



Das Landesgericht Linz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Klaus Stockinger als Vorsitzenden sowie Dr. Karin Gusenleitner-Helm und Dr. Irene Melot de Beauregard-Jerczynski in der Rechtssache der Klägerin **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Dr. Stefan Briem, Rechtsanwalt, Guglgasse 6/1/6/3, 1110 Wien, und der Beklagten **Imperial Kapitalbeteiligungsgesellschaft m.b.H. & Co KG (FN 23618h)**, Hafferlstraße 7, 4020 Linz, vertreten durch BEURLE I OBERNDORFER I MITTERLEHNER Rechtsanwaltskanzlei, Landstraße 9, 4020 Linz, **wegen EUR 65.219,51 s.N.**, über die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Linz vom 1. Juli 2016, 8 C 434/14h-46, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Das Berufungsverfahren 14 R 162/16f des Landesgerichtes Linz wird fortgesetzt.

Der Berufung wird Folge gegeben und das angefochtene Ersturteil wie folgt abgeändert:

*„Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen*

*EUR 14.845,11 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2011 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 4.633,34 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2013 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 5.045,82 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2010 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 4.309,31 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2011 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 3.371,20 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2009 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 6.708,97 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2009 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 948,40 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2012 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 3.551,48 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2013 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 850,18 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2012 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 7.678,01 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2010 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 2.827,09 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2010 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*EUR 10.450,60 samt 6 % Zinsen seit 31. 12. 2013 und 4 % Zinseszinsen seit 23. 04 2014*

*und die mit EUR 14.890,05 bestimmtem Prozesskosten (darin enthalten EUR 2.250,17 USt und EUR 1389 Barauslagen) zu ersetzen.“*

Mit ihrem Kostenrekurs wird die Klägerin auf diese Entscheidung verwiesen.

Die Beklagte ist überdies schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen die mit EUR 5.203,02 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin EUR 526,67 USt) zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die Beklagte wurde – wie mittlerweile gerichtsbekannt ist – mit Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21.05.1973 gegründet. Ihre Komplementärinnen sind die Imperial Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH sowie die Imperial Holding GesmbH. Am Unternehmen der Beklagten sind zahlreiche atypisch stille Gesellschafter beteiligt, mit denen sie stille Gesellschaftsverträge abschloss. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Entwicklung und Verwertung von kommerziell genutzten Immobilien sowie die Kapitalbeteiligung an Unternehmen dieser und ähnlicher Branchen. Die Beklagte finanziert ihre Geschäftstätigkeit über die Einlagen ihrer atypisch stillen Gesellschafter. Einen Bilanzgewinn hat die Beklagte während der gesamten Geschäftstätigkeit mit Ausnahme der Jahre 1995 bis 1997 nie erzielt.

Mit Beschluss vom 31.10.2017 wurde zu 17 S 116/17h des LG Linz das Sanierungsverfahren über das Vermögen der Beklagten eröffnet; mit Beschluss vom 08.06.2018 wurde der Sanierungsplan rechtskräftig bestätigt und das Sanierungsverfahren aufgehoben.

Mit Klage vom 19. März 2014 beehrte die Klägerin die Zahlung von EUR 64.743,53 samt 6 % Zinsen und 4 % Zinseszinsen. In der mündlichen Streitverhandlung vom 24. Mai 2016 wurde das Klagebegehren auf insgesamt EUR 65.219,51 s.N. ausgedehnt.

Die Klägerin brachte zusammengefasst vor, elf namentlich näher bezeichnete natürliche Personen seien an der Beklagten als atypisch stille Gesellschafter beteiligt, wobei die stillen Gesellschaften bereits teilweise aufgelöst worden seien. Die Beklagte verweigere die Auszahlung der Saldoguthaben auf deren Verrechnungskonten. Die Guthaben auf den Verrechnungskonten würden sich einerseits aus den nach § 8 Z. 1 des Kommanditgesellschaftsvertrages i.V.m. dem Vertrag über die stillen Gesellschaften vertraglich zugesagten Gewinn-Vorwegbezügen i.H.v. 6 % p.a. und andererseits aus den gemäß Punkt VII. lit. b des Gesellschaftsvertrags über die stille Beteiligung vereinbarten Habenzinsen für Guthaben auf den Verrechnungskonten i.H.v. 6 % per anno zusammensetzen, wobei das Gros der Auszahlungsansprüche die stehengelassenen 6%igen

Vorwegbezüge ausmachen würden. Die Gewinn-Vorwegbezüge seien entweder tatsächlich an die Gesellschafter ausbezahlt oder den Verrechnungskonten gutgebucht worden. Mit der Gutbuchung seien die Gewinne daher auch iSd § 182 Abs. 2 UGB bezogen worden. Die Gewinnanteile seien zudem iSd § 83 Abs. 1 GmbHG (bzw. § 172 Abs. 4 UGB) gutgläubig bezogen worden. Unter anderem aufgrund der exorbitant hohen Vorwegbezüge an die Komplementäre Imperial Kapitalbeteiligungs GmbH und Imperial Holding GmbH habe die Beklagte seit ihrer Gründung im Jahr 1973 bis ins Jahr 2010 ausnahmslos Verluste erwirtschaftet. Das von der Beklagten behauptete Verbot der Einlagenrückgewähr komme ab dem Zeitpunkt der Beendigung der stillen Gesellschaft nicht mehr zur Anwendung. Die Ansprüche seien an die Klägerin abgetreten worden.

Die Beklagte bestritt und wandte im Wesentlichen ein, die geltend gemachte Verpflichtung zur Auszahlung von Vorwegbezügen verstoße gegen zwingende Vorschriften der Kapitalerhaltung (Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß §§ 82 f GmbHG), die analog auch auf atypisch stille Gesellschaften anzuwenden seien, und sei daher nichtig; dies mit Verweis auf die Entscheidung 2 Ob 225/07p. Die Beklagte habe in allen Jahren (mit Ausnahme der Jahre 1995 bis 1997) selbst ohne Berücksichtigung ausbezahlter bzw. gutgebuchter Vorwegbezüge an die stillen Gesellschafter Bilanzverluste erzielt, so dass eine Gewinnausschüttung unzulässig wäre.

Gewinnausschüttungen bzw. Vorwegbezüge für die einzigen Jahre mit Bilanzgewinn (1995 bis 1997) seien im Klagsbetrag nicht enthalten, weil die Guthaben entweder bereits ausbezahlt oder gegen das Entgelt für den Erwerb neuer Anteile aufgerechnet worden seien. Die Mindestverzinsung verstoße zudem gegen § 81 Abs. 1 und Abs. 3 GmbHG. Im übrigen sei die Auszahlung gemäß § 122 Abs. 1 UGB verboten, weil diese der Beklagten offenbar zum Schaden gereichen würde. Die Klage sei darüber hinaus unschlüssig, da die gegenständlichen Beträge und die diesbezüglichen Zeiträume, für die die Beträge geltend gemacht werden, nicht aufgeschlüsselt worden seien. Es seien auch die Salden per 30. Juni und per 31. Dezember der Jahre 1995 bis 1997 entweder überhaupt nicht oder falsch angegeben worden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Auf den festgestellten Sachverhalt kann für die Zwecke des Berufungsverfahrens an dieser Stelle verwiesen werden (§ 500a ZPO).

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht Folgendes aus:

*„Die stille Gesellschaft ist von einem partiarischen Darlehen jedenfalls dann abgrenzbar, wenn eine Beteiligung auch am Verlust der Gesellschaft vorliegt (Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Kap. 2.5 Rz 2/949; zum*

deutschen Recht Schmidt in MüKoHGB § 230 HGB Rz 60); ebenso, wenn eine Einlage geleistet wird (Schmidt in MüKoHGB § 230 HGB Rz 54). In beiden Fällen liegt dann jedenfalls kein partiarisches Darlehen vor. Die Bestimmung des § 181 Abs. 2 UGB, wonach im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden kann, dass der stille Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt sein soll, hat nur klarstellende Bedeutung dahingehend, dass auch bei Ausschluss der Verlustbeteiligung nicht zwingend ein partiarisches Darlehen, sondern auch eine stille Gesellschaft vorliegen kann (zum gleichlautenden § 231 dHGB Schmidt in MüKoHGB § 231 HGB Rz 20).

Die Vereinbarung eines bestimmten Mindestgewinns ohne weitere Einschränkung ist als konkludenter Ausschluss der Verlustbeteiligung zu verstehen (Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Kap. 2.5 Rz 2/966; zum deutschen Recht Schmidt in MüKoHGB § 231 HGB Rz 21; Harbarth in Großkomm. HGB § 231 HGB Rz 14). Von dieser Vereinbarung ist die Vereinbarung einer Mindestausschüttung zu unterscheiden, die lediglich den Einbehalt des Gewinns nach § 182 Abs. 2 letzter Satz UGB (entspricht § 232 Abs. 2 dHGB) und nicht die Verlustbeteiligung ausschließt (Schmidt in MüKoHGB § 231 HGB Rz 21).

Fallkonkret wurde ausdrücklich vereinbart, dass der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust nach Maßgabe seiner Anteile beteiligt ist (Punkt VI. des Vertrags über die stille Gesellschaft; ebenso § 5 des Kommanditgesellschaftsvertrages). Bereits dies schließt eine konkludente Vereinbarung eines Verlustbeteiligungsausschlusses aufgrund des 6%-en Vorwegbezugs aus. In § 8 des Kommanditgesellschaftsvertrages wurde weder ein bestimmter Mindestgewinn noch eine Mindestausschüttung vereinbart, sondern lediglich die Verteilung von Gewinn und Verlust geregelt (arg: „[...] verbleibende Gewinn oder Verlust wird wie folgt verteilt:“), wobei auf den zu verteilenden Gewinn ein Vorwegbezug von 6 % der eingezahlten Einlage, also ein Vorschuss auf den zu verteilenden Gewinn, noch bevor ein solcher überhaupt durch Feststellung des Jahresabschlusses am Ende des Jahres feststeht, zugesagt wurde. Bereits diese klare Regelung der Gewinnverteilung zeigt eindeutig, dass ausschließlich ein tatsächlich bestehender Gewinn verteilt werden soll, und zwar, wie sich aus Punkt VI. des Vertrags über die stille Gesellschaft unmissverständlich ergibt, ein Bilanzgewinn (arg: „[...] die von einem Wirtschaftstreuhandler testierte Jahresbilanz herangezogen.“). Der Gewinnauszahlungsanspruch entsteht somit erst am Ende des Wirtschaftsjahres mit Feststellung eines Bilanzgewinns. Der vereinbarte Vorwegbezug noch vor Entstehen des zugrunde liegenden Gewinnauszahlungsanspruchs ist ein davon zu unterscheidender und unabhängiger Rechtsgrund, der nichts anderes darstellt als einen Vorschuss auf einen (möglicherweise) erst entstehenden Anspruch (ähnlich den Gehaltsvorschüssen). Ein Vorschuss wird in Erwartung künftiger Entwicklungen bereits gewährt und kann als

rechtsgrundlos zurückgefordert werden, wenn der Anspruch, der bevorschusst wurde, letztlich entgegen den Erwartungen nicht entsteht (vgl. dazu 10 Ob 148/05w). Jede Vorschussregelung ist aber (ergänzend nach dem hypothetischen Parteiwillen) so auszulegen, dass ein Anspruch auf einen Vorschuss (hier: Vorwegbezug) nicht mehr bestehen soll, wenn spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit des Vorschusses erkennbar ist, dass der Anspruch, der bevorschusst werden sollte, nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nicht mehr entstehen kann. Es wäre sinnentleert, würde man den Schuldner zur Leistung des vereinbarten Vorschusses verpflichten, wenn bereits feststeht, dass er diesen aufgrund Rechtsgrundlosigkeit wegen Nicht-Entstehens des bevorschussten Anspruchs bereicherungsrechtlich wieder zurückverlangen kann.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Klägerin bereits aufgrund der ausdrücklichen Vereinbarung keinen Anspruch auf Auszahlung eines Vorwegbezugs in jenen Jahren hat, in denen tatsächlich kein zu verteiler Bilanzgewinn vorhanden war. Es wurde gerade nicht ein gewinnunabhängiger Auszahlungsanspruch vereinbart, sondern lediglich ein Vorschuss im Rahmen der Regelung der Verteilung eines tatsächlichen Bilanzgewinns. Spätestens mit Feststellung des Jahresabschlusses, aus dem ersichtlich ist, dass kein Bilanzgewinn entstand, ist jeglicher Rechtsgrund für die Auszahlung des Vorwegbezugs als Gewinnauszahlungsvorschuss endgültig weggefallen, so dass das Klagebegehren für diese Jahre mangelnder Bilanzgewinne bereits aufgrund der ausdrücklichen vertraglichen Regelungen nicht zu Recht besteht, ohne dass es überhaupt noch auf die Einwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr ankommen würde.<sup>n</sup>

Die Beklagte ist jedoch auch mit dieser Einwendung im Recht. In der Entscheidung 8 Ob 2124/96b sprach der OGH bereits ausdrücklich aus, dass sowohl einem am Erfolg und der Substanz der Gesellschaft beteiligten Kommanditisten (ebenso dem sogenannten „Nur-Kommanditisten“, der selbst nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt ist) einer GmbH & Co. KG, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, als auch dem hinsichtlich der Beteiligung am Erfolg und Substanz der Gesellschaft dem Kommanditisten insofern gleichgestellten bzw. angenäherten atypisch stillen Gesellschafter aufgrund des Eigenkapitalcharakters seiner Einlage nicht die Stellung eines Konkursgläubigers zukommt. Sowohl auf diesen Kommanditisten als auch auf den an einer solchen Kommanditgesellschaft beteiligten atypisch stillen Gesellschafter seien die Kapitalerhaltungsvorschriften (insbesondere §§ 74, 82 und 83 GmbHG) analog anzuwenden.

In der Entscheidung 2 Ob 225/07p bestätigte der OGH nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der österreichischen und deutschen Rechtsprechung und Lehre und den Gesetzesmaterialien diese Ansicht sowohl hinsichtlich der „Nur-Kommanditisten“ als auch – obiter dictum – der am Erfolg und Substanz der GmbH & Co. KG, bei der keine natürliche

*Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist, beteiligten atypischen stillen Gesellschafter.*

*Auch nach dieser Entscheidung befürwortet ein Großteil der Lehre die analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften nach dem GmbHG auf die atypisch stillen Gesellschafter einer GmbH & Co. KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter (so beispielhaft Oberndorfer/Leitner, ecolex 2009, 956 [957 f], wonach Zusagen gewinnunabhängiger Gewinnausschüttungen an atypisch stille Gesellschafter gegen Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen würden und daher insoweit nichtig seien; ebenso Frotz/Spitznagel, ZuS 2011, 103 [105 f]; Hochedlinger in Jabornegg/Artmann2 § 181 UGB Rz 4; Straube/Appl in Straube4 § 181 UGB Rz 7).*

*Gemäß dem seit 1. Jänner 1991 unveränderten § 82 Abs. 1 GmbHG (sinngleich für die Aktiengesellschaft § 52 AktG) können die Gesellschafter ihre Stammeinlagen nicht zurückfordern. Sie haben, solange die Gesellschaft besteht, Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist.*

*Gemäß dem ebenso seit 1. Jänner 1991 unveränderten § 82 Abs. 3 GmbHG dürfen für die Gesellschafter Zinsen von bestimmter Höhe weder bedungen noch ausbezahlt werden. Die Anwendung der dem Gläubigerschutz dienenden strengen Kapitalerhaltungsvorschriften, insbesondere, dass an die Gesellschafter nur ein Bilanzgewinn ausgeschüttet werden darf, ist im konkreten Fall umso augenscheinlicher, als das Kapital der Beklagten im weit überwiegenden Ausmaß durch die Einlagen der atypisch stillen Gesellschafter aufgebracht wurde. Der OGH stellt den atypisch stillen Gesellschafter auch hinsichtlich der Verneinung eines Konkursteilnahmeanspruchs dem Kommanditisten einer GmbH & Co. KG gleich und damit einem (Konkurs-)Gläubiger gegenüber (RIS-Justiz RS0102971; RIS-Justiz RS0081669; RIS-Justiz RS0075202).*

*Eine atypisch stille Gesellschaft entsteht, wenn besondere, vom Gesetz abweichende Regelungen betreffend das Innenverhältnis der Gesellschaft vertraglich getroffen werden, wodurch der stille Gesellschafter am Vermögen des Unternehmensinhabers und/oder an der Geschäftsführung des Unternehmens beteiligt wird; der stille Gesellschafter ist damit „Mitunternehmer“ (Straube/Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB4 § 179 Rz 43 mwN aus Rsp und Lehre). Dass der atypisch stille Gesellschafter sowohl am Vermögen als auch an der Geschäftsführung kumulativ beteiligt sein müsste (so offenbar die Ansicht der Klägerin), steht im krassen Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0062080).*

*Ausreichendes Merkmal der atypisch stillen Gesellschaft zur Abgrenzung zur echten stillen*

*Gesellschaft ist, dass den atypisch stillen Gesellschafter im Gegensatz zum echten stillen Gesellschafter ein Unternehmerrisiko trifft, welches in der Regel durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen/-verlusten (insbesondere an stillen Reserven und am Firmenwert) indiziert wird (RIS-Justiz RS0075202; Straube/Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB4 § 179 Rz 43 mwN aus Rsp und Lehre). Dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmensinhaber (hier: der Beklagten) und dem stillen Gesellschafter ein schuldrechtliches und kein dingliches ist (RIS-Justiz RS0062119; RIS-Justiz RS0062080), ist nicht erheblich. Es schadet daher entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass in den Verträgen über die stille Gesellschaft § 22 des Kommanditgesellschaftsvertrages, der das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung regelt, nicht für die stillen Gesellschafter für anwendbar erklärt wurde. Die gesellschaftsrechtlichen Mitbestimmungsrechte sind für einen Gläubiger vor dem Hintergrund der strengen Gläubigerschutzbestimmungen auch irrelevant. Wesentlich ist, dass der stille Gesellschafter am Vermögen wie ein Gesellschafter beteiligt ist. Dies ist bei den prozessgegenständlichen atypisch stillen Gesellschaften der Fall.*

*Selbstverständlich können dann aber auch Habenzinsen von 6 % für ein nicht zu Recht bestehendes Guthaben nicht berechtigt begehrt werden.*

*Ausgehend von dem bisher Gesagten könnten der Klägerin daher überhaupt nur Gewinnauszahlungsansprüche hinsichtlich der Jahre 1995 bis 1997 zustehen. Die Jahresbilanz ist ein Abbild der Vermögenslage einer Gesellschaft zum Bilanzstichtag (Ende des Wirtschaftsjahres). Der Überschuss der Aktiven über die Verbindlichkeiten (und allfälliger Rückstellungen) als Passiven stellt das Eigenkapital der Gesellschaft, das Eigenkapital abzüglich Stammkapital, Kapitalrücklagen und Gewinnrücklagen den Bilanzgewinn bzw.*

*-verlust dar. Ein Jahresüberschuss bedeutet daher noch nicht, dass ein ausschüttbarer Bilanzgewinn vorliegt, da die Bilanz die Vermögenslage zu einem Stichtag darstellt und somit sämtliche vorangegangenen Jahresfehlbeträge berücksichtigt. Daher ergibt sich auch aus der Gewinn- und Verlustrechnung ein Bilanzgewinn nur nach der Rechenoperation Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag plus Gewinnvortrag aus dem Vorjahr/minus Verlustvortrag aus dem Vorjahr plus Entnahme aus der Kapitalrücklage plus Entnahme aus der Gewinnrücklage minus Bildung einer Gewinnrücklage. Das Ergebnis ist in beiden Fällen der doppelten Buchführung ident.*

*Bei Berücksichtigung der als Aufwand (und damit erfolgswirksam in der Gewinn- und Verlustrechnung aufscheinenden) verbuchten Auszahlungen der Vorwegbezüge an die stillen Gesellschafter wäre in keinem Jahr ein Bilanzgewinn entstanden. Wenn aber davon auszugehen ist, dass diese Auszahlungen bzw. Verbuchungen auf den Verrechnungskonten der stillen Gesellschafter rechtsgrundlos erfolgten, ist die Bilanz um diese Positionen zu*

bereinigen, um ein den vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes Ergebnis und eine Antwort auf die Frage, ob ein ausschüttbarer Bilanzgewinn vorlag, erhalten zu können.

Ohne Berücksichtigung der Vorwegbezüge hätte die Beklagte ausschließlich in den Jahren 1995 bis 1997 einen tatsächlichen Bilanzgewinn erzielt. Ansprüche können daher überhaupt nur zu Recht bestehen, wenn die stillen Gesellschafter, die ihre Ansprüche an die Klägerin zedierten, in diesen Jahren bereits eine Beteiligung hatten.

Daher scheiden zedierte Ansprüche des Robert Bobik (und auch des DI Karl-Heinz Gunzl hinsichtlich erst 2004 erworbener 10 Anteile) bereits von vornherein aus. Aber auch die von der Klägerin in der mündlichen Streitverhandlung vom 24. Mai 2016 vorgenommene Berechnung hinsichtlich der Jahre 1995 bis 1997 ist nicht schlüssig. Die Klägerin setzte die in diesen Jahren angefallenen Bilanzgewinne in Verhältnis zu den tatsächlich ausbezahlten Vorwegbezügen und behauptete, dass daher für das Jahr 1995 9,84 % der Vorwegbezüge, für das Jahr 1996 38,56 % der Vorwegbezüge und für das Jahr 1997 22,40 % der Vorwegbezüge durch einen tatsächlichen Bilanzgewinn gedeckt und daher jedenfalls zuzusprechen seien. Dabei verkennt die Klägerin, dass sie mit dieser Berechnungsmethode zugrundelegen würde, dass sämtlicher Bilanzgewinn ausschließlich an die stillen Gesellschafter auszuzahlen gewesen wäre. Jedoch wären nach den klaren vertraglichen Regelungen zunächst bestimmte Gewinnanteile vorweg an die beiden Komplementäre auszuzahlen gewesen und erst der Rest an die stillen Gesellschafter. Damit erweist sich die Berechnung der Klägerin als nicht schlüssig.

Zudem sei angemerkt, dass die Klägerin ausdrücklich gerade keine einzelnen Ansprüche geltend machte, wenn sie in der mündlichen Streitverhandlung vom 24. Mai 2016 darauf hinwies, dass das Verrechnungskonto kontokorrentmäßig geführt worden sei, so dass die Klägerin den letzten Saldo begehren könne, ohne diesen gesondert aufschlüsseln zu müssen. Damit machte die Klägerin unmissverständlich keine einzelnen Ansprüche aus den Jahren 1995 bis 1997 geltend, sondern ausschließlich einen Endsaldo. Ansonsten wäre die Klage jedenfalls unschlüssig, was die Beklagte im Prozess mehrmals einwandte. Ein Klagebegehren ist rechtlich schlüssig, wenn das Sachbegehren des Klägers materiell-rechtlich aus den zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachenbehauptungen abgeleitet werden kann. Der Hinweis auf angeschlossene urkundliche Belege genügt dafür nicht. Die Klägerin trifft als Kreditgeberin die Behauptungs- und Beweislast für die Höhe des gewährten Kreditbetrags sowie für den Ablauf des Rückzahlungstermins. Mangels anerkannten Saldos trifft sie auch die Behauptungs- und Beweislast dafür, wie sich der von ihr geltend gemachte Saldo errechnet (4 Ob 197/15x).

Weiters wies die Klägerin selbst darauf hin, dass ausgeschiedene stille Gesellschafter



*ausschließlich ein Auseinandersetzungsguthaben, nicht jedoch einzelne Abrechnungsposten gesondert geltend machen können (6 Ob 39/10v). Nach dem festgestellten Sachverhalt haben lediglich Robert Bobik (teilweise) und Peter Bartmann ihre Anteile nicht gekündigt. Sämtliche anderen stillen Gesellschafter könnten daher überhaupt nur ihre Abschichtung geltend machen.*

*Aber selbst wenn man über all dies hinwegsehen könnte, wären Gewinnauszahlungsansprüche für die Jahre 1995 bis 1997 bereits vorprozessual getilgt worden. Lediglich hinsichtlich Mag. Karl Rinnerhofer, der nur mit Guthaben bis 1. Juli 1996 aufrechnete, wären nicht sämtliche Gewinnanteile für diese Jahre vorprozessual erfüllt worden.*

*Zur weiteren Begründung des Klagsanspruchs, die Vorwegbezüge seien gutgläubig bezogen worden, ist folgendes auszuführen:*

*Zunächst stützt sich die Klägerin auf § 182 Abs. 2 UGB, wonach der stille Gesellschafter nicht verpflichtet sei, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Dabei verkennt die Klägerin – worauf auch die Beklagte mehrmals hinwies –, dass die Beklagte die Auszahlung nicht deshalb verweigert, weil ein Guthaben mit späteren Verlustzuweisungen verrechnet worden wäre, sondern weil (mit Ausnahme in den Jahren 1995 bis 1997) nie ein Bilanzgewinn entstanden ist, der zu einer zulässigen Gewinnzuweisung führen könnte.*

*Die Klägerin stützt ihre Ansprüche weiters auf § 83 Abs. 1 GmbHG bzw. § 172 Abs. 4 UGB. Nach § 172 Abs. 4 UGB ist ein Kommanditist in keinem Fall zurückzuzahlen verpflichtet, was er im guten Glauben als Gewinn bezieht. Ebenso bestimmt § 83 Abs. 1 letzter Satz GmbHG, dass ein Gesellschafter, was dieser in gutem Glauben als Gewinnanteil bezogen hat, nicht zurückzuzahlen verhalten werden kann. Entgegen der Ansicht der Klägerin sind nur Gewinne iSd dieser Bestimmungen bezogen, die tatsächlich an die Gesellschafter z.B. durch Überweisung auf ein Bankkonto, über das nur mehr der Empfänger und nicht mehr die Beklagte Verfügungsbefugt ist, ausbezahlt wurden, nicht aber lediglich aufgrund einer Gutbuchung auf einem von der Beklagten allein geführten buchhalterischen Konto, über welches die stillen Gesellschafter keine Verfügungsmöglichkeit haben. Andernfalls hätte sich eine Leistungsklage überhaupt erübrigt, und hätte die Beklagte auf Rückzahlung klagen müssen. Das Guthaben auf dem Verrechnungskonto stellt lediglich eine als solche ausgewiesene Buchforderung gegenüber der Beklagten dar. Dies sagt über das materielle Recht jedoch nichts aus, und ist ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen grundsätzlich nicht möglich. So ist auch ein gutgläubiger Überweisungsempfänger nicht geschützt und Kondiktionsansprüchen ausgesetzt, wenn kein Rechtsgrund für die Überweisung besteht. Erst bei tatsächlicher Auszahlung des Guthabens könnte ein gutgläubiger Erwerb stattfinden (2 Ob 107/08m).*

*Zum weiteren Vorbringen der Klägerin, die ausbezahlten bzw. gebuchten Vorwegbezüge hätten bereits zu Verlustzuweisungen bzw. Verringerungen der Faktorwerte geführt, da die Vorwegbezüge als Aufwand verbucht wurden, ist festzuhalten, dass dies nichts an dem Ergebnis geändert, dass (mit Ausnahme in den Jahren 1995 bis 1997) keine Bilanzgewinne vorlagen, und daher die Ansprüche bereits aufgrund der vertraglichen Gestaltung, aber auch aufgrund des Verbots der Einlagenrückgewähr nicht zu Recht bestehen. Richtig ist lediglich, dass aufgrund der Rechtsgrundlosigkeit der Vorwegbezüge diese, soweit sie nicht tatsächlich an die stillen Gesellschafter zur Auszahlung gelangten, nicht als Aufwand zu verbuchen wären. Gegenständlich wurde aber ohnehin von den Jahresergebnissen und Bilanzergebnissen ohne Berücksichtigung der als Aufwand verbuchten Vorwegbezüge ausgegangen. Wenn Verlustzuweisungen und Berechnungen der Faktorwerte in der Vergangenheit jedoch unter Berücksichtigung lediglich verbuchter und nicht tatsächlich ausbezahlter Vorwegbezüge vorgenommen wurden, so beeinflusst dies nicht das Ergebnis fehlender Bilanzgewinne und damit nicht zu Recht bestehender Gewinnauszahlungsansprüche, sondern (möglicherweise) ausschließlich das Auseinandersetzungsguthaben (bzw. das Kapitalkonto), welches jedoch nicht streitgegenständlich war und dazu überdies überhaupt kein schlüssiges und substantiiertes Vorbringen erstattet wurde.“*

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Ziel einer vollinhaltlichen Klagsstattgabe. Ferner wird die Kostenentscheidung des Erstgerichtes bekämpft.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufungs- bzw. Rekursbeantwortung die Bestätigung des Ersturteils.

Die Berufung ist berechtigt.

Das Berufungsverfahren wurde bis zur rechtskräftigen Erledigung der Verfahren 29 Cg 75/15y und 38 Cg 112/15f je des LG Linz unterbrochen. Diese beiden Verfahren sind mittlerweile durch die OGH-Entscheidungen 6 Ob 204/16t und 6 Ob 205/16i rechtskräftig beendet.

Einer Klagsänderung iSd Fortsetzungsantrages der Klägerin vom 3.5.2018 auf ein Feststellungsbegehren bedurfte es infolge Aufhebung des Sanierungsverfahrens durch das Landesgericht Linz mit Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 8.6.2018, 17 S 116/17h, nicht.

Nunmehr liegt mit der Entscheidung 6 Ob 204/16t des Obersten Gerichtshofes höchstgerichtliche Judikatur vor, die sich mit den Argumenten der Beklagten ausführlichst auseinandersetzt und zum Ergebnis gelangt, dass mangels Eigenkapitalcharakter der Einlage das kapitalgesellschaftliche Verbot der Einlagenrückgewähr nicht analog auf den atypisch

stillen Gesellschafter der GmbH & Co KG angewandt werden kann, unabhängig davon, ob die Gesellschafterstellung vor oder nach dem 31.12.2003, der die zeitliche Grenze für die Anwendbarkeit des EKEG markiert, verwirklicht wurde. Demnach ist in Anlehnung an diese Entscheidung festzuhalten, dass auch hier die Stellung der stillen Gesellschafter in Ansehung ihrer Mitwirkungsrechte nicht der eines Kommanditisten angenähert ist. Es wurde ihnen kein Widerspruchsrecht iSd § 164 UGB eingeräumt, an der Gesellschafterversammlung sollten sie nicht teilnehmen und darin auch kein Stimmrecht haben (vgl. § 27 des Kommanditgesellschaftsvertrages Beilage ./2 iVm Punkt VI. des Gesellschaftsvertrages Beilage ./1). Die vom Erstgericht in der rechtlichen Beurteilung einleitend angestellten vertraglichen Überlegungen sind auch nach Ansicht der Beklagten in ihrer Berufungsbeantwortung unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Einlagenrückgewähr zu sehen (siehe 2. a) der Berufungsbeantwortung), sodass auch in diesem Zusammenhang auf die bereits angesprochene OGH-Entscheidung verwiesen werden kann.

Zur Höhe des Zuspruches wird auf die entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen des Erstgerichtes verwiesen (vgl. US 11ff, AS 233 ff).

Die Abänderung des Ersturteils hatte eine neue Kostenentscheidung für das Verfahren erster Instanz zur Folge, sodass die Klägerin mit ihrer Kostenrüge auf diese abändernde Entscheidung zu verweisen war. Diese Entscheidung über die Kosten des Verfahrens beruht auf § 41 ZPO, hinsichtlich der Kosten des Berufungsverfahrens auch auf § 50 ZPO.

Die Einwendungen der Beklagten ON 44 sind teilweise berechtigt. Was den Protokollberichtigungsantrag vom 26.9.2014, ON 13, anlangt, so war dieser erfolgreich (siehe die vom Erstgericht im Protokoll ON 12 durchgeführten Korrekturen) und betraf im übrigen – neben der unrichtig angeführten Verhandlungsdauer - eine der Klägerin für die Erstattung eines Schriftsatzes eingeräumte Frist, die ursprünglich im Protokoll zu kurz ausgewiesen war (6 Wochen statt richtig 2 Monate). Dieser Berichtigungsantrag war daher notwendig und zweckmäßig. Dies gilt auch für den vorbereitenden Schriftsatz vom 31.3.2015, ON 24, der als sogenannter „bestimmender Schriftsatz“ (weil er eine Klagsausdehnung beinhaltet) zu honorieren ist (14 R 131/15f des LG Linz).

Die Urkunden (siehe ON 19) hätten jedoch nicht gesondert, sondern gleichzeitig mit dem Schriftsatz gleichen Datums vom 20.1.2015 (ON 17) vorgelegt werden können, sodass für diese Urkundenvorlage kein Honorar zusteht. Auch für den vorbereitenden Schriftsatz vom 11.5.2015 steht mangels gesetzlicher Grundlage kein Honorar zu. Dies ergab den im Spruch ausgewiesenen Betrag.

Die Kosten des Berufungsverfahrens wurden richtig verzeichnet.

Die Unzulässigkeit der Revision ergibt sich aus § 502 Abs 1 ZPO, weil die Entscheidung des

Berufungsgerichts von keinen Rechtsfragen der dort genannten Qualität abhängig war. Das Berufungsgericht hat die zitierte und in einer völlig parallel gelagerten Sache ergangene, höchstgerichtliche Rechtsprechung auf den vorliegenden Einzelfall angewandt.

---

**Landesgericht Linz, Abteilung 14**  
**Linz, 24. September 2018**  
**Dr. Klaus Stockinger, Richter**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG