

# TE OGH 2003/5/22 8Ob114/02a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.05.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer, Dr. Spenling, Dr. Kuras und Dr. Lovrek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Mondl & Partner, Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei Insolvenzverwaltung H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* als Masseverwalterin im Konkurs der H\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Friedrich Fromherz, Rechtsanwalt in Linz, wegen Feststellung einer Konkursforderung (Streitwert EUR 72.672,83), infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 18. März 2002, GZ 1 R 231/01y-12, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 19. Juli 2001, GZ 4 Cg 111/01p-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil wieder hergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 2.572,84 (darin EUR 428,81 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit EUR 6.099,92 (darin EUR 308,82 USt, EUR 4.247,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist Komplementärin einer die gleichen Firmenbestandteile wie die Klägerin aufweisenden Kommanditgesellschaft. Diese KG schloss mit der nunmehrigen Gemeinschuldnerin, einem Bauunternehmen, (im Folgenden: Gemeinschuldnerin) einen (nicht datierten) "Vertrag über die Beteiligung an Joint Venture-Investitionen und Gewinnen in Ungarn":

Gemäß Punkt I. ("Das Anliegen des Vertrages") stellt die KG der Gemeinschuldnerin Risikokapital zum Erwerb bzw zur Finanzierung von Beteiligungen an Bauunternehmungen im ehemaligen Ostblock zur Verfügung. Die Gemeinschuldnerin beteiligt dafür die KG an den Gewinnen dieser Gesellschaften (Abs 1). Gegenstand dieses Vertrages sind zwei näher bezeichnete ungarische Bauunternehmen, die sich im Eigentum einer Beteiligungsgesellschaft befinden. Die Beteiligungsgesellschaft wird noch im Jahr 1991 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden, an der dann die Gemeinschuldnerin Alleingesellschafterin (Alleinaktionär) sein wird (Abs 2). Zum Erwerb der Bauunternehmen wurden im Rahmen der Beteiligungsgesellschaft insgesamt öS 80,961.659,65 aufgewendet. Mit diesem Betrag scheinen die Bauunternehmen im Anlagevermögen der Beteiligungsgesellschaft auf (Abs 3). Von der KG wird eine feste Verzinsung des investierten Kapitals garantiert (Abs 4). Die KG erklärt über die näheren Umstände und Modalitäten, die zum Erwerb der Bauunternehmen führten, unterrichtet zu sein. Die Gemeinschuldnerin verpflichtet

sich, die KG unverzüglich von allen die Baufirmen betreffenden Vorgängen, zu unterrichten, die auf die Höhe der Beteiligungserträge Einfluss haben (Abs 5). Gemäß Punkt römisch eins. ("Das Anliegen des Vertrages") stellt die KG der Gemeinschuldnerin Risikokapital zum Erwerb bzw zur Finanzierung von Beteiligungen an Bauunternehmen im ehemaligen Ostblock zur Verfügung. Die Gemeinschuldnerin beteiligt dafür die KG an den Gewinnen dieser Gesellschaften (Absatz eins.). Gegenstand dieses Vertrages sind zwei näher bezeichnete ungarische Bauunternehmen, die sich im Eigentum einer Beteiligungsgesellschaft befinden. Die Beteiligungsgesellschaft wird noch im Jahr 1991 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden, an der dann die Gemeinschuldnerin Alleingesellschafterin (Alleinaktionär) sein wird (Absatz 2.). Zum Erwerb der Bauunternehmen wurden im Rahmen der Beteiligungsgesellschaft insgesamt öS 80.961.659,65 aufgewendet. Mit diesem Betrag scheinen die Bauunternehmen im Anlagevermögen der Beteiligungsgesellschaft auf (Absatz 3.). Von der KG wird eine feste Verzinsung des investierten Kapitals garantiert (Absatz 4.). Die KG erklärt über die näheren Umstände und Modalitäten, die zum Erwerb der Bauunternehmen führten, unterrichtet zu sein. Die Gemeinschuldnerin verpflichtet sich, die KG unverzüglich von allen die Baufirmen betreffenden Vorgängen, zu unterrichten, die auf die Höhe der Beteiligungserträge Einfluss haben (Absatz 5.).

Gemäß Punkt II. ("Investitionsbeteiligung und Gewinnbeteiligung") garantiert die KG der Gemeinschuldnerin ab dem Jahre 1991 einen "anteilmäßigen theoretischen Erfolg" der Bauunternehmen in der jährlichen Höhe von öS 8 Mio. Der "theoretische Erfolg" der Bauunternehmen ist definiert als: Unversteuerter Gewinn der Bauunternehmen + direkte Vergütungen der Bauunternehmen für Beratungsleistungen der Gemeinschuldnerin oder der Beteiligungsgesellschaft (bzw für Beratungsleistungen von Unternehmen, die im Einflussbereich der Gemeinschuldnerin stehen), soweit sie 3 % des Umsatzes übersteigen +/- konzerninterne Sanierungsmaßnahmen + alle von den Bauunternehmen bezahlten Ergebnissteuern + eventuell von den Bauunternehmen vorgenommene gewinnmindernde Maßnahmen (vgl österr. EStG §§ 8 bis 12), die tatsächlich keinen wirtschaftlichen Aufwand zur Folge haben. Der "anteilmäßige theoretische Erfolg" ist jener Anteil des "theoretischen Erfolgs", der der Beteiligungsgesellschaft auf Grund ihrer Beteiligung gemäß Punkt I. Abs 3 zustehen würde (Abs 1). Der gemäß Abs 1 garantierte Betrag ist bis spätestens 30. 12. des jeweiligen Jahres als Akontozahlung in voller Höhe zur Zahlung an die Gemeinschuldnerin fällig (Abs 2). Der Erfolg der Bauunternehmen wird getrennt ermittelt und deren Summe (weitere Ergebniswert genannt) wird bis spätestens 30. 4. des jeweiligen Folgejahres an die KG ausbezahlt (Abs 5). Die Gemeinschuldnerin verpflichtet sich, unter Ausschöpfung aller rechtlichen und faktischen Möglichkeiten, darauf Einfluss zu nehmen, dass die Bauunternehmen ihre Gewinne - soweit dies die ungarischen Rechtsnormen zulassen - nach österreichischen Bilanzierungsgrundsätzen ermitteln (Abs 7). Gemäß Punkt römisch II. ("Investitionsbeteiligung und Gewinnbeteiligung") garantiert die KG der Gemeinschuldnerin ab dem Jahre 1991 einen "anteilmäßigen theoretischen Erfolg" der Bauunternehmen in der jährlichen Höhe von öS 8 Mio. Der "theoretische Erfolg" der Bauunternehmen ist definiert als: Unversteuerter Gewinn der Bauunternehmen + direkte Vergütungen der Bauunternehmen für Beratungsleistungen der Gemeinschuldnerin oder der Beteiligungsgesellschaft (bzw für Beratungsleistungen von Unternehmen, die im Einflussbereich der Gemeinschuldnerin stehen), soweit sie 3 % des Umsatzes übersteigen +/- konzerninterne Sanierungsmaßnahmen + alle von den Bauunternehmen bezahlten Ergebnissteuern + eventuell von den Bauunternehmen vorgenommene gewinnmindernde Maßnahmen (vergleiche österr. EStG Paragraphen 8 bis 12), die tatsächlich keinen wirtschaftlichen Aufwand zur Folge haben. Der "anteilmäßige theoretische Erfolg" ist jener Anteil des "theoretischen Erfolgs", der der Beteiligungsgesellschaft auf Grund ihrer Beteiligung gemäß Punkt römisch eins. Absatz 3, zustehen würde (Absatz eins.). Der gemäß Absatz eins, garantierte Betrag ist bis spätestens 30. 12. des jeweiligen Jahres als Akontozahlung in voller Höhe zur Zahlung an die Gemeinschuldnerin fällig (Absatz 2.). Der Erfolg der Bauunternehmen wird getrennt ermittelt und deren Summe (weitere Ergebniswert genannt) wird bis spätestens 30. 4. des jeweiligen Folgejahres an die KG ausbezahlt (Absatz 5.). Die Gemeinschuldnerin verpflichtet sich, unter Ausschöpfung aller rechtlichen und faktischen Möglichkeiten, darauf Einfluss zu nehmen, dass die Bauunternehmen ihre Gewinne - soweit dies die ungarischen Rechtsnormen zulassen - nach österreichischen Bilanzierungsgrundsätzen ermitteln (Absatz 7.).

Nach Punkt III. ("Veränderungen des Beteiligungsportfolios") kann die Gemeinschuldnerin die Beteiligung an dem Bauunternehmen vermindern oder erhöhen. Dabei berührt eine Anhebung weder den der Garantie zugrunde liegenden Betrag (vgl Punkt I. Abs 3), noch die Garantieleistung (vgl Punkt II. Abs 1). Eine Verminderung führt zu einer entsprechenden Herabsetzung beider Werte. Bei einem Verkauf von Beteiligungen an dem Bauunternehmen gebühren 90 % des über den Nominalwert hinausgehenden Verkaufserlöses der KG (Abs 1). Vermindert die Gemeinschuldnerin Beteiligungen im Sinne dieser Vereinbarung und erwirbt dafür Beteiligungen an anderen

Unternehmen in der Höhe des Nominales der Herabsetzung, so berührt dies den Garantiebetrug nicht, wenn die KG dem schriftlich zustimmt (Abs 2). Nach Punkt römisch III. ("Veränderungen des Beteiligungsportfolios") kann die Gemeinschuldnerin die Beteiligung an dem Bauunternehmen vermindern oder erhöhen. Dabei berührt eine Anhebung weder den der Garantie zugrunde liegenden Betrag (vergleiche Punkt römisch eins. Absatz 3.), noch die Garantieleistung (vergleiche Punkt römisch II. Absatz eins.). Eine Verminderung führt zu einer entsprechenden Herabsetzung beider Werte. Bei einem Verkauf von Beteiligungen an dem Bauunternehmen gebühren 90 % des über den Nominalwert hinausgehenden Verkaufserlöses der KG (Absatz eins.). Vermindert die Gemeinschuldnerin Beteiligungen im Sinne dieser Vereinbarung und erwirbt dafür Beteiligungen an anderen Unternehmen in der Höhe des Nominales der Herabsetzung, so berührt dies den Garantiebetrug nicht, wenn die KG dem schriftlich zustimmt (Absatz 2.).

Gemäß Punkt IV. ("Kontrollrechte") sagt die Gemeinschuldnerin als (künftiger) Aktionär der Beteiligungs-AG der KG zu, alle rechtlichen und faktischen Vorkehrungen zu treffen, damit eine von der KG namhaft zu machende fachlich geeignete und vertrauenswürdige Person in den Aufsichtsrat der Beteiligungs-AG gewählt wird (Abs 1). Die Gemeinschuldnerin wird weiters alle rechtlichen und faktischen Vorkehrungen treffen, damit die KG zur Aufstellung des Jahresabschlusses der Beteiligungsgesellschaft sowie der Bauunternehmen hinzugezogen wird (Abs 2). Die Gemeinschuldnerin wird bei der Ausübung von Bewertungswahlrechten die Interessen der KG mitberücksichtigen. Bei eventuell dennoch auftretenden Differenzen wird der von der KG gewählte Bewertungsansatz zumindest für die Ermittlung des Gewinnanteils der KG herangezogen (Abs 3). Gemäß Punkt V. ("Vertragsdauer") gilt der Vertrag ab Unterfertigung. Er ist bereits auf das im Zeitpunkt der Unterzeichnung laufende Geschäftsjahr anwendbar (Abs 1). Der Vertrag ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Jahresende von jedem Vertragsteil schriftlich gekündigt werden, wobei diese Kündigung für die Gemeinschuldnerin erstmals zum 31. 12. 2003 möglich ist (Abs 2). Sollte die Gemeinschuldnerin den bestimmenden Einfluss in der Beteiligungsgesellschaft verlieren (d.h. weniger als 50 % der Stimmrechte besitzen), so steht es der KG frei, diesen Vertrag sofort zu kündigen, wobei die Garantieleistung und die Erfolgsbeteiligung für das Jahr, in dem die Auflösung erfolgt, aliquot berechnet werden. Der KG stehen für diesen Fall zusätzlich öS 15 Mio als Schadenersatz zu (Abs 3). Das Recht jedes Vertragsteiles, den gegenständlichen Vertrag aus wichtigem Grund, der eine weitere Einhaltung unzumutbar macht, aufzulösen, bleibt davon unberührt (Abs 4). Keine zur vorzeitigen Auflösung berechtigenden wichtigen Gründe sind von den Vertragsteilen nicht vorhergesehene und/oder nicht vorhersehbare, negative oder positive Entwicklungen der Ertragslage bei den Bauunternehmen. Kein wichtiger Grund liegt ferner im Umstand von Zahlungsschwierigkeiten eines Vertragspartners, sofern diese nach vernünftigem kaufmännischem Ermessen voraussichtlich vorübergehender Natur sind (Abs 5). Gemäß Punkt römisch IV. ("Kontrollrechte") sagt die Gemeinschuldnerin als (künftiger) Aktionär der Beteiligungs-AG der KG zu, alle rechtlichen und faktischen Vorkehrungen zu treffen, damit eine von der KG namhaft zu machende fachlich geeignete und vertrauenswürdige Person in den Aufsichtsrat der Beteiligungs-AG gewählt wird (Absatz eins.). Die Gemeinschuldnerin wird weiters alle rechtlichen und faktischen Vorkehrungen treffen, damit die KG zur Aufstellung des Jahresabschlusses der Beteiligungsgesellschaft sowie der Bauunternehmen hinzugezogen wird (Absatz 2.). Die Gemeinschuldnerin wird bei der Ausübung von Bewertungswahlrechten die Interessen der KG mitberücksichtigen. Bei eventuell dennoch auftretenden Differenzen wird der von der KG gewählte Bewertungsansatz zumindest für die Ermittlung des Gewinnanteils der KG herangezogen (Absatz 3.). Gemäß Punkt römisch fünf. ("Vertragsdauer") gilt der Vertrag ab Unterfertigung. Er ist bereits auf das im Zeitpunkt der Unterzeichnung laufende Geschäftsjahr anwendbar (Absatz eins.). Der Vertrag ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Jahresende von jedem Vertragsteil schriftlich gekündigt werden, wobei diese Kündigung für die Gemeinschuldnerin erstmals zum 31. 12. 2003 möglich ist (Absatz 2.). Sollte die Gemeinschuldnerin den bestimmenden Einfluss in der Beteiligungsgesellschaft verlieren (d.h. weniger als 50 % der Stimmrechte besitzen), so steht es der KG frei, diesen Vertrag sofort zu kündigen, wobei die Garantieleistung und die Erfolgsbeteiligung für das Jahr, in dem die Auflösung erfolgt, aliquot berechnet werden. Der KG stehen für diesen Fall zusätzlich öS 15 Mio als Schadenersatz zu (Absatz 3.). Das Recht jedes Vertragsteiles, den gegenständlichen Vertrag aus wichtigem Grund, der eine weitere Einhaltung unzumutbar macht, aufzulösen, bleibt davon unberührt (Absatz 4.). Keine zur vorzeitigen Auflösung berechtigenden wichtigen Gründe sind von den Vertragsteilen nicht vorhergesehene und/oder nicht

vorhersehbare, negative oder positive Entwicklungen der Ertragslage bei den Bauunternehmen. Kein wichtiger Grund liegt ferner im Umstand von Zahlungsschwierigkeiten eines Vertragspartners, sofern diese nach vernünftigem kaufmännischem Ermessen voraussichtlich vorübergehender Natur sind (Absatz 5.).

Am 1. 10. 1991 richtete die Gemeinschuldnerin folgendes Schreiben an die Klägerin, die Komplementärin der KG:

"Wir, die ... (Gemeinschuldnerin), erklären hiermit verbindlich, dass  
die ... (Beteiligungsgesellschaft) bis zum 30. 4. 1999 so viel an  
Gewinnen ausschüttet, dass aus dem - gemäß dem zwischen uns und der  
... (KG) geschlossenen Garantievertrag zu bezahlenden -  
Garantieentgelt die Kommanditisten per 31. 12. 1998 mit zumindest 115  
% der Einlage abgeschichtet werden können.

Sollte das durch die Gründung der ... (KG) verwirklichte

Beteiligungsmodell - aus nicht in der Person der Kommanditisten liegenden Gründen - nicht zu steuerlich wirksamen Verlusten bei den Kommanditisten führen, so garantieren wir weiters, dass die ... (Beteiligungsgesellschaft) bis spätestens sechs Monate nach dem Zeitpunkt ("Ablehnungszeitpunkt"), in dem die steuerliche Unwirksamkeit der Verluste unzweifelhaft feststeht, so viel an Gewinnen ausschüttet, dass aus dem oben erwähnten Garantieentgelt die Kommanditisten drei Monate nach dem Ablehnungszeitpunkt mit zumindest 105 % der Einlage abgeschichtet werden können.

Bei Nichterreichen des garantierten Erfolges verpflichten wir uns, den jeweiligen Differenzbetrag zu bezahlen."

Wie der Oberste Gerichtshof erhoben hat, wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin am 6. 2. 1996 eröffnet. Mit Schriftsatz vom 22. 7. 1996 meldete die Klägerin in diesem Konkurs eine Konkursforderung von ATS 11,660.059,10 an. Die Konkursgläubigerin sei die einzige Komplementärin der KG. Sie sei ein gewinnorientiertes Unternehmen, das laufend Gewinne erwirtschaftete und an die Gesellschafter ausschüttete. Erträge sollten in erster Linie durch Beitritts-Provisionen, die anlässlich der Gründung der KG bezahlt wurden, in zweiter Linie durch die Administration der KG erzielt werden. Vitales Interesse am Zustandekommen der KG habe auch die Gemeinschuldnerin gehabt, weil durch einen "Versicherungsvertrag" zwischen ihr und der KG die Gewinne von Unternehmen "versichert" wurden, an denen eine 100 %-ige Tochter der Gemeinschuldnerin, die Beteiligungs-AG, Anteile erworben hatte; es sei gleichermaßen "Risikokapital" zur Verfügung gestellt worden. Da es niemals Wunsch der Konkursgläubigerin gewesen sei, selbst Risikokapital zur Verfügung zu stellen, sondern lediglich für die Vermittlung von Kapital entlohnt zu werden, habe sie sich von der Gemeinschuldnerin garantieren lassen, dass die KG auf Grund des erwähnten Vertrags so viel erwirtschaften werde, dass das vermittelte Kapital zuzüglich eines 15 %-igen Zuschlags bis zum 31. 12. 1998 an die Kapitalgeber zurückgezahlt werden könne ("Abschichtung der Kommanditisten"). Im Falle dauernder Verluste der KG wären 1. auch der Konkursgläubigerin als Komplementärin Verluste entstanden, und 2. hätten zukünftige weitere Kapitalaufbringungen keinerlei Chancen auf Realisierung gehabt. Durch die Insolvenz der Gemeinschuldnerin seien auch zukünftige Forderungen anzumelden. Durch die Veräußerung der Holdinggesellschaft, die die Beteiligungen an den Unternehmen hielt, deren Gewinne "versichert" wurden, sei die Garantie schlagend geworden, da das garantierte Ergebnis nicht mehr eintreten können. Zum Garantiezeitpunkt ergebe sich unter Einbeziehung der bis zum ursprünglichen Fälligkeitstag noch auflaufenden Zinsen, Kosten und Spesen eine Garantieleistung von ATS 13,013.264,86, in eventu unter Zugrundelegung der Wertansätze zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung von ATS 12,739.638,50, woraus sich unter Anwendung der "Hoffmannschen Methode" der angemeldete Betrag errechne. Mit ihrer am 2. 5. 2001 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, dass ihr im Konkurs der Gemeinschuldnerin eine Konkursforderung im Betrag von ATS 1 Mio sA zustehe. Die angemeldete Forderung sei vom Masseverwalter ohne Detaillierung, jedoch mit dem Bemerken, dass Gegenforderungen bestünden, bestritten worden. Anfang der Neunzigerjahre habe die nunmehrige Gemeinschuldnerin Beteiligungen an ungarischen Straßenbauunternehmen erworben. Dies sei organisatorisch so gestaltet worden, dass die Anteile an diesen Gesellschaften von einer 100 %-igen Tochter der Gemeinschuldnerin, der Beteiligungsgesellschaft, später umgewandelt in die Beteiligungs-AG, gehalten worden seien. Es sei zu erwarten gewesen, dass die erworbenen ungarischen Gesellschaften zunächst relativ geringe Gewinne bzw sogar Verluste erwirtschaften würden, dass aber mit Fortschreiten des Umbaus der ungarischen Wirtschaft relativ hohe Gewinne

erzielbar wären. Die Gesellschafter der Klägerin hätten vom Bedürfnis der Gemeinschuldnerin Verluste und Gewinne zu "glätten" erfahren, die Klägerin gegründet und diese zur Komplementärin der KG gemacht. Die KG habe mit der Gemeinschuldnerin einen Vertrag abgeschlossen, wonach die Gewinne der ungarischen Tochterunternehmen gleichsam versichert werden sollten. Würden die Gewinne einen bestimmten Schwellenwert nicht erreichen, müsse die KG die Differenz zahlen, überschritten die Gewinne den Schwellenbetrag, so wäre die Differenz an die KG abzuführen. Durch diese Konstruktion habe sich die Gemeinschuldnerin einen gewissen und stetigen Ertrag aus den ungarischen Akquisitionen gesichert. Die Kommanditisten der KG hätten die Tatsache der anfänglichen Verluste steuerlich nützen können. Die Klägerin und deren Gesellschafter hätten unter anderem aus der "Vermarktung" des Modells Gewinne beispielsweise durch Provisionen erwirtschaften wollen. Um sicherzustellen, dass die Kommanditisten als Kapitalgeber zufriedengestellt und auch für Folgefinanzierungen verfügbar sein würden, habe sich die Klägerin von der Gemeinschuldnerin garantieren lassen, dass bis zum 31. 12. 1998 aus der dargestellten Gewinnversicherung so viel an die KG abgeführt werde, dass die Kommanditisten dann mit 115 % ihrer jeweiligen Einlage abgeschichtet werden könnten. Das Kommanditkapital habe ATS 13,150.000, der Abschichtungsbetrag daher ATS 15,122.500 betragen. Durch die Insolvenz der Gemeinschuldnerin und die dadurch bedingte Veräußerung der Beteiligungs-AG seien der KG keine Mittel zugeflossen. Insbesondere seien nicht ausreichend Mittel zur Verfügung gestanden, um die Kommanditisten zum 31. 12. 1998 mit 115 % ihrer Einlage abzuschichten; tatsächlich sei das gesamte Kommanditkapital verloren gegangen. Die Klägerin sei Garantieempfängerin, weil sie die Kommanditisten abzuschichten habe. Dass die Klägerin Garantiebegünstigte sein sollte, sei unzweifelhafter Wille der Parteien gewesen. Die Beklagte könne der Forderung der Klägerin keine Gegenforderungen entgegenhalten, weil diese jedenfalls kein Hindernis für die Abschichtung seien, sie seien daher außer Acht zu lassen. Die Klägerin sei jedenfalls so zu stellen, dass sie die Kommanditisten mit 115 % ihrer Einlage abschichten könne. Selbst wenn die KG mit der Gemeinschuldnerin eine atypische stille Gesellschaft gegründet hätte, was ausdrücklich bestritten werde, ändere dies an der Zahlungspflicht der Beklagten nichts, weil Garantieempfänger nicht die KG, sondern die Klägerin sei.

Die Beklagte wendete ein, das Klagebegehren sei schon deshalb ab- bzw. zurückzuweisen, weil die Klägerin der Forderungsanmeldung die Garantieerklärung vom 1. 10. 1991 nicht angeschlossen habe. Die Garantieerklärung sei als Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der KG oder allenfalls der Kommanditisten, zu qualifizieren. Der Klägerin stehe daher nach ihrem eigenen Vorbringen die Forderung nicht zu. Die Kommanditisten selbst wollten auch die allfälligen Rechte der von der Klägerin behaupteten Erklärung vom 1. 10. 1991 nicht in Anspruch nehmen, weil damit der im Vordergrund stehende Vertragszweck, nämlich die Geltendmachung von Verlustzuweisungen, vereitelt würde. Auch stünden der Gemeinschuldnerin Gegenforderungen zu. Aus den Buchhaltungsunterlagen sei zu entnehmen, dass die Klägerin auf Grund des Beteiligungsvertrags in den Jahren 1993 und 1994 ungefähr ATS 15,5 Mio zur Abdeckung des nicht erreichten Gewinnes von jährlich ATS 8 Mio an die Gemeinschuldnerin überwiesen habe. Diese Beträge seien von der Klägerin mit Bankkrediten finanziert worden. Dem Geschäftsführer der Klägerin sei es gelungen, die Gemeinschuldnerin zu einem "Kontoüberrechnungsübereinkommen" zu überreden, wonach letztlich die Gemeinschuldnerin den Bankkredit am 25. 10. 1995 mit einem Betrag von ATS 16,146.031,00 habe abdecken müssen. Der Gemeinschuldnerin stehe daher eine Forderung in dieser Höhe gegen die KG und damit auch gegen die Klägerin zu. Für das Jahr 1995 stehe der Gemeinschuldnerin gegen die KG und damit auch gegen die Klägerin aus der Gewinnzusage eine weitere Forderung von ATS 7,741.125 zu. Die Stellung der KG aus dem gegenständlichen Beteiligungsvertrag sei sehr ähnlich der eines atypischen stillen Gesellschafters. Es werde im Beteiligungsvertrag darauf hingewiesen, dass "Risikokapital" zur Verfügung gestellt werden solle. Es würden der KG auch Kontrollrechte eingeräumt. Stelle der Vertrag nicht die Begründung einer atypischen stillen Gesellschaft dar, so liege eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor. Die Rechtsprechung habe bezüglich der atypischen stillen Beteiligung erkannt, dass im Konkurs des Geschäftsherrn die Beteiligung als Eigenkapital zu werten sei und demnach dem Gesellschafter keine Konkursforderung zustehe, dasselbe gelte auch bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Durch den angeblichen Garantievertrag vom 1. 10. 1991 könne diese Qualifikation als nachrangiges Eigenkapital nicht geändert werden. Auch die Forderung aus einem allfälligen Garantievertrag stelle demnach keine Konkursforderung dar.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass Begünstigte aus dem Schreiben der Gemeinschuldnerin vom 1. 10. 1991 die KG bzw. deren Kommanditisten gewesen seien. Garantieempfängerin sei ausschließlich die KG gewesen. Dem Umstand, dass das Schreiben an die Klägerin adressiert gewesen sei, komme wegen des eindeutigen Wortlauts der Garantieerklärung keine Bedeutung zu. Der Klägerin fehle es daher an der Aktivlegitimation. Die Stellung der KG aus dem

Beteiligungsvertrag sei sehr ähnlich der eines atypisch stillen Gesellschafters. Sowohl in diesem Fall als auch, wenn man vom Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausginge, stehe dem Gesellschafter keine Konkursforderung zu. Durch den Garantievertrag vom 1. 10. 1991 könne diese Qualifikation als nachrangiges Eigenkapital nicht geändert werden. Auch die Forderungen aus dem Garantievertrag stellten demnach keine Konkursforderung dar. Das Gericht zweiter Instanz gab der dagegen erhobenen Berufung der Klägerin Folge und änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass es das Bestehen einer Konkursforderung der Klägerin von EUR 72.672,83 im Konkurs der Gemeinschuldnerin feststellte und den Antrag der Beklagten, gegen die Klagsforderung Gegenforderungen von EUR 1.173.377,80 und EUR 562.569,49 aufzurechnen, abwies. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Dass Versprechensempfängerin auf Grund des Schreibens der Gemeinschuldnerin vom 1. 10. 1991 tatsächlich die KG gewesen sei, habe die Beklagte im Verfahren erster Instanz nicht eingewendet. In der Klagebeantwortung sei die KG vielmehr als begünstigte Dritte bezeichnet worden. Es sei daher von der Klägerin als Versprechensempfängerin auszugehen. Die Zusage von Abfindungsansprüchen an einen Kommanditisten sei grundsätzlich unwirksam, soweit die Zusage zu einer Abschichtung führen würde, welche den wahren Wert der Beteiligung überschreite; es läge dann eine verbotene Einlagenrückgewähr vor. Anders stelle sich dies jedoch dar, wenn ein Gesellschafter die persönliche Haftung für ein bestimmtes Abschichtungsguthaben übernommen habe und die Auszahlung aus dem Privatvermögen dieses Gesellschafters erfolge. Dann bestehe nicht die Gefahr einer sittenwidrigen Abfindungsklausel. Schon aus diesen Erwägungen sei es zweckmäßig, wenn die Mittel, die seitens der KG für eine Abschichtung der Kommanditisten zu 115 % fehlten, vom Komplementär aufgebracht werden. Dann sei es wiederum naheliegend, wenn sich der Komplementär selbst die Mittel durch die gegenständliche Garantie der Gemeinschuldnerin beschaffe. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Abschichtung selbst von der geschäftsführenden Komplementärin vorgenommen werde. Es sei daher naheliegend, dass durch die Garantieerklärung der geschäftsführenden Komplementärin die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen sollten. Selbst wenn man neben der Berufungswerberin als Versprechensempfängerin noch die KG selbst und/oder die Kommanditisten als unmittelbar Anspruchsberechtigte ansehen wollte, sei es der Klägerin nicht verwehrt, die geschuldete Summe im Konkursverfahren anzumelden. Die Frage der Feststellung einer Konkursforderung treffe nämlich nur die Prüfung von Grund und Höhe des Anspruchs, nicht jedoch die dem Verteilungsverfahren vorzubehaltende Frage, zu Händen welcher Person die Konkursquote auszubezahlen sei. Weder der Forderungsanmeldung noch dem Prozessvorbringen der Streitteile sei zu entnehmen, dass sich die KG oder die Klägerin gegenüber den Kommanditisten zu einer Abschichtung zu 115 % verpflichtet hätten. Vielmehr sollten die Kommanditisten durch eine derartige Abschichtung nur veranlasst werden, ihr Geld auch künftighin als Kommanditeinlage zur Verfügung zu stellen. Mit dem Vertrag über die Beteiligung an Joint Venture-Investitionen und Gewinnen in Ungarn sollte nur ein bestimmter "anteilmäßiger theoretischer Erfolg" der Beteiligung in Ungarn garantiert werden. Es seien also die Kommanditeinlagen der KG nicht als Eigenkapitalersatz der Gemeinschuldnerin zur Verfügung gestellt worden. Den zur Erreichung des Schwellenwertes dienenden Garantiezahlungen der KG sei in anderen Jahren die Abschöpfung des Mehrertrags gegenüber gestanden. Schon deshalb bestehe kein Anlass, die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über das Eigenkapitalersatzrecht anzuwenden. Hingegen werde mit der Garantieerklärung der Gemeinschuldnerin vom 1. 10. 1991 nur letztlich zugunsten der Kommanditisten ein bestimmter Erfolg einer Beteiligung an der KG sichergestellt, unabhängig davon, ob die KG selbst Garantieleistungen an die Gemeinschuldnerin habe aufbringen müssen oder gar einen Mehrertrag aus den Beteiligungen in Ungarn habe abschöpfen können. Daher könne das Eigenkapitalersatzrecht der Klagsforderung nicht entgegengehalten werden. Es müsse nicht geprüft werden, ob die Beklagte die von ihr behaupteten Gegenforderungen auch gegen die Klägerin geltend machen könnte. Es sei nämlich zu beachten, dass der Masseverwalter den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht verletzen dürfe, und deshalb vor Feststellung der Konkursquote nicht mit einer Forderung der Konkursmasse gegen eine Konkursforderung aufrechnen dürfe. Da das bloße Dartun der Existenz von Gegenforderungen noch nicht zur Abwehr der Klagsforderung ausreiche, sei von einer (richtig offenbar: keiner) aufrechnungsweisen Einwendung dieser Gegenforderungen auszugehen. Der somit schlüssig gestellte Aufrechnungsantrag sei abzuweisen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen erhobene Revision der Beklagten ist zulässig, es kommt ihr auch Berechtigung zu.

Zur Rechtsnatur des zwischen der Gemeinschuldnerin und der KG abgeschlossenen Vertrages ist vorerst festzuhalten,

dass die gewählte Vertragskonstruktion, die Refinanzierung der KG durch die Pflicht zur Überweisung der erhofften Gewinne der Bauunternehmen an sie zu bewerkstelligen, jedenfalls auch unter Berücksichtigung der der KG eingeräumten Kontrollrechte nicht als kreditvertragstypische Sicherung angesehen werden kann. Anders als in der Entscheidung des

erkennenden Senats 8 Ob 193/00s = RdW 2001, 667 = GesRZ 2001, 195 =

ZIK 2001, 214 = ÖBA 2002, 578, in der die Anwendung des Kapitalersatzrechts trotz dem Großkreditgeber eingeräumter weitgehender Kontrollrechte unter anderem deshalb verneint wurde, weil für den Gesamtbetrag der aushaftenden Kreditsumme jedenfalls eine Obergrenze bestand, liegt im hier zu entscheidenden Fall ein riskantes Spekulationsgeschäft vor, dessen Verluste oder Gewinne für die KG von vornherein nicht beschränkt waren, sieht man von der vertraglichen Kündigungsmöglichkeit ab. Aus diesem Grunde kann auch das Argument der Klägerin, würde man diesen Vertrag als Gesellschaftsverhältnis qualifizieren, müsste das für jeden Versicherungsvertrag zutreffen, nicht durchschlagen. Gerade Versicherungen berechnen ihr Risiko sehr genau und begrenzen es weitestgehend. Sie vereinbaren auch im Allgemeinen fixe Prämien und lassen sich nicht auf zukünftige höchst unsichere Gewinnmöglichkeiten verweisen.

Nach Ansicht des erkennenden Senats liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, das Verhältnis der KG zur Gemeinschuldnerin als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft zu qualifizieren. Die Abgrenzung zu der hier vorrangig in die Überlegungen einzubeziehenden stillen Gesellschaft erfolgt primär nach der Art der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Bei der bürgerlich-rechtlichen Innengesellschaft bildet das Geschäftsvermögen im Innenverhältnis ein gemeinsames Vermögen, den Hauptstamm der Gesellschaft. Nur nach außen tritt der Außengesellschafter, und zwar als indirekter Stellvertreter der Gesellschaft, auf. Bei der stillen Gesellschaft ist hingegen auch im Innenverhältnis der stille Gesellschafter am Hauptstamm nicht beteiligt, der vielmehr auch nach innen dem Inhaber allein gehört. Die Beteiligung am Unternehmen erfolgt nur mit einer Vermögenseinlage und es ist nicht das gemeinsame Eigentum der Partner oder die Vereinigung zum gemeinsamen Betrieb vorgesehen. Die Beteiligung der stillen Gesellschafter beschränkt sich somit auf die Teilnahme am Gewinn und Verlust, wobei der Verlust grundsätzlich auf die Einlage beschränkt ist (SZ 23/76; RIS-Justiz RS0022536; Grillberger in Rummel ABGB2 § 1175 Rz 37; Straube in Straube HGB2 § 178 Rz 34). Der stille Gesellschafter, der sich an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, hat gemäß § 178 Abs 1 HGB die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht. Gemäß Abs 2 der genannten Gesetzesstelle wird der Inhaber aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Der stille Gesellschafter nimmt gemäß § 181 Abs 1 HGB, soweit nichts anderes bestimmt ist, an Gewinn und Verlust angemessen teil, Art, Umfang und Zeitpunkt der Einlageleistung unterliegen ebenso wie eine - gemäß § 180 Abs 1 HGB sonst nicht gegebene - Nachschusspflicht der freien Vereinbarung (Straube aaO § 180 Rz 3). Nach Ansicht des erkennenden Senats liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, das Verhältnis der KG zur Gemeinschuldnerin als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft zu qualifizieren. Die Abgrenzung zu der hier vorrangig in die Überlegungen einzubeziehenden stillen Gesellschaft erfolgt primär nach der Art der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Bei der bürgerlich-rechtlichen Innengesellschaft bildet das Geschäftsvermögen im Innenverhältnis ein gemeinsames Vermögen, den Hauptstamm der Gesellschaft. Nur nach außen tritt der Außengesellschafter, und zwar als indirekter Stellvertreter der Gesellschaft, auf. Bei der stillen Gesellschaft ist hingegen auch im Innenverhältnis der stille Gesellschafter am Hauptstamm nicht beteiligt, der vielmehr auch nach innen dem Inhaber allein gehört. Die Beteiligung am Unternehmen erfolgt nur mit einer Vermögenseinlage und es ist nicht das gemeinsame Eigentum der Partner oder die Vereinigung zum gemeinsamen Betrieb vorgesehen. Die Beteiligung der stillen Gesellschafter beschränkt sich somit auf die Teilnahme am Gewinn und Verlust, wobei der Verlust grundsätzlich auf die Einlage beschränkt ist (SZ 23/76; RIS-Justiz RS0022536; Grillberger in Rummel ABGB2 Paragraph 1175, Rz 37; Straube in Straube HGB2 Paragraph 178, Rz 34). Der stille Gesellschafter, der sich an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, hat gemäß Paragraph 178, Absatz eins, HGB die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht. Gemäß Absatz 2, der genannten Gesetzesstelle wird der Inhaber aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Der stille Gesellschafter nimmt gemäß Paragraph 181, Absatz eins, HGB, soweit nichts anderes bestimmt ist, an Gewinn und Verlust angemessen teil, Art, Umfang und Zeitpunkt der Einlageleistung unterliegen ebenso wie eine - gemäß Paragraph 180, Absatz eins, HGB sonst nicht gegebene - Nachschusspflicht der freien Vereinbarung (Straube aaO Paragraph 180, Rz 3).

Die zwischen der KG und der Gemeinschuldnerin vereinbarte jährliche Fixzahlung der KG gegen Vereinnahmung eines (allfälligen) Gewinns der Bauunternehmen durch diese stellt im Ergebnis infolge der nach dem Parteiwillen gegebenen offenkundigen völligen Ausschaltung der Beteiligungsgesellschaft eine Teilnahme am Gewinn - was zur Qualifikation als stille Gesellschaft ausreicht - und (zumindest indirekt durch Minderung zukünftiger Gewinne) auch am Verlust dar. Die von der KG zu leistende Einlage wurde ausreichend bestimmbar mit dem jeweiligen Differenzbetrag zwischen dem Schwellenwert und den positiven Betriebsergebnissen vereinbart.

Ein sogenannter Metavertrag, bei dem es sich nach der Rechtsprechung um eine bürgerlich-rechtliche Innengesellschaft handelt, bei der sich zwei oder mehrere Personen zu dem Zweck verbinden, während der Vertragsdauer eine bestimmte oder unbestimmte Anzahl von Umsatzgeschäften im Namen des jeweils Handelnden, aber auf gemeinsame Rechnung einzugehen und den Gewinn aus diesem Geschäft gleichmäßig zu teilen (SZ 55/76; RIS-Justiz RS0022498; Straube aaO § 178 Rz 8) liegt mangels Beschränkung auf bestimmte Umsatzgeschäfte nicht vor. Die Qualifikation der Beteiligung als stille Gesellschaft scheitert auch nicht daran, dass sich die KG nicht am gesamten Handelsgewerbe der Gemeinschuldnerin beteiligt hat, sondern nur an dem die ungarischen Baugesellschaften betreffenden Betriebszweig. Die stille Gesellschaft braucht sich nicht auf das ganze Handelsgewerbe zu beziehen, sondern kann auf einzelne selbständige Unternehmensteile des Geschäftsinhabers beschränkt werden, zB auf eine Zweigniederlassung oder einen Betrieb von vergleichbarer Selbständigkeit (Baumbach/Hopt dHGB30 § 230 Anm 1; Koller/Roth/Morck dHGB3 § 230 Anm 11; Ensthaler Gemeinschaftskomm. z. dHGB6 § 230 Rz 19). Das Engagement der Klägerin ähnelt damit durchaus dem Modell der insbesondere im US-amerikanischen Raum gängigen Beteiligungs- und Finanzierungsform des Tracking Stock, die auch in Form der stillen Beteiligung erfolgen kann (vgl Moritz, ÖStZ 2001/194, Zur gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Zulässigkeit von Tracking Stock-Modellen). Ein sogenannter Metavertrag, bei dem es sich nach der Rechtsprechung um eine bürgerlich-rechtliche Innengesellschaft handelt, bei der sich zwei oder mehrere Personen zu dem Zweck verbinden, während der Vertragsdauer eine bestimmte oder unbestimmte Anzahl von Umsatzgeschäften im Namen des jeweils Handelnden, aber auf gemeinsame Rechnung einzugehen und den Gewinn aus diesem Geschäft gleichmäßig zu teilen (SZ 55/76; RIS-Justiz RS0022498; Straube aaO Paragraph 178, Rz 8) liegt mangels Beschränkung auf bestimmte Umsatzgeschäfte nicht vor. Die Qualifikation der Beteiligung als stille Gesellschaft scheitert auch nicht daran, dass sich die KG nicht am gesamten Handelsgewerbe der Gemeinschuldnerin beteiligt hat, sondern nur an dem die ungarischen Baugesellschaften betreffenden Betriebszweig. Die stille Gesellschaft braucht sich nicht auf das ganze Handelsgewerbe zu beziehen, sondern kann auf einzelne selbständige Unternehmensteile des Geschäftsinhabers beschränkt werden, zB auf eine Zweigniederlassung oder einen Betrieb von vergleichbarer Selbständigkeit (Baumbach/Hopt dHGB30 Paragraph 230, Anmerkung 1; Koller/Roth/Morck dHGB3 Paragraph 230, Anmerkung 11; Ensthaler Gemeinschaftskomm. z. dHGB6 Paragraph 230, Rz 19). Das Engagement der Klägerin ähnelt damit durchaus dem Modell der insbesondere im US-amerikanischen Raum gängigen Beteiligungs- und Finanzierungsform des Tracking Stock, die auch in Form der stillen Beteiligung erfolgen kann (vergleiche Moritz, ÖStZ 2001/194, Zur gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Zulässigkeit von Tracking Stock-Modellen).

Ist somit das Vertragsverhältnis zwischen KG und Gemeinschuldnerin

als stille Gesellschaft zu definieren, kommt nach Eröffnung des

Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts § 187

HGB zur Anwendung, wonach der stille Gesellschafter in diesem Fall

wegen der Einlage seine Forderung als Konkursgläubiger (nur) geltend

machen kann, soweit sie den Betrag des auf ihn entfallenden Anteils

am Verlust übersteigt. Hinsichtlich der Tragung von Verlusten enthält

der zwischen der KG und der Gemeinschuldnerin abgeschlossene Vertrag

keine ausdrückliche Regelung. Es wäre daher auch unter

Berücksichtigung der Bestimmung des § 181 Abs 3 HGB, wonach über den

Gewinn getroffene Regelungen im Zweifel auch für Verluste gelten,

davon auszugehen, dass die KG auch an den Verlusten teilnimmt, wobei



nach der gewählten Vertragskonstruktion wohl nur auf das im  
Auflösungszeitpunkt laufende Geschäftsjahr abzustellen wäre. Ob und  
in welchem Umfang ein gemäß § 186 HGB nach der durch die  
Konkurseröffnung bewirkten Auflösung (§ 185 Abs 2 HGB) zu  
ermittelndes Auseinandersetzungsguthaben der KG für den von der  
Beteiligung betroffenen Unternehmensteil bestehen könnte, kann zwar  
derzeit auf Grund mangelnder Feststellungen nicht beurteilt werden,  
doch geht die Klägerin offenkundig selbst davon aus, dass der KG  
keine Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin zustehen.

Der Konkursteilnahmeanspruch wäre der KG nur dann gänzlich verwehrt

(RIS-Justiz RS0075202), wenn ihre Beteiligung als sogenannte atypische stille Gesellschaft zu beurteilen wäre. Eine derartige Beteiligungsform liegt bei besonderer vom Gesetz abweichender vertraglicher Regelung des Innenverhältnisses vor, wodurch der stille Gesellschafter am "Gesellschaftsvermögen" und/oder an der Geschäftsführung des Handelsgewerbes beteiligt wird (Straube aaO § 178 Rz 22). Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung 8 Ob 4/95 = SZ 68/176 = RdW 1996, 113 = ZIK 1996, 71 = ecolex 1996, 459 dargestellt hat, ist bei gegebener Beteiligung am Gesellschaftsvermögen eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters stellt eine "stille Mitunternehmerschaft" dar, die durch die Übernahme von Unternehmerrisiko vermittelt wird. Eine eigene Mitunternehmerinitiative ist nicht erforderlich. Das Unternehmerrisiko wird regelmäßig indiziert durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert). Wird somit dem stillen Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eingeräumt, so liegt Mitunternehmerschaft und damit eine atypische stille Gesellschaft vor (RIS-Justiz RS0062141). (RIS-Justiz RS0075202), wenn ihre Beteiligung als sogenannte atypische stille Gesellschaft zu beurteilen wäre. Eine derartige Beteiligungsform liegt bei besonderer vom Gesetz abweichender vertraglicher Regelung des Innenverhältnisses vor, wodurch der stille Gesellschafter am "Gesellschaftsvermögen" und/oder an der Geschäftsführung des Handelsgewerbes beteiligt wird (Straube aaO Paragraph 178, Rz 22). Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung 8 Ob 4/95 = SZ 68/176 = RdW 1996, 113 = ZIK 1996, 71 = ecolex 1996, 459 dargestellt hat, ist bei gegebener Beteiligung am Gesellschaftsvermögen eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters stellt eine "stille Mitunternehmerschaft" dar, die durch die Übernahme von Unternehmerrisiko vermittelt wird. Eine eigene Mitunternehmerinitiative ist nicht erforderlich. Das Unternehmerrisiko wird regelmäßig indiziert durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert). Wird somit dem stillen Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eingeräumt, so liegt Mitunternehmerschaft und damit eine atypische stille Gesellschaft vor (RIS-Justiz RS0062141).

Der zwischen der KG und der Gemeinschuldnerin abgeschlossene Vertrag sieht zweifellos keine Teilnahme an der Geschäftsführung für die KG vor. Vielmehr enthält er überwiegend Verwendungszusagen der Gemeinschuldnerin, die KG von den wesentlichen Vorgängen zu informieren und auf eine ordnungsgemäße Bilanzierung durch die ungarischen Bauunternehmen zu drängen. Die Entsendung eines Vertrauensmanns der KG in den Aufsichtsrat der Beteiligungs-AG kann nicht als die Möglichkeit wesentlicher Einflussnahme auf die Geschäftsführung gesehen werden. Auch eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen im dargestellten Sinn ist grundsätzlich dem Vertrag nicht zu entnehmen. Einzig das in dessen Punkt III. Abs 1 vorgesehene Recht der KG, bei einem Verkauf von Beteiligungen an den ungarischen Bauunternehmen 90 % des über den Nominalwert hinausgehenden Verkaufserlöses zu erhalten, könnte im Sinn einer Beteiligung auch an stillen Reserven und Firmenwert verstanden werden, judiziert doch der Verwaltungsgerichtshof, Mitunternehmerschaft liege auch dann vor, wenn die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert nur für den Fall der Unternehmensveräußerung, nicht aber für den Fall des Ausscheidens des stillen Gesellschafters vereinbart ist (vgl. Baumann, RdW 1993, 162, Das Unternehmerrisiko und Absicherungsgeschäfte). Ob diese steuerliche Sicht auch bei Prüfung des Konkursteilnahmeanspruchs gerechtfertigt ist, muss hier - wie noch darzulegen sein wird - nicht abschließend beurteilt werden. Der zwischen der KG und der Gemeinschuldnerin

abgeschlossene Vertrag sieht zweifellos keine Teilnahme an der Geschäftsführung für die KG vor. Vielmehr enthält er überwiegend Verwendungszusagen der Gemeinschuldnerin, die KG von den wesentlichen Vorgängen zu informieren und auf eine ordnungsgemäße Bilanzierung durch die ungarischen Bauunternehmen zu drängen. Die Entsendung eines Vertrauensmanns der KG in den Aufsichtsrat der Beteiligungs-AG kann nicht als die Möglichkeit wesentlicher Einflussnahme auf die Geschäftsführung gesehen werden. Auch eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen im dargestellten Sinn ist grundsätzlich dem Vertrag nicht zu entnehmen. Einzig das in dessen Punkt römisch III. Absatz eins, vorgesehene Recht der KG, bei einem Verkauf von Beteiligungen an den ungarischen Bauunternehmen 90 % des über den Nominalwert hinausgehenden Verkaufserlöses zu erhalten, könnte im Sinn einer Beteiligung auch an stillen Reserven und Firmenwert verstanden werden, judiziert doch der Verwaltungsgerichtshof, Mitunternehmerschaft liege auch dann vor, wenn die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert nur für den Fall der Unternehmensveräußerung, nicht aber für den Fall des Ausscheidens des stillen Gellschafters vereinbart ist (vergleiche Baumann, RdW 1993, 162, Das Unternehmerrisiko und Absicherungsgeschäfte). Ob diese steuerliche Sicht auch bei Prüfung des Konkursteilnahmeanspruchs gerechtfertigt ist, muss hier - wie noch darzulegen sein wird - nicht abschließend beurteilt werden.

Wie bereits das Berufungsgericht dargestellt hat, richtet sich der Abschichtungsanspruch der Kommanditisten nur gegen die Gesellschaft. Der Anspruch auf Leistung des Gewinnanteils kann allerdings auch gegen den Komplementär einer Kommanditgesellschaft geltend gemacht werden, ohne dass es zu einer Verfahrensbeteiligung der Gesellschaft kommt, wenn die Auszahlung aus der Gesellschaftskasse bzw vom Gesellschaftskonto begehrt wird (3 Ob 2374/96f = RZ 1997/72; RIS-Justiz RS0087059). Wenngleich somit Empfängerin der mit dem Schreiben vom 1. 10. 1991 abgegebenen Garantieerklärung der Gemeinschuldnerin die Komplementärin war, wurde damit im Ergebnis eine Zahlungspflicht der KG abgesichert. Wollte man dennoch ein eigenes unbeschränktes Forderungsrecht der Komplementärin bejahen, könnten damit jederzeit die gesetzlichen und von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Gläubigerschutzmechanismen umgangen werden. Mag auch die Komplementärin als Versprechensempfängerin aktiv zur Klage legitimiert sein, kann sie im Konkurs keine weitergehenden Ansprüche geltend machen als der KG auf Grund des bereits mehrfach genannten Vertrages zugestanden wären.

Gemäß § 110 Abs 1 KO können Gläubiger, deren Forderungen in Ansehung der Richtigkeit oder Rangordnung streitig geblieben sind, deren Feststellung, sofern der Rechtsweg zulässig ist, mittels Klage geltend machen, die gegen alle Bestreitenden zu richten ist. Das Klagebegehren kann nur auf den Grund, der in der Anmeldung und bei der Prüfungstagsatzung angegeben worden ist, gestützt und nicht auf einen höheren als den dort angegebenen Betrag gerichtet werden. Es gibt daher im Prüfungsprozess keine Erweiterung oder Änderung des Klagsgegenstandes. § 235 ZPO ist trotz § 172 KO in diesen Fällen nicht anwendbar. Die Begrenzung der Prüfungsklage ist von Amts wegen jederzeit zu beachten (RIS-Justiz RS0039281; RS0065601). Wie bereits in den Feststellungen wiedergegeben, hat sich die Klägerin in ihrer Forderungsanmeldung ausschließlich auf eigenes Forderungsrecht auf Grund des zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin abgeschlossenen Garantievertrages gestützt. Sie hat auch ihre Forderung entsprechend diesem Anspruchsgrund berechnet. Der von ihr in diesem Sinne im Verfahren geltend gemachte Klagegrund ist aber - wie bereits dargestellt - nicht tragfähig, weshalb das Erstgericht das Klagebegehren im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat. Bei dieser Sachlage muss - da sich die Klägerin in ihrer Forderungsanmeldung darauf nicht gestützt hat - nicht weiter geprüft werden, ob der KG allenfalls ein Auseinandersetzungsguthaben zustehen könnte oder ob sie doch aus den oben dargestellten Erwägungen als atypische stille Gesellschafterin anzusehen und damit von der Konkursteilnahme jedenfalls ausgeschlossen wäre. Auch kann mangels Vortrags in der Forderungsanmeldung ungeprüft bleiben, ob eine gleich dem Schreiben vom 1. 10. 1991 gegenüber der KG abgegebene Erklärung als Vereinbarung der Rückgewähr der Einlage und einer grundsätzlich möglichen (Baumbach/Hopf aaO § 235 Anm 2) Verzinsung derselben gewertet werden und ob eine solche mangels Anfechtung gemäß § 188 HGB Bestand haben könnte. Gemäß Paragraph 110, Absatz eins, KO können Gläubiger, deren Forderungen in Ansehung der Richtigkeit oder Rangordnung streitig geblieben sind, deren Feststellung, sofern der Rechtsweg zulässig ist, mittels Klage geltend machen, die gegen alle Bestreitenden zu richten ist. Das Klagebegehren kann nur auf den Grund, der in der Anmeldung und bei der Prüfungstagsatzung angegeben worden ist, gestützt und nicht auf einen höheren als den dort angegebenen Betrag gerichtet werden. Es gibt daher im Prüfungsprozess keine Erweiterung oder Änderung des Klagsgegenstandes. Paragraph 235, ZPO ist trotz Paragraph 172, KO in diesen Fällen nicht anwendbar. Die Begrenzung der Prüfungsklage ist von Amts wegen jederzeit zu beachten (RIS-Justiz RS0039281; RS0065601). Wie bereits in den Feststellungen wiedergegeben, hat sich die Klägerin in ihrer Forderungsanmeldung ausschließlich auf eigenes

Forderungsrecht auf Grund des zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin abgeschlossenen Garantievertrages gestützt. Sie hat auch ihre Forderung entsprechend diesem Anspruchsgrund berechnet. Der von ihr in diesem Sinne im Verfahren geltend gemachte Klagegrund ist aber - wie bereits dargestellt - nicht tragfähig, weshalb das Erstgericht das Klagebegehren im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat. Bei dieser Sachlage muss - da sich die Klägerin in ihrer Forderungsanmeldung darauf nicht gestützt hat - nicht weiter geprüft werden, ob der KG allenfalls ein Auseinandersetzungsguthaben zustehen könnte oder ob sie doch aus den oben dargestellten Erwägungen als atypische stille Gesellschafterin anzusehen und damit von der Konkursteilnahme jedenfalls ausgeschlossen wäre. Auch kann mangels Vortrags in der Forderungsanmeldung ungeprüft bleiben, ob eine gleich dem Schreiben vom 1. 10. 1991 gegenüber der KG abgegebene Erklärung als Vereinbarung der Rückgewähr der Einlage und einer grundsätzlich möglichen (Baumbach/Hopf aaO Paragraph 235, Anmerkung 2) Verzinsung derselben gewertet werden und ob eine solche mangels Anfechtung gemäß Paragraph 188, HGB Bestand haben könnte.

Der Revision ist Folge zu geben.

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

#### **Anmerkung**

E69826 8Ob114.02a

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0080OB00114.02A.0522.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20030522\_OGH0002\_0080OB00114\_02A0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)