

# TE OGH 2017/9/26 6Ob204/16t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.09.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Hargassner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Stephan Briem, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei I\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ludwig Beurle ua, Rechtsanwälte in Linz, wegen 29.455,80 EUR, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 21. Juni 2016, GZ 3 R 66/16w-14, womit über die Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 27. Jänner 2016, GZ 29 Cg 75/15y-7, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.883,16 EUR (darin enthalten 313,86 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Kommanditgesellschaft wurde mit Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21. Mai 1973 (in der in Rede stehenden Fassung im Folgenden: KGV) gegründet. Als Komplementäre der Beklagten fungieren die I\*\*\*\*\*gesellschaft mbH sowie (nunmehr) die I\*\*\*\*\* Holdinggesellschaft mbH. Am Vermögen der Beklagten sind zahlreiche atypisch stillen Gesellschafter beteiligt; mit den „Zeichnern“ schloss die Beklagte stillen Gesellschaftsverträge (im Folgenden: SGV) ab. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Entwicklung und Verwertung von kommerziell benutzten Immobilien sowie die Kapitalbeteiligung an Unternehmen dieser oder ähnlicher Branchen.

Die Klägerin hatte 462 atypisch stillen Gesellschaftsanteile mit einem Nominale von gesamt 335.749,25 EUR an der Beklagten am Sekundärmarkt im Zeitraum 2001 bis 2006 von Dritten erworben. Mittlerweile hat die Klägerin ihre Anteile gekündigt.

Die von den atypisch stillen Gesellschaftern der Beklagten unterfertigten „Beitrittserklärungen“ verweisen auf „Allgemeine Aufnahmebestimmungen“ und den „Gesellschaftsvertrag“ (SGV), die beide auf der Rückseite der Beitrittserklärung abgedruckt waren:

„[...] Herr, ....., tritt mit dieser Erklärung der[Beklagten], Linz, als stiller Gesellschafter gemäß Gesellschaftsvertrag und den Allgemeinen Aufnahmebestimmungen bei.

Die Nominale eines Anteils beträgt öS 10.000,00, der Gewinn- und Beteiligungsfaktor 1,0.[...]"

Im SGV zwischen der Beklagten und ihren stillen Gesellschaftern – wie der Klägerin – heißt es auszugsweise wie folgt:

## „VI.

Der stille Gesellschafter ist am Gewinn und Verlust nach Maßgabe seiner voll einbezahnten oder vorzeitig zugeteilten 'I\*\*\*\*\*-Anteile' beteiligt. Als Grundlage der Berechnung der Beteiligung des stillen Gesellschafters wird die von einem Wirtschaftstreuhänder testierte Jahresbilanz herangezogen. Im übrigen sind für die Gewinn- und Verlustverteilung und Anteilsbewertung die Bestimmungen des Kommanditgesellschaftsvertrages vom 21. Mai 1973 in seiner jeweils gültigen Fassung maßgebend, d.h., daß der stille Gesellschafter diesbezüglich den Kommanditisten der '[Beklagten]' gleichgestellt ist. Der stille Gesellschafter erklärt, den Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21. Mai 1973 genau zu kennen und sich den ihn betreffenden Bestimmungen – insbesondere der §§ 3, 5, 7, 8, 13, 14, 17, 19, 25 und 27, ausgenommen des § 22 – zu unterwerfen, und zwar in der jeweils gültigen Fassung.

Haben zu einem Kündigungstermin mehrere stille Gesellschafter mit zusammen mehr als 10 % aller nominellen und einbezahlten Einlagen gekündigt, so hat die Gesellschaft das Recht, den Geschäftsanteil in bis zu acht Halbjahresraten auszubezahlen, welche der Liquidität der Gesellschaft angepasst sind. Die Raten werden von der Geschäftsführung dieser Kommanditgesellschaft festgesetzt. Das jeweilige Restguthaben ist mit 6 % zu verzinsen. Die Zinsen sind mit der letzten Rate fällig.

## VII.

Nimmt die '[Beklagte]' weitere Personen als stille Gesellschafter in ihr Unternehmen auf, so werden diese ihren Vertragswillen in der Folge durch Beteiligungs- und Beitrittserklärungen kundtun. Der stille Gesellschafter hat eine Kapitaleinlage einzubringen, die mindestens Nominale öS 10.000,- oder ein Vielfaches davon beträgt. Die nominelle Einlage von öS 10.000,- wird als ein 'I\*\*\*\*\*-Anteil' bezeichnet.

Der Beitritt erfolgt:

a) [...]

b) oder durch Unterfertigung der Beteiligungserklärung in Form des Sparplanes, indem dem stillen Gesellschafter für die Zeichnung von jeweils zehn 'I\*\*\*\*\*-Anteilen' ein 'I\*\*\*\*\*-Anteil' mit dem Beteiligungsfaktor 1,0 vorzeitig zugeteilt wird, und zwar unabhängig von der geleisteten Einzahlung (Aufnahmegebühr und § 17 sind zu berücksichtigen). Für die Mindestbeteiligung (Zeichnung von fünf 'I\*\*\*\*\*-Anteilen') und für die Zeichnung von weniger als zehn 'I\*\*\*\*\*-Anteilen' wird ebenfalls ein 'I\*\*\*\*\*-Anteil' mit obigem Beteiligungsfaktor zugeteilt. Die monatlich geleisteten Einzahlungen werden einem Verrechnungskonto zugunsten des Zeichners gutgeschrieben, bis der Gegenwert eines 'I\*\*\*\*\*-Anteiles' erreicht ist. Dieser Betrag wird sodann für die Verrechnung des Anteiles verwendet. Das Verrechnungskonto wird mit 6 % p.a. Habenzinsen und mit 12 % p.a. Sollzinsen kontokorrentmäßig abgerechnet. Soferne die Marktverhältnisse über dem angeführten Sollzinssatz liegen, wird ein Zinszuschlag berechnet, der den allgemeinen üblichen Sätzen für Kontokorrentkredite angepaßt ist und vom Beirat genehmigt werden muß. Die vorzeitig zugeteilten Anteile werden unabhängig von der Höhe der Einzahlung wie voll einbezahlte Anteile behandelt und nehmen an der Wertentwicklung teil. Die Laufzeit der Einzahlung beträgt maximal 20 Jahre. Der stille Gesellschafter erklärt durch Unterfertigung der Beteiligungserklärung, die Allgemeinen Aufnahmebestimmungen, insbesondere auch hinsichtlich des Rücktrittsrechtes der Gesellschaft, genauestens zu kennen und sich diesen Bestimmungen vollinhaltlich zu unterwerfen.

Der Beitritt gemäß lit. a) und b) dieses Vertragspunktes bedarf in jedem Fall der schriftlichen Annahme durch die Gesellschaft. Nach Unterzeichnung der Beitritts- oder Beteiligungserklärung ist der stille Gesellschafter in das Anteilsbuch der '[Beklagten]' gemäß § 27 Kommanditgesellschaftsvertrag einzutragen. Mit dem Beitritt zur '[Beklagten]' ist der stille Gesellschafter in jedem Fall an den stillen Reserven und am Firmenwert (good will) nach Maßgabe seiner bar und voll einbezahnten oder vorzeitig zugeteilten 'I\*\*\*\*\*-Anteile' mit dem Beteiligungsfaktor 1,0 beteiligt, am Gewinn und Verlust nur bis zur Höhe seiner Einzahlungen auf 'I\*\*\*\*\*-Anteile'."

Im KGV, dessen Bestimmungen teilweise auch im Verhältnis zu den stillen Gesellschaftern im SGV für anwendbar erklärt werden, heißt es auszugsweise wie folgt:

„§ 5

Am Gewinn, Verlust und den stillen Reserven (Substanz) und am Firmenwert (good will) nehmen alle Gesellschafter (KG-Gesellschafter einschließlich der 'Komplementär-GmbH I' und stille Gesellschafter) nach Maßgabe folgender Bestimmungen teil:

### a) Gewinn- und Verlustbeteiligung

Die Kommanditgesellschafter sind am Gewinn und Verlust, an den stillen Reserven und am Firmenwert (good will) nach Maßgabe ihrer einbezahnten Einlage, die stillen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer bar und voll einbezahnten oder vorzeitig zugeteilten 'I\*\*\*\*\*-Anteile' ohne Berücksichtigung von Verlustminderungen beteiligt. Verluste werden nur bis zur Höhe der geleisteten Einzahlungen zugewiesen.

Jeder Gesellschafter (KG-Gesellschafter und stiller Gesellschafter) nimmt unabhängig vom Eintrittsdatum in die Gesellschaft, mindestens so lange an den Sonderabschreibungen, der Bildung der steuermindernden Rücklage und ähnlichem teil, bis diese zusammen mit der anteiligen normalen Absetzung für Abnutzung und eventuell echten Verlusten 60 % seiner Einlage erreicht haben. Haben hienach alle Gesellschafter die 60 % Verlustgrenze erreicht, nehmen sie sodann darüber hinaus an den verbleibenden bzw. folgenden Gewinnen und Verlusten weiter teil.

### b) Substanzbeteiligung (Beteiligung an den stillen Reserven)

Um die in den einzelnen Jahren angesammelten stillen Reserven entsprechend dem Eintrittsdatum der einzelnen Gesellschafter richtig zu berücksichtigen, wird jeder Kommanditeinlage nach Maßgabe der Einzahlung bzw. jedem bar und voll einbezahnten oder vorzeitig zugeteilten 'I\*\*\*\*\*-Anteil' ein Faktor zugeordnet, der vom Eintrittsdatum des Gesellschafters in die Gesellschaft abhängig ist und der die vorhandenen stillen Reserven der Gesellschaft berücksichtigt. Die Ermittlung dieses Faktors erfolgt unter Anwendung des im § 17 angeführten Fachgutachtens Nr. 45 des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation des Institutes für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder und zwar soweit es die Ermittlungen des Substanzwertes (Sachwertes) behandelt, gerundet jeweils auf 1/10 des Anteilswertes (z.B. Faktor 1,4).

Im Falle der Liquidierung wird ein verbleibender Mehr- oder Minderwert nach diesem Schlüssel verteilt.

### § 8

Die Höhe der Kapitaleinlage der 'Komplementär GmbH I' sowie der Kommanditeinlagen der Kommanditisten gemäß § 4 dieses Vertrages kann nur unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 19 dieses Vertrages geändert werden.

Sämtliche Geldbewegungen (Entnahmen, Zuschreibungen nicht entnommener Reingewinne etc.) erfolgen über besondere Privatkonti der Gesellschafter, deren Höhe ohne Einfluß auf das Beteiligungsverhältnis (Gewinn, Verlust und stille Reserven – Substanz –) ist.

Allfällige Verluste sind – soweit sie die Kommanditisten anteilmäßig treffen – von den Kommanditeinlagen abzubuchen, jedoch mit der Verpflichtung, die Kommanditeinlagen durch nachfolgende Gewinne wieder aufzufüllen. Behebungen zu Lasten der Kapital- bzw. Kommanditeinlagen sind nur mit Zustimmung von Gesellschaftern gestattet, die zusammen mit mindestens 75 % beteiligt sind.

Der nach Abzug [...] verbleibende Gewinn oder Verlust wird wie folgt verteilt:

1. Alle Gesellschafter erhalten einen Vorwegbezug von 6 % p.a. ihrer am Jahresbeginn einbezahnten gewinn- und verlustberechtigten Einlage; [...]
2. Der danach verbleibende Restgewinn oder Verlust wird auf die Gesellschafter entsprechend der gewinn- und verlustberechtigten Einlage verteilt [...]

Von dem vorhin angeführten Jahresergebnis werden die Gewinnanteile oder Vorausgewinne (Zinsen) ausgeschüttet. Letztere werden halbjährlich am 30. Juni und am 31. Dezember eines jeden Jahres an die Gesellschafter ausbezahlt.

[...]

### § 17

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, dann ist für die Auszahlung seines Anteiles die zum Ende des dem Stichtag des Ausscheidens vorangehenden Geschäftsjahres stattfindende Bewertung des Gesellschaftsvermögens (Wert der Unternehmung als Ganzes) maßgebend. Die Feststellung des Unternehmenswertes und daraus die Feststellung des Wertes des Gesellschaftsanteiles erfolgt unter Anwendung des Fachgutachtens Nr. 45 der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (Betriebswirtschaftliche Richtlinien für die Ermittlung des Wertes von Unternehmungen). Bei Berechnung des Wertes des Anteiles des ausscheidenden Gesellschafters ist demnach auch der Firmenwert (good will)

zu berücksichtigen. Sollte bei Anwendung des erwähnten Fachgutachtens der Wert des Anteiles niedriger sein als der Substanzwert (Sachwert) allein, so hat der ausscheidende Gesellschafter jedenfalls Anspruch auf Auszahlung des anteiligen Substanzwertes seines Anteiles. [...]

## § 27

Die 'Komplementär-GmbH I' und 'Komplementär-GmbH II' sind berechtigt, beliebig viele stille Gesellschafter in die '[Beklagte]' aufzunehmen. Die Kommanditisten erklären, den Inhalt des stillen Gesellschaftervertrages zu kennen und sind damit ausdrücklich einverstanden, daß die stillen Gesellschafter bezüglich ihrer Beteiligung am Gewinn, Verlust und stillen Reserven (Substanz) und Anteilen am Firmenwert (good will) ihnen gleichgestellt sind. Die stillen Gesellschafter nehmen an der Gesellschafterversammlung nicht teil und haben auch kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung. Zur 'ordentlichen Gesellschafterversammlung' sind jedoch die stillen Gesellschafter einzuladen und ist ihnen von der Geschäftsführung ein Bericht über das vergangene Geschäftsjahr zu geben. Sie sind aber wie die übrigen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft in das Anteilsbuch aufzunehmen, in welches alle Gesellschafter (Komplementäre, Kommanditisten, stille Gesellschafter) mit Namen, Beruf und Anschrift und die von ihnen geleistete Einlage einzutragen sind. Weiters ist zu vermerken, wenn ein Gesellschafter diese Funktion als Treuhänder ausübt. Die Gesellschafter sind berechtigt, in das Anteilsbuch während der jeweiligen Geschäftsstunden Einsicht zu nehmen. Dieses Einsichtsrecht bezieht sich jedoch nur auf sie selbst persönlich betreffende Daten."

Einen Bilanzgewinn erzielte die Beklagte während der gesamten Geschäftstätigkeit nie. Lediglich in folgenden Jahren erzielte die Beklagte einen „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“: 1995 (563.000 EUR), 1996 (2.911.000 EUR) und 1997 (4.474.000 EUR); in den übrigen Jahren war selbst der „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ negativ. Das „Jahresergebnis vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ betrug 1995 1.620.579,77 EUR, 1996 2.348.259,13 EUR und 1997 1.563.135,09 EUR; an die stillen Gesellschafter wäre in diesen Jahren jeweils ein Betrag von mehr als 5.800.000 EUR zu zahlen gewesen.

Darüber hinaus erwirtschaftete die Beklagte 2013 einen Jahresfehlbetrag von 1.455.000 EUR; zum 31. Dezember 2013 betrug der Bilanzverlust 58.177.000 EUR.

Die Vorwegbezüge im Zeitraum 2001 bis 2008 wurden auf dem Verrechnungskonto der Klägerin gutgebucht. Auf dem Verrechnungskonto der Klägerin befindet sich per 31. Dezember 2014 ein Saldo von 29.455,80 EUR.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie aufgrund der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 2 Ob 225/07p die Entscheidung getroffen habe, Ausschüttungen an atypisch stillen Gesellschafter nur mehr dann vorzunehmen, wenn diese vom Reingewinn der Gesellschaft abgedeckt seien.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2015 kündigte die Klägerin ihre Anteile an der Beklagten mit Wirksamkeit per 2. Jänner 2016 und ersuchte um Auszahlung des Guthabens in Höhe des Klagsbetrags (29.455,80 EUR) auf ihrem Verrechnungskonto binnen 14 Tagen.

Ein zu 3 St 55/12f der Staatsanwaltschaft Linz geführtes Ermittlungsverfahren gegen (unter anderem) die Beklagte wegen des Verdachts des (schweren) Betrugs und der Untreue wurde von der Staatsanwaltschaft Linz gemäß § 190 Z 2 StPO eingestellt. Über einen Fortführungsantrag gemäß § 195 StPO lag bis zum Schluss der Verhandlung noch keine Entscheidung vor.

Die Klägerin begehrte – gestützt auf § 8 Z 1 KGV und Punkt VII lit b SGV – die Zahlung des der Höhe nach außer Streit stehenden Klagsbetrags an Guthaben auf dem Verrechnungskonto. Er setzt sich einerseits aus Vorwegbezügen für den Zeitraum 2001 bis 2008 und andererseits aus Zinsen zusammen. Beim eingeklagten Betrag handle es sich um die vertraglich zugesagte sechsprozentige Mindestverzinsung und die vertraglich zugesagte sechsprozentige Verzinsung des Guthabensstands auf dem Verrechnungskonto. Die Klägerin begehrte in diesem Prozess nicht die Auszahlung ihres Abschichtungsguthabens. Die Vereinbarung einer Mindestverzinsung eines atypisch stillen Gesellschaftsanteils sei zulässig. Sofern die Mindestverzinsung nicht aus dem Gewinn gedeckt werden könne, führe sie zu einem entsprechenden Verlust im Unternehmen des Geschäftsherrn (Beklagte) und damit indirekt zu einem Wertverlust der Anteile der atypisch stillen Gesellschafter. Der Wertverlust des Nominales, den die Klägerin erlitten habe, betrage ca 95 %. Die Beklagte verweigerte sowohl die Auszahlung der Abschichtungsguthaben als auch die Auszahlung der auf dem Verrechnungskonto gutgebuchten vertraglich zugesicherten Mindestverzinsung mit dem Argument, es handle sich dabei um eine „Einlagenrückgewähr“. Die Kapitalerhaltungsvorschriften für Kapitalgesellschaften seien jedoch in

keinem Fall auf die stille Gesellschaft anzuwenden, schon weil der stille Gesellschafter gemäß § 180 UGB zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet sei. Gemäß § 182 Abs 2 UGB sei der stille Gesellschafter nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Da der Vorwegbezug, soweit er nicht durch einen Jahresgewinn gedeckt sei, ohnedies zur Verminderung des Abschichtungswerts des Anteils des stillen Gesellschafters führe, würde dieser sonst zweifach mit diesem Verlustanteil belastet, was auf eine Enteignung der Klägerin hinauslaufe. Die vertraglich zugesagte Vorwegverzinsung sei nie aus dem Bilanzgewinn der Beklagten finanziert worden, weil es im gesamten Geschäftsleben der Beklagten nie einen Bilanzgewinn gegeben habe. Rechtlich führte die Klägerin aus, die Rechtsprechungslinie des Obersten Gerichtshofs zu 2 Ob 225/07p sei abzulehnen. Überdies bestünden wesentliche Unterschiede zwischen der GmbH & Co KG einerseits und einer stillen Gesellschaft unter Beteiligung einer GmbH & Co KG andererseits. Bei einer atypisch stillen Beteiligung handle es sich um Fremdkapital, nicht um Eigenkapital. Die vertraglich zustehenden Beträge seien auf ein frei behebbares Privatkonto („Verrechnungskonto“) gebucht worden; allenfalls sei in diesem Zeitpunkt eine Einlagenrückgewähr erfolgt. Die Auszahlung dieses Guthabens könne selbst keine Einlagenrückgewähr mehr darstellen.

Die Beklagte wendete ein, sie verfüge über ein Kommanditkapital von 4.300 EUR. Die Einlagen der atypisch stillen Gesellschafter beliefen sich per 31. Dezember 2013 auf 96.062.078,32 EUR, nach entsprechender Verlustzuweisung auf 25.270.614,45 EUR bei einer Bilanzsumme von 56.785.567,73 EUR und Verbindlichkeiten von 15.883.099,40 EUR. Sie habe ihre Geschäftstätigkeit ganz entscheidend über die Einlagen der atypisch stillen Gesellschafter finanziert. Ab 1998 hätten die Vorwegbezüge bis zur Einstellung der Gewährung von Vorwegbezügen im Jahr 2009 überhaupt nicht mehr aus dem Bilanzgewinn der Beklagten finanziert werden können. Die Auszahlung von Vorwegbezügen sei von der Beklagten im Jahr 2009 eingestellt worden, weil sie aufgrund der Entscheidung 2 Ob 225/07p zur Auffassung gelangt sei, dass die Gewährung gewinnunabhängiger Vorwegbezüge durch eine GmbH & Co KG wie die Beklagte gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstöße und daher rechtswidrig sei. Das Verbot der Einlagenrückgewähr sei analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden. Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co KG sei – wie auch in anderen Bereichen – dem Kommanditisten gleichzustellen. Die atypisch stille Beteiligung sei als Eigenkapital zu werten. § 182 Abs 2 UGB und § 83 Abs 1 S 2 GmbHG seien nicht einschlägig, weil es nicht um die Rückzahlung bezogener Gewinne gehe. Zudem seien Gutbuchungen auf dem Verrechnungskonto keine Verfügungen über einen Geldbetrag; der Klägerin sei keinerlei Verfügungsmöglichkeit über das interne Verrechnungskonto zugekommen. Die Vereinbarungen über die Gewährung gewinnunabhängiger Vorwegbezüge seien daher nichtig.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es hielt – ungeachtet der Außerstreitstellung der Höhe des Klagebegehrens – das Klagebegehren mangels Aufschlüsselung für unschlüssig. Außerdem stünden folgende Gründe dem Anspruch entgegen: Ausgehend von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (8 Ob 2124/96w und 2 Ob 225/07p) sowie der überwiegenden Lehre rechtfertige es der Gedanke des Gläubigerschutzes in Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der Kapitalstock der Gesellschaft und damit der Haftungsfonds für die Gläubiger zum überwiegenden Teil aus Einlagen der stillen Gesellschafter bestehe, die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG und insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr in gleicher Weise auf den atypisch stillen Gesellschafter der GmbH & Co KG wie auf den Kommanditisten anzuwenden. Die weitgehende Gleichstellung des atypisch stillen Gesellschafters mit dem Kommanditisten einer GmbH & Co KG durch das Höchstgericht in anderen Bereichen spreche für einen Gleichlauf auch im vorliegenden Bereich. Der bloße Stimmrechtsausschluss der stillen Gesellschafter laut § 27 des Kommanditgesellschaftsvertrags sowie der Charakter als Innengesellschaft seien aus Sicht des Gläubigerschutzes und der Kapitalstruktur der Gesellschaft irrelevant. Die begehrte Auszahlung der (gewinnunabhängigen) Vorwegbezüge sei eine unzulässige Einlagenrückgewähr; die dafür angezogene vertragliche Anspruchsgrundlage (in § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrags) sei nichtig. Gleiches gelte für die in Punkt VII. lit b des Gesellschaftsvertrags vorgesehene Verzinsung des Guthabens auf dem Verrechnungskonto. Da das Guthaben auf dem Verrechnungskonto nicht aus einem Bilanzgewinn stamme, sei die Klage wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr abzuweisen.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt. Es sei nicht Aufgabe der Rechtsprechung, komplexe Fragen des Gläubigerschutzes in dafür anders angelegten Rechtsformen fortzuentwickeln. Die Frage der Eigenkapitalfunktion der Einlage der Klägerin und der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregeln der §§ 82 f GmbHG auf den stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG müssten nicht abschließend beantwortet werden, weil das Geschäftsmodell der Beklagten mit ihren stillen Beteiligungen schon mangels Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung den Tatbestand einer verbotenen Einlagenrückgewähr nicht verwirkliche. Dem stillen Gesellschafter könne eine feste Verzinsung seiner

Einlage neben einem Gewinnanteil oder sonst ein Mindestgewinn zugesagt werden. Daher sei die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte feste Verzinsung der Einlage mit 6 % sowie die festgelegte Verzinsung des Verrechnungskontos im Rahmen eines stillen Gesellschaftsvertrags erlaubt. Fraglich sei nach der Judikatur lediglich, ob dann, wenn der Unternehmensinhaber bei einer stillen Gesellschaft als Kapitalgesellschaft oder – wie hier – als GmbH & Co KG konstituiert sei, die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG zu beachten seien. Danach sei jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, die den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteile, unzulässig. Demnach könne nur eine objektive Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung (hier: zur Verfügung gestelltes Kapital gegen Zinsen) eine verbotene (verdeckte) Einlagenrückgewähr darstellen. Ob eine Zuwendung als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren sei, hänge aber nicht allein vom objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ab. Nach der herrschenden Auffassung sei der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr nämlich dann nicht erfüllt, wenn das Geschäft einem Fremd- oder Drittvergleich standhalte oder aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt gewesen sei. Im vorliegenden Fall finanziere die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit entscheidend über die Einlagen atypischer stiller Gesellschafter. Von einem Darlehen unterscheide sich diese stille Beteiligung in erster Linie deshalb, weil der stille Gesellschafter auch an den Verlusten partizipiere (§ 5 KGV). Die Beklagte benötige zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit jedenfalls Fremdkapital, habe sie doch durchwegs seit ihrer Gründung im Jahr 1973, mit Ausnahme der Jahre 1995 bis 1997, mit Verlusten gewirtschaftet. Die stillen Beteiligungen substituierten bei der Beklagten nötige Kredite. Ihnen komme daher eine Kreditfunktion zu. Eine verbotene Einlagenrückgewähr könnte bezogen auf die hier geltend gemachten Zinsen nur dann vorliegen, wenn der vereinbarte Zinssatz gegenüber einer anderen Finanzierungsform unangemessen hoch wäre. Das sei aber angesichts des gesetzlichen Zinssatzes von 4 % (§ 1000 ABGB), von 6 % im Wechsel- und Scheckrecht (Art 48 f WG; Art 45 f SchG) und von 9,2 % über dem Basiszinssatz bei Unternehmerge schäften (§ 456 UGB) nicht der Fall gewesen. Es beständen keine Anhaltspunkte, dass der vertragliche Zinssatz von 6 % im hier zu beurteilenden Zeitraum gegenüber üblichen Kreditzinsen überhöht gewesen wäre. Die vereinbarte Vertragsklausel über den „Vorwegbezug von 6 % pa“ von der entrichteten Einlage und der für das Verrechnungskonto festgelegte Zinssatz stünden durchaus im Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Außerdem sei es auch der Beklagten gemäß § 9 KGV möglich, die vertragliche Beziehung zu kündigen. Die vereinbarte Verzinsung sei auch aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt. Sie verstöße daher nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Der Klägerin stehe daher gemäß Punkt VI. Satz 3 des Gesellschaftsvertrags iVm § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrags der vereinbarte Vorwegbezug von 6 % der Einlage zu.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 f GmbHG auch auf den stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG anzuwenden seien.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in der Revisionsbeantwortung, die Revision (als verspätet) zurückzuweisen, hilfsweise der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Die Revisionswerberin trägt vor, der Oberste Gerichtshof habe in der Entscheidung vom 29. Mai 2008, 2 Ob 225/07p (bestätigt in 6 Ob 171/15p), ausgesprochen, das für GmbH-Gesellschafter geltende Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG sei analog auf den (Nur-)Kommanditisten im Verhältnis zur verdeckten Kapitalgesellschaft anzuwenden. Dies müsse auch für atypisch stillen Gesellschafter gelten, die wie im vorliegenden Fall den Kommanditisten vermögensmäßig völlig gleichgestellt seien. Der Oberste Gerichtshof habe in mehreren Entscheidungen den atypisch stillen Gesellschafter als Eigenkapitalgeber aus Gläubigerschutzgründen den Kommanditisten der GmbH & Co KG gleichgestellt. Dies sei auch in der einheitlichen Lehre anerkannt und ergebe sich aus den Wertungen des EKEG. Der Mangel an sozi etären Mitverwaltungsrechten der atypisch stillen Gesellschafter sei irrelevant, vielmehr sei im Sinne der steuerrechtlichen Figur der „Mitunternehmerschaft“ die Übernahme des Unternehmerrisikos durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille

Reserven, Firmenwert) entscheidend. Die Schutzwürdigkeit der Gesellschaftsgläubiger sei unabhängig von Einflussrechten des Stillen gegeben. Im vorliegenden Fall seien die atypisch stillen Gesellschafter die wirtschaftlichen Eigentümer der Beklagten. Vom Kredit unterscheide sich deren Einlage durch deren Eigenkapitalcharakter. Es gehe hier nicht – wie das Berufungsgericht meine – um den Vorwurf der verdeckten Einlagenrückgewähr, bei dem die Drittvergleichsfähigkeit bzw die betriebliche Rechtfertigung zu prüfen seien. Es liege vielmehr ein offener Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Davon abgesehen lägen Drittvergleichsfähigkeit bzw betriebliche Rechtfertigung nicht vor. Sollte es entgegen der Auffassung der Revisionswerberin auf die Fremdüblichkeit ankommen, liege insoweit im angefochtenen Urteil eine Überraschungsentscheidung vor, weshalb das Berufungsverfahren mangelhaft sei.

Die Revisionsgegnerin wendet ein, die Vergleichbarkeit mit den Kommanditisten liege hier nicht vor, weil die atypisch stillen Gesellschafter von jeglicher Mitwirkung ausgeschlossen seien. Die Zusage der Auszahlung eines sechsprozentigen Vorwegbezugs sei betrieblich gerechtfertigt. Sollte diese Bestimmung wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr nichtig sein, hätte dies die Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags zur Folge, die wechselseitigen Leistungen wären dann bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln. Die von der Beklagten behauptete Insolvenz bei Auszahlung des sechsprozentigen Vorwegbezugs sei kein gerechtfertigter Grund, die Auszahlung zu verweigern.

Hierzu wurde erwogen:

#### 1. Zur Rechtzeitigkeit

1.1. Die Revisionsfrist beträgt vier Wochen von der Zustellung des Berufungserkenntnisses an § 505 Abs 2 ZPO). Nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen enden mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat (§ 125 Abs 2 ZPO). Bei Berechnung einer Frist, die nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder die Ereignung fällt, nach der sich der Anfang der Frist richten soll (§ 125 Abs 1 ZPO). Nach der Rechtsprechung kann § 125 Abs 2 ZPO nicht dahin verstanden werden, dass eine Frist von vier Wochen anders zu berechnen wäre als eine – nach § 125 Abs 1 ZPO zu berechnende – Frist von 28 Tagen. Die vierwöchige Frist endet vielmehr – wie eine solche von 28 Tagen – mit dem Tag, der seiner Bezeichnung nach dem Tag des fristauslösenden Ereignisses entspricht (RIS-Justiz RS0036530 [T5]).

1.2. Das Berufungserkenntnis wurde der Beklagten am Mittwoch, dem 6. Juli 2016 zugestellt. Die vierwöchige Frist würde nach den dargestellten Regeln am Mittwoch, dem 3. August 2016 enden.

1.3. Zwischen dem 15. Juli und dem 17. August sowie dem 24. Dezember und dem 6. Jänner werden die Notfristen im Berufungs- und Revisionsverfahren sowie im Rekurs- und Revisionsrekursverfahren gehemmt. Fällt der Anfang dieses Zeitraums in den Lauf einer solchen Notfrist oder der Beginn einer solchen Notfrist in diesen Zeitraum, so wird die Notfrist um die ganze Dauer oder um den bei ihrem Beginn noch übrigen Teil dieses Zeitraums verlängert (§ 222 Abs 1 ZPO). Die Verwendung der Präposition „zwischen“ in § 222 Abs 1 ZPO (idF Budgetbegleitgesetz 2011) schließt ein Verständnis dahin, dass von dieser Formulierung auch der Anfangs- und Endtermin umfasst ist, keineswegs aus. Der 15. Juli und der 17. August sind daher jeweils mitzuzählen (RIS-Justiz RS0127140). Der Zeitraum vom 15. Juli bis 17. August umfasst daher 34 Tage. Verlängert man die am 3. August 2016 ablaufende Frist um 34 Tage, so ist der letzte Tag dieser Frist der 6. September 2016. An diesem Tag wurde die Revision elektronisch übermittelt, weshalb sie rechtzeitig ist.

#### 2. Rechtsprechung

2.1. In der Entscheidung 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = ecolex 1990, 675 (Karollus 669) = wbl 1990, 348 (Dellinger) wurde ausgesprochen, die völlige Personengleichheit der Geschäftsführer und Gesellschafter der Komplementär-GmbH und der

Kommanditisten der KG bewirke als Konsequenz der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung der aus diesen verschiedenen Rechtspositionen eigener Art erwachsenden Rechte und Pflichten allseitige gesellschaftsrechtliche Treue-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die auch über die sonst typischerweise für die organschaftlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften gezogenen Grenzen der Verantwortlichkeit hinausreichten. Dies zwinge dazu, für die personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinne sei die unmittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der

Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft anzunehmen und zumindest in dieser Beziehung sei die KG im Innenverhältnis wie eine (einheitliche) Kapitalgesellschaft zu behandeln. § 25 GmbHG sei für die Haftung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der KG analog anzuwenden.

Zur stillen Gesellschaft enthält die Entscheidung keine Aussage.

2.2. In der Entscheidung 8 Ob 12/93 SZ 66/111 beteiligte sich der Kläger als atypisch stiller Gesellschafter an einer GmbH & Co KG „als Mitunternehmer unter Einschluss der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, an den stillen Reserven und am Firmenwert“. Er begehrte aus Prospekthaftung die Rückzahlung des Ausgabepreises.

Der Oberste Gerichtshof führte aus, atypische stille Gesellschaften, deren Wesen darin liegen könne, dass abweichend vom gesetzlichen Regeltypus der stille Gesellschafter schuldrechtlich am Gesellschaftsvermögen nach Art eines Kommanditisten und/oder an der Geschäftsführung des Handelsgewerbes beteiligt werde, ihn somit rechtlich als Mitunternehmer im Sinn des Steuerrechts stellten, würden allgemein als zulässig erachtet. Die Publikums-KG könne nicht aus Prospekthaftung in Anspruch genommen werden. Bei der atypischen stillen Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter schuldrechtlich am Vermögen oder an der Geschäftsführung beteiligt sei, seien die Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaften anzuwenden. Der Kläger könne daher sein Gesellschaftsverhältnis zur erstbeklagten Anlage-Publikums-KG nur durch Kündigung aus wichtigem Grund mit Wirkung für die Zukunft rückgängig machen.

2.3. Die Entscheidungen 8 Ob 16/94 SZ 68/28 und 8 Ob 2035/96i hatten die Sittenwidrigkeit einer – im vorliegenden Fall nicht zu prüfenden – Abfindungsklausel für einen aus einer GmbH & Co KG ausscheidenden Kommanditisten zum Gegenstand.

2.4. In der Entscheidung 8 Ob 4/95 (8 Ob 5/95) SZ 68/176 sprach der 8. Senat aus, für die atypische stille Gesellschaft sei die Beteiligung des stillen Gesellschafters am „Gesellschaftsvermögen“ und/oder an der Geschäftsführung entscheidend. Bei gegebener Beteiligung am „Gesellschaftsvermögen“ sei eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters mit Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert stelle eine „stille Mitunternehmerschaft“ dar. Im Gesellschaftsvertrag werde der Ausdruck „Mitunternehmer“ mehrmals verwendet. Durch diese Mitunternehmerschaft werde ein Gläubigerrecht, aufgrund dessen ein Konkurrenzteilnahmeanspruch als Konkursgläubiger gewährt würde, ausgeschlossen. Die Beteiligung sei Eigenkapital. Der zusätzlichen Erwägungen entsprechend den eigenkapitalersetzen Forderungen, der Konkurrenzteilnahmeanspruch des stillen Gesellschafters nach § 187 Abs 1 HGB sei teleologisch zu reduzieren, bedürfe es nicht, wenn schon durch die Stellung als atypischer stiller Gesellschafter eine Mitunternehmerschaft begründet und damit ein Konkurrenzteilnahmeanspruch ausgeschlossen werde.

2.5. In den Entscheidungen 8 Ob 7/95 und 8 Ob 39/95 hielt der Oberste Gerichtshof an der Entscheidung SZ 68/176 fest und ergänzte, der atypisch stille Gesellschafter sei insofern wie ein Kommanditist zu behandeln.

2.6. Die Entscheidung 8 Ob 2124/96b SZ 69/166 (= ecolex 1996, 863 [Reich-Rohrwig]) knüpfte an die Entscheidung SZ 66/111 an und führte aus, der Pflichteinlage des an der Komplementär-GmbH nicht beteiligten „Nur-Kommanditisten“ komme auch gegenüber dieser Eigenkapitalcharakter zu. Dieselben Grundsätze gälten für die Ansprüche des atypisch stillen Gesellschafters einer GmbH & Co KG, dessen Stellung der eines Kommanditisten angenähert sei.

2.7. In der Entscheidung 8 ObS 2107/96b SZ 69/208 (= DRdA 1997/31 [Geist]) knüpfte der 8. Senat an seine Vorentscheidungen SZ 66/111, 8 Ob 4, 5/95 und SZ 69/166 an und führte aus, atypisch stille Gesellschafter, deren Stellung der eines Kommanditisten angenähert sei, seien Kommanditisten gleichgestellt. Die Grundsätze über eigenkapitalersetzen Gesellschafterdarlehen würden auch auf den atypischen stillen Gesellschafter angewandt. Sei der stille Gesellschafter wie hier am „Gesellschaftsvermögen“ beteiligt, sei er – gleichgültig, ob er auch an der Geschäftsführung entscheidend mitwirken könne – als atypisch stiller Gesellschafter zu beurteilen; es treffe ihn nämlich die durch das Unternehmerrisiko vermittelte Stellung als Mitunternehmer. Gewähre ein solcher atypischer stiller Gesellschafter ein Darlehen, liege unter den sonstigen oben erwähnten Voraussetzungen ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen vor, auf das die zu diesem entwickelten Grundsätze anzuwenden seien.

2.8. In den Entscheidungen 8 Ob 107/97m (ecolex 1997, 774 [Fellner]) und 8 Ob 112/97x (ecolex 1998, 36 [Fellner]; bestätigt durch 8 Ob 165/99v) waren der klagenden stillen Gesellschafterin im Gesellschaftsvertrag diverse Kontroll- und Zustimmungsrechte eingeräumt. Der Senat sprach unter Bezugnahme auf SZ 68/176, 8 Ob 7/95 und 8 Ob 39/95

aus, es liege keine atypische stille Gesellschaft vor, denn dazu wäre eine Beteiligung an den Steigerungen des Vermögenswerts entscheidend, wodurch eine Mitunternehmerschaft begründet werde, die einen Konkurrenzanspruch ausschließe. Die weiters vertraglich vereinbarten Informationsrechte gingen nicht über die Großgläubigern üblicherweise gewährten Rechte hinaus. In 8 Ob 107/97m heißt es weiter, ein Widerspruchsrecht zu ungewöhnlichen Geschäften allein mache die stille Gesellschaft noch nicht zu einer atypischen stillen Gesellschaft. Zusammengefasst handle es sich typologisch eher um ein langfristiges Darlehen mit einem an der Sekundärmarktrendite orientierten variablen Zinssatz als um eine Beteiligung als Gesellschafter bzw Mitunternehmer.

2.9. In der Entscheidung 8 Ob 114/02a ging es um den Konkurrenzanspruch einer KG, die sich an der Gemeinschuldnerin als stille Gesellschafterin beteiligt hatte. Nach dieser Entscheidung wäre der Konkurrenzanspruch der KG nur dann gänzlich verwehrt (RIS-Justiz RS0075202), wenn ihre Beteiligung als sogenannte atypische stille Gesellschaft zu beurteilen wäre. Eine derartige Beteiligungsform liege bei besonderer vom Gesetz abweichender vertraglicher Regelung des Innenverhältnisses vor, wodurch der stille Gesellschafter am „Gesellschaftsvermögen“ und/oder an der Geschäftsführung des Handelsgewerbes beteiligt werde. Unter Berufung auf die Entscheidung 8 Ob 4/95 = SZ 68/176 = RdW 1996, 113 = ZIK 1996, 71 = ecolex 1996, 459 sprach der Oberste Gerichtshof aus, bei gegebener Beteiligung am Gesellschaftsvermögen sei eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters stelle eine „stille Mitunternehmerschaft“ dar, die durch die Übernahme von Unternehmerrisiko vermittelt werde. Eine eigene Mitunternehmerinitiative sei nicht erforderlich. Das Unternehmerrisiko werde regelmäßig indiziert durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert). Werde somit dem stillen Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrags auch eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eingeräumt, so liege Mitunternehmerschaft und damit eine atypische stille Gesellschaft vor (RIS-Justiz RS0062141). Das vertraglich 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, judizierte 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 sei. Ob diese steuerliche Sicht auch bei Prüfung des Konkurrenzanspruchs gerechtfertigt ist, konnte der Oberste Gerichtshof jedoch offen lassen, weil

die Klägerin ihre Forderungsanmeldung ausschließlich auf ein eigenes Forderungsrecht aufgrund des zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin abgeschlossenen Garantievertrages gestützt hatte. Daher müsse 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 Konkurrenznahme jedenfalls ausgeschlossen wäre.

2.10. Auch in der Entscheidung 10 Ob 73/04i (EvBl 2005/118) stellte der Oberste Gerichtshof darauf ab, dass der Kläger als atypisch stiller Gesellschafter an der Wertentwicklung (Gewinn und Verlust) des Geschäftsherrn voll teilnahm und ihm auch gewisse Kontrollrechte hinsichtlich der Beklagten zustanden. Dabei verwies der erkennende Senat auf Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, in denen atypisch stille Gesellschafter wie der Kläger als „Mitunternehmer“ und damit Eigenkapitalgeber qualifiziert wurden.

2.11. In 6 Ob 14/14y SZ 2014/125 (ecolex 2015, 128 [Brugger] = GesRZ 2015, 130 [Karollus]) wurde obiter ausgesagt, bei einer atypischen stillen Gesellschaft komme dem Gesellschafter Mitunternehmerschaft zu (keine Forderung als Insolvenzgläubiger).

2.12. In der Entscheidung 2 Ob 225/07p (= SZ 2008/74) hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen:

„Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden.“

2.13. Der Oberste Gerichtshof hat an dieser Rechtsprechung in den Entscheidungen 6 Ob 171/15p und 6 Ob 198/15h trotz Kritik in Teilen des Schrifttums ausdrücklich festgehalten (vgl RIS-Justiz RS0123863).

Zur Frage, ob das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf atypisch stille Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, analog anzuwenden ist, enthalten diese

Entscheidungen keine Aussage.

### 3. Lehre

3.1. Die österreichische Literatur befasst sich mit der Problematik des atypisch stillen Gesellschafters als Eigen- oder Fremdkapitalgeber im Zusammenhang mit der Frage, wie Ansprüche aus der Beteiligung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers zu behandeln sind, weiters im Zusammenhang mit einer etwaigen Qualifizierung eines vom Stillen dem Geschäftsinhaber gewährten Kredits als eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen sowie bei der Beurteilung, ob der atypisch Stille Adressat des Auszahlungsverbots nach § 82 GmbHG bzw § 52 AktG sein kann.

3.2. Nach Hochedlinger (in Jabornegg/Armann, UGB<sup>2</sup> [2010] § 187 Rz 5 mwN und 10) ist die Einlage des Stillen als materielles Eigenkapital zu qualifizieren, wenn die Kriterien der Gewinnabhängigkeit (dh vor allem keine vereinbarte „Mindestverzinsung“) in Verlustjahren und – etwa aufgrund besonderer (Rangrücktritts-)Vereinbarung – der Nachrangigkeit im Insolvenzfall gegeben sind (unter Hinweis an Eberhartinger, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen [1996] 66 ff; vgl auch Straube/V. Appl in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I4 § 187 Rz 6). Bei einem vereinbarten „Mindestgewinn“ sei stets das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten, wenn Unternehmensinhaberin eine Kapitalgesellschaft oder GmbH & Co KG im engeren Sinn ist (Hochedlinger in Jabornegg/Armann, UGB2 § 181 Rz 4 und § 186 Rz 9). Mindestgarantien (zB Mindestverzinsungen) bei atypisch stillen Beteiligungen seien in solchen Konstellationen in aller Regel wegen Verstoßes gegen Gläubigerschutzinteressen unwirksam. Der Ausschluss einer Verlustbeteiligung spreche indessen nicht gegen die Qualifikation als Eigenkapital (Hochedlinger in Jabornegg/Armann, UGB2 § 187 Rz 5; aATrenker in Torggler, UGB<sup>2</sup> [2016] § 187 Rz 4; A. Leitner, Stille Gesellschaft und Eigenkapitalersatz, ecolex 1999, 399). In seiner neuesten Stellungnahme (Die GmbH & Still als Alternative zur GmbH & Co KG2 In GedS Arnold, GmbH & Co KG<sup>2</sup> [2016] 131 [148 ff]) betont Hochedlinger den abschließenden Charakter des§ 10 EKEG.

3.3. Trenker (Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126, 129) weist darauf hin, dass die Einstufung der Einlage des atypisch stillen Gesellschafters als Eigenkapital eine Ausnahme von § 187 UGB bilde, die sich nur aus dem Gesetz oder angesichts dessen dispositiven Charakters aus dem Vertrag ergeben könne. Habe nun der stille Gesellschafter wie oftmals in den relevanten Entscheidungen die Tragung des Unternehmerrisikos im Wege eines ausdrücklichen Verlustausschlusses oder einer garantierten Rückzahlungsvereinbarung für sich ausgeschlossen, so könne ihm die Übernahme eines solchen nicht bloß aufgrund seiner Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert unterstellt werden. Dies sei eine Negierung des übereinstimmenden Parteiwillens und mit privatautonomen Grundsätzen nicht vereinbar. Eine vertraglich allenfalls beabsichtigte Einstufung als „Mitunternehmer“ beziehe sich nur auf das Steuerrecht, aus dem der Begriff ja auch stamme. Für den zivilrechtlichen Eigen- oder Fremdkapitalcharakter der Einlage lasse sich hieraus jedoch nichts ableiten. Im Übrigen hinke der aus Gläubigerschutzgründen aufgestellte Vergleich mit dem Kommanditisten, weil beim stillen Gesellschafter mangels Firmenbucheintragung einer bestimmten Haftsumme kein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger entstehen könne.

3.4. Berger (Stille Beteiligungen im Konkurs des Geschäftsinhabers, RdW 1996, 403) spricht sich in seinem Aufsatz zu der Entscheidung 8 Ob 4, 5/95 für den Fall, dass zwischen dem atypisch Stillen und dem Geschäftsinhaber keine Rangrücktrittsvereinbarung getroffen wurde und auch kein Fall der gesplitteten Einlage vorliegt, für eine Übernahme der BGH-Rechtsprechung aus: Die stille Einlage sei nur dann als Eigenkapital zu qualifizieren, wenn der Stille nicht nur vermögensrechtlich (Beteiligung am Gewinn, an den stillen Reserven und am Firmenwert), sondern auch hinsichtlich seiner Verwaltungsrechte einem Kommanditisten vergleichbar sei. Er wendet sich damit ebenfalls ausdrücklich gegen die Ansicht des Obersten Gerichtshofs, wonach es auf das Vorliegen einer steuerlichen Mitunternehmerschaft (Beteiligung an Gewinn, stillen Reserven und Firmenwert ausreichend) ankomme.

3.5. Auch andere Autoren sprechen sich gegen das Abstellen auf eine (steuerliche) Mitunternehmerschaft aus (Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht [1998] 283 f; krit auchA. Leitner, ecolex 1999, 399; Hochedlinger in Jabornegg/Armann, UGB2 § 187 Rz 6). Karollus (ecolex 1996, 860) hält zwar in anderen Konstellationen (atypischer Pfandgläubiger) den Ansatz bei den erweiterten Verwaltungsbefugnissen für tragfähiger, räumt jedoch ein, dass die Abgrenzung des Obersten Gerichtshofs anhand der steuerlichen Mitunternehmerschaft aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll sei, weil Beteiligungsmodelle in der Praxis gerade anhand steuerlicher Kriterien gestaltet würden.

3.6. Der Einfluss des Inkrafttretens des EKEG zum 1. Jänner 2004 (vgl. zur alten Rechtslage Straube/U. Torggler in Straube, HGB<sup>3</sup> § 187 Rz 6 f [Stand 1. Jänner 2003, rdb.at]) wird unterschiedlich beurteilt. Nowotny (in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/976) lehnt die Koppelung des Eigenkapitalcharakters der stillen Einlage an die steuerliche Mitunternehmerschaft in dieser Allgemeinheit ab. Die bisherige Rechtsprechung sei überholt, weil es durch § 10 EKEG nun klare Vorgaben gebe, unter welchen Voraussetzungen der Stille das Eigenkapitalrisiko zu tragen habe.

3.7. Straube/V. Appl (in Straube/Ratka/Rauter, UGB4 § 187 Rz 7) beschränken sich auf den Hinweis, die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des EKEG werde wohl auch weiterhin anwendbar sein und zitieren in diesem Zusammenhang Trenker. Trenker (wbl 2011, 126 [130]) spricht sich jedoch für einen abschließenden Charakter des EKEG bezüglich der Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital aus und stützt dies auf die Intention des Gesetzgebers, mittels klar umschriebener Tatbestände Rechtssicherheit zu schaffen. § 10 EKEG hätte keinen Anwendungsbereich, wenn zum Eigenkapitalcharakter bereits jede noch so geringe stille Beteiligung am Unternehmenswert ungeachtet irgendwelcher Kontroll- oder Mitbestimmungsrechte genüge. Systematisch interpretiert ergebe sich der eindeutige Wille des Gesetzgebers, die Rechtsprechung zum atypisch stillen Gesellschafter dahingehend einzuschränken, dass die Rechtsfolgen des Eigenkapital-(ersatz-)rechts nur unter den Voraussetzungen des EKEG eintreten sollen (vgl. auch Trenker in Torggler, UGB2 § 187 Rz 5; so wohl auch J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG [2004] 419 f; Hochedlinger in Hochedlinger/Fuchs, Stille Gesellschaft Rz 1/277 ff).

3.8. Nach Dellinger (in Dellinger/Mohr, EKEG § 10 Rz 9) ändere sich auch durch das EKEG nichts an der Wertung, dass eine als Mitunternehmerschaft zu qualifizierende atypisch stille Beteiligung unabhängig vom Eigenkapitalersatzrecht zur Behandlung der stillen Einlage als Eigenkapital führe. Die dem stillen Gesellschaftsvertrag entsprechende Behandlung atypisch stiller Beteiligungen als Eigenkapital beruhe eben nicht erst auf einer eigenkapitalersatzrechtlichen Umqualifizierung. Außerhalb eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsinhabers richteten sich die Rechtsfolgen einer atypisch stillen Beteiligung zunächst wieder nach dem Vertrag. Eine nicht schon unter diesem Aspekt unzulässige Leistung an den atypisch Stillen (zB Zinszahlung oder Rückzahlung der Einlage) könne aber nur dann unzulässig sein, wenn der atypisch stille Gesellschafter einem vom EKEG erfassten Gesellschafter gleichstehe (ebenso Oberndorfer, Zur Zulässigkeit einer Abfindungsgarantie zugunsten eines atypisch stillen Gesellschafter, RdW 2005, 476). Im Übrigen sei § 6 EKEG analog anzuwenden, wenn im Falle einer mehrgliedrigen atypisch stillen Gesellschaft (insbesondere bei Publikumsgesellschaften) zwar nicht ein stiller Gesellschafter allein die 25%ige Beteiligungsquote erreicht (was hä

**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)