oder nur abstrakte theoretische Bedeutung hat (6 Ob 235/00b; RIS-Justiz RS0041770).

Die Auffassung des Rekursgerichts, das eine Beschwer der Ges und ihrer Gesellschafterin im Zusammenhang mit der Bestellung eines Notgeschäftsführers deshalb verneint hat, weil dessen Amt bereits vor Entscheidung über die Rekurse gegen den Bestellungsbeschluss geendet hatte, steht mit dieser Rsp in Einklang. Der Umstand, dass die Ges verpflichtet ist, die Kosten allfälliger Vertretungshandlungen des Notgeschäftsführers zu tragen (RdW 2000, 476/446 = GesRZ 2000, 176), kann ein Rechtsschutzinteresse im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Bestellungsbeschlusses schon deshalb nicht begründen, weil die Bestellung des Notgeschäftsführers bereits mit der Zustimmung des Bestellten wirksam wurde (*Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht I[2] Rz 2/62; *Koppensteiner,* GmbHG[2] Rz 12 zu § 15a; *Kostner/Umfahrer,* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[5] Rz 201; *Wünsch,* Der Notgeschäftsführer iSd § 15a GmbHG, GesRZ 1985, 157 [160]; *Strasser* in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG[3] Rz 23 zum insoweit gleich lautenden § 76 AktG). Der Notgeschäftsführer war daher ab diesem Zeitpunkt zur Vertretung der Ges berechtigt. Sein Entlohnungsanspruch entstand dem Grunde nach schon mit der Annahme der Bestellung (RdW 2000, 476/446 = GesRZ 2000, 176). Die der Ges dadurch allenfalls entstandenen Kosten könnten auch durch eine nachträgliche Abänderung des Bestellungsbeschlusses (und Abweisung des Antrages auf Notgeschäftsführerbestellung) nicht mehr vermieden werden.

Aufsichtsratsermächtigung zur Änderung der Fassung der Satzung

§ 145 Abs 1 AktG

OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 221/01w

79

Der Aufsichtsrat kann zur Änderung der Fassung der Satzung ermächtigt werden, keinesfalls aber zu inhaltlichen Abänderungen des in sachlicher Hinsicht unverändert bleibenden Verbandstatuts. Wird eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien sowie im Zusammenhang mit dieser Kapitalerhöhung eine Satzungsänderung beschlossen, wobei im Gegensatz zum Beschluss auf Erhöhung des Grundkapitals die geänderte Satzung keinen Hinweis auf die Stimmrechtslosigkeit der Vorzugsaktien enthält, so kann die Satzung nicht durch Aufsichtsratsbeschluss richtig gestellt werden. Dies würde über die Ermächtigung des Aufsichtsrats zur formellen Satzungsänderung hinausgehen. Die Ergänzung der Satzung betrifft nicht nur die „Fassung" der Satzung iSd § 145 Abs 1 AktG. Den Irrtum bei der Formulierung der Satzungsänderung müsste das zuständige Gesellschaftsorgan, also die Hauptversammlung, korrigieren.

Anmerkung:

Jede Satzungsänderung bedarf eines Hauptversammlungsbeschlusses. Die Befugnis zu Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann die Hauptversammlung jedoch gem § 145 Abs 1 S 2 AktG dem Aufsichtsrat übertragen. Offen blieb die Frage, ob – was vom Rekursgericht verneint wurde – die Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Satzungsänderung schon in der Gründungssatzung wirksam verfügt werden kann. Dem Rekursgericht zufolge liege eine Ermächtigung gem § 145 Abs 1 AktG zur Änderung der Fassung der Satzung nicht vor, wenn diese lediglich in der Gründungssatzung vorgesehen sei. Nach hM kann die Ermächtigung nicht nur im Einzelfall, sondern allgemein erteilt werden. Strittig ist jedoch, ob diese generelle Ermächtigung des Aufsichtsrates zur formellen Satzungsänderung ausschließlich der HV zusteht, oder aber auch bereits in der Gründungssatzung vorgesehen werden kann (bejahend Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht[5] 304; Hämmerle/Wünsch[3] II 326 FN 4; verneinend Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG[3], § 145 Rz 5aE). Da nach hA die Ermächtigung auch allgemein erteilt werden kann, sprechen die besseren Gründe dafür, eine generelle Ermächtigung bereits in der Satzung zuzulassen (so auch die hM zu der identen Bestimmung des § 179 Abs 1 dAktG; siehe Wiedemann in dAktG-Komm[4] § 179 Rz 108; aA Zöllner in Kölner Komm zum dAktG[2] § 179 Rz 148 mwN zur hM).

Jörg Zehetner

Firmenbuchgerichte nicht vorlageberechtigt

Art 234 EG; §§ 277 ff, 283 HGB

EuGH 15. 1. 2002, C-182/00, – Lutz GmbH –

80

Zur Beurteilung, ob die vorlegende Einrichtung ein „Gericht" iSd Art 234 EG ist, ist auf eine Reihe von Gesichtspunkten, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit, abzustellen. Nationale Gerichte können den EuGH nur anrufen, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt. Wenn die vorlegende Einrichtung als Verwaltungsbehörde handelt, kann somit selbst dann, wenn sie die übrigen Voraussetzungen erfüllt, nicht davon ausgegangen werden, dass sie eine Rechtsprechungstätigkeit ausübt. Das Führen eines Handels- und Gesellschaftsregisters stellt keine Rechtsprechungstätigkeit dar. Folglich ist der EuGH nicht zuständig, über Fragen zu entscheiden, die ein Landesgericht im Rahmen der Führung des Handels- und Gesellschaftsregisters stellt.

Anmerkung:

Gemäß Art 234 EG kann ein Gericht die Vorabentscheidung des EuGH über die Auslegung des EG beantragen, wenn es die Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält. Letztinstanzliche Gerichte sind zur Vorlage sogar verpflichtet. Fraglich ist vielfach, ob bestimmten Einrichtungen (hier Firmenbuchgerichten) die Eigenschaft eines „Gerichtes" iSd Art 234 zukommt. Im gegenständlichen Verfahren wurde dies verneint. Die Zurückweisung (Ausspruch der Unzuständigkeit) der dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen ist nicht sonderlich überraschend, da der EuGH erst jüngst seine Unzuständigkeit hinsichtlich der vom Amtsgericht Heidelberg vorgelegten Fragen zur Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit (Stichwort: „Centros"; in concreto ging es um die Frage der Eintragungsfähigkeit der Sitzverlegung einer deutschen GmbH nach Spanien) mit der Begründung ausgesprochen hat, dass das AG Heidelberg im Ausgangsverfahren, das eine Handelsregistereintragung betrifft, eine Tätigkeit ausübt, die keinen Rechtsprechungscharakter hat (EuGH 10. 7. 2001, C-86/00, ABl 2001 C 289/7 vom 13. 10. 2001 = NZG 2001, 1027). Das selbe Schicksal hat am 22. 1. 2002 das vom LG Salzburg eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren (27. 11. 2000, FN 201579s, 24 Fr 13697/00v, ZIP 2001, 460; EuGH C-447, Holto Limited, ABl 2001 C 28/46) hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit der Zweigniederlassung einer „pseudo foreign company" (englische private limited company ohne Geschäftstätigkeit in England; siehe hiezu Zehetner, Vorabentscheidungsverfahren: Verstößt die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit? ecolex 2001, 449) erlitten. Auffallend ist im gegenständlichen Verfahren allerdings, dass der EuGH vor dem Ausspruch der Unzuständigkeit noch ein aufwändiges Verfahren inkl Anhörung der mündlichen Ausführungen der Lutz GmbH und der Schlussanträge des Generalanwalts durchgeführt hat.

Das LG Wels hatte das Zwangsstrafenverfahren gegen die Geschäftsführer der Firma Lutz GmbH, die sich weigerten, den Jahresabschluss gem §§ 277 ff HGB offen zu legen, unterbrochen und dem EuGH fünf Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit der den Offenlegungsbestimmungen der §§ 277 ff HGB zugrunde liegenden Richtlinienbestimmungen (Art 2 Abs 1 lit f der 1. GesellschaftsRL und Art 47 der 4. GesellschaftsRL) mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten (allgemeiner Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit, Grundrecht auf Eigentum, Grundrecht auf Freiheit) unterbreitet, wobei der Zwang zur Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen mehrfach hervorgehoben wurde (9. 2. 2000, 27 Fr 1195/99g, FN 92165m; siehe hiezu Weh, Die Bilanzoffenlegung und der Datenschutz – Ein Rechtsprechungszwischenbericht, GesRZ 2001, 18).

Die Grundrechts- und Europarechtskonformität der Offenlegungsbestimmungen der §§ 277 ff HGB war in jüngerer Vergangenheit vielfach Gegenstand von OGH-Entscheidungen. Der OGH hat dabei wiederholt unter Hinweis auf das „Daihatsu-Urteil" des EuGH ausgesprochen, dass kein Zweifel daran beste-

hen kann, dass die in der Ersten und Vierten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie normierten Offenlegungspflichten vertrags- und grundrechtskonform sind. Folglich hat der OGH auch die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens stets abgelehnt (siehe OGH 9. 3. 2000, 6 Ob 5/00 d, ecolex 2001/80, 207 [Zehetner unter Hinweis auf sämtliche OGH-Entscheidungen, die bis zu diesem Zeitpunkt hiezu ergangen sind]; Gruber, Neues zur Bilanzpublizität – Betrachtungen zu OGH 9. 3. 2000, 6 Ob 14/00 b, wbl 2000, 251).

Schließlich wurde mehrfach versucht, unter Hinweis auf die Einleitung des gegenständlichen Vorabentscheidungsverfahrens eine Unterbrechung von anderen Zwangsstrafenverfahren zu erreichen. Der OGH hat dies stets (erstmals OGH 17. 1. 2001, 6 Ob 306/00 v, ecolex 2001/145, 455 [Zehetner]) unter Hinweis darauf, dass ein Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts nicht alle übrigen Gerichte (und schon gar nicht den OGH) binde, abgelehnt. Einem Vorabentscheidungsersuchen kommt keine derart weit reichende Unterbrechungswirkung zu.

Jörg Zehetner

Siehe dazu den Beitrag von *Burgstaller,* in diesem Heft S 219 ff.

Zwangsstrafenhöhe: Prinzip des gelindesten Mittels

§§ 277 ff, 283 HGB

OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 198/01 p
OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 199/01 k
OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 200/01 g
OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 201/01 d
OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 213/01 v
OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 214/01 s
OGH 29. 11. 2001, 6 Ob 215/01 p
81

Die Zwangsstrafen zur Erzwingung der Offenlegung des Jahresabschlusses sind innerhalb des gesetzlichen Rahmens (S 50.000,–; jetzt: € 3600,–) so zu bemessen, dass einerseits die Gesellschaft und ihre Geschäftsführer (Vorstandsmitglieder) nicht über Gebühr belastet werden, die Zwangsstrafe aber andererseits doch so hoch bemessen wird, dass die Erzwingung der Offenlegung wahrscheinlich erscheint.

Aus der Begründung:

Die Vorinstanzen haben wegen Verletzung der Offenlegungsvorschrift des § 277 HGB die im § 283 HGB vorgesehene Höchststrafe verhängt. Diese Gesetzesstelle sieht Zwangsstrafen „bis zu 50.000 S" vor. Nach § 283 Abs 2 HGB ist bei weiterer Säumigkeit der Geschäftsführer innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Strafbeschlusses eine weitere Zwangsstrafe bis zu S 50.000,– zu verhängen und der Strafbeschluss zu veröffentlichen. Eine wiederholte Verhängung von Zwangsstrafen ist zulässig. Grundsätzlich hängt die Ausmessung der Strafhöhe von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (6 Ob 306/00 v). Ob eine Ausschöpfung des Höchstmaßes schon anlässlich der Erstverhängung zulässig ist (ablehnend *Zehetner,* Folgen der Nichtoffenlegung des Jahresabschlusses, ecolex 1998, 482), muss hier nicht abschließend beurteilt werden. Jedenfalls müssten besondere Gründe für eine solche Ausschöpfung vorliegen. Aus dem gebotenen stufenweisen Vorgehen zur Erzwingung der Offenlegung und dem primären, nach Meinung des Verfassungsgerichtshofs (G 60/99 ua) sogar ausschließlichen Beugezweck der Zwangsstrafen ist das Prinzip des gelindesten Mittels abzuleiten (6 Ob 177/00 y; 6 Ob 275/00 h). In vielen Fällen wird schon die Androhung der Zwangsstrafe genügen, um die Kapitalgesellschaft zur Offenlegung zu veranlassen. Bei ihrer Säumigkeit hat das Firmenbuchgericht eine Strafe innerhalb des gesetzlichen Rahmens so zu bemessen, dass einerseits die Gesellschaft und ihre Geschäftsführer (Vorstandsmitglieder) nicht über Gebühr belastet werden, die Zwangsstrafe aber andererseits doch so hoch bemessen wird, dass die Erzwingung der Offenlegung wahrscheinlich erscheint. Für die Verhängung der Höchststrafe schon bei der Erstverhängung müssen daher ebenfalls besondere Gründe für die Einschätzung vorliegen, dass nur die sofortige Ausschöpfung des Strafrahmens und die Androhung der Wiederholung der Höchststrafe den Druck ausüben könnten, den die stufenweise zu verhängenden Beugemittel erzeugen sollen, damit der gesetzlichen Offenlegungspflicht entsprochen wird. Derartige Gründe sind derzeit aber nicht aktenkundig. Die Strafen sind daher zu reduzieren [auf je S 10.000,– für jedes Vorstandsmitglied bzw jeden Geschäftsführer].

Lukas/Zetter
Rechnungslegungsgesetz mit Ergänzungsblättern 2002

Das Werk inklusive Ergänzungsblätter bietet eine aktualisierte Darstellung der in Österreich maßgebenden Rechnungslegungsvorschriften und die wichtigsten deutschen bilanzrechtlichen Vorschriften sowie alle einschlägigen EG-Richtlinien in der geltenden Fassung.

Komplettwerk mit Ergänzungsblättern 2002. 750 Seiten. Geb. EUR 118,– ATS 1.623,80 ISBN 3-214-03607-6

MANZ