



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Brigitta Hütter als Vorsitzende sowie den Richter Dr. Wolfgang Seyer und die Richterin Dr. Sabine Plöckinger in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Dr. Stephan Briem, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei **Imperial Kapitalbeteiligungs GmbH & Co KG**, Hafferlstraße 7, 4020 Linz, vertreten durch Beurle Oberndorfer Mitterlehner Rechtsanwaltskanzlei in Linz, wegen EUR 29.455,80 über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 27. Jänner 2016, 29 Cg 75/15y-7, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Die Berufung wegen Nichtigkeit wird verworfen.

II. Im Übrigen wird der Berufung Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird so geändert, dass es lautet:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 29.455,80 samt 6 % Zinsen seit 1. Jänner 2015 und 4 % Zinseszinsen seit 7. Juli 2015 binnen 14 Tagen zu zahlen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.563,52 (darin EUR 707,00 Barauslagen und EUR 809,42 USt) bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.702,32 (darin EUR 1.088,00 Barauslagen und EUR 435,32 USt) bestimmten Kosten der Berufung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

IV. Die ordentliche Revision ist zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte wurde mit Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21. Mai 1973 gegründet. Ihre Komplementärinnen sind die Imperial Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH sowie die Imperial Holding Gesellschaft mbH. Am Unternehmen der Beklagten sind zahlreiche atypische stille Gesellschafter beteiligt; sie schloss mit den „Zeichnern“ stille Gesellschaftsverträge. Ihr Unternehmensgegenstand ist die Entwicklung und Verwertung von kommerziell genutzten Immobilien sowie die Kapitalbeteiligung an Unternehmen dieser oder ähnlicher Branchen.

Die Klägerin hat 462 atypische stille Gesellschaftsanteile mit einem Nominale von gesamt EUR 335.749,25 an der Beklagten am Sekundärmarkt erworben. Mittlerweile hat die Klägerin ihre Anteile gekündigt.

Der Klagsbetrag steht der Höhe nach außer Streit. Dieser setzt sich aus Vorwegbezügen für die Jahre 2001 bis 2008 und aus Zinsen zusammen, die auf dem Verrechnungskonto der Klägerin gutgebucht wurden. In den Jahren 2001 bis 2008 erzielte die Beklagte keinen Bilanzgewinn.

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 IMPERIAL Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH & Co KG, 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 Vertrag (SGV) zwischen der Beklagten und ihren stillen Gesellschaftern – wie dem Kläger – heißt es auszugsweise:

VI.

Der stille Gesellschafter ist am Gewinn und Verlust nach Maßgabe seiner voll einbezahlten oder vorzeitig zugeteilten "IMPERIAL-Anteile" beteiligt. Als Grundlage der Berechnung der Beteiligung des stillen Gesellschafter 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 "IMPERIAL Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH & Co KG" 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 "IMPERIAL Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH & Co KG" 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 "IMPERIAL-Anteil" bezeichnet.

Der Beitritt erfolgt:

a) entweder durch Unterfertigung der Beitrittserklärung in Form der Barbeteiligung, indem der stille Gesellschafter mindestens einen „IMPERIAL-Anteil“ oder mehrere zeichnet, sowie voll und bar einbezahlt, wodurch er mit dem Beteiligungsfaktor 1,0 für Nominale je öS 10.000,- der Gesellschaft beitrifft [...];

b) oder durch Unterfertigung der Beteiligungserklärung in Form des Sparplanes, indem dem stillen Gesellschafter für die Zeichnung von jeweils zehn "IMPERIAL-Anteilen" ein "IMPERIAL-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 "IMPERIAL-Anteilen") und für die Zeichnung von weniger als zehn "IMPERIAL-Anteilen" wird ebenfalls ein "IMPERIAL-Anteil" mit obigem Beteiligungsfaktor zugeteilt. Die monatlich geleisteten Einzahlungen werden einem Verrechnungskonto zugunsten des Zeichners gutgeschrieben, bis der Gegenwert eines "IMPERIAL-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. Sofern 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 "IMPERIAL Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH & Co KG" gemäß § 27 Kommanditgesellschaftsvertrag einzutragen.

Mit dem Beitritt zur "IMPERIAL Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH & Co KG" ist der stille Gesellschafter in jedem Fall an den stillen Reserven und am Firmenwert (good will) nach Maßgabe seiner bar und voll einbezahlten oder vorzeitig zugeteilten "IMPERIAL-Anteile" mit dem Beteiligungsfaktor 1,0 beteiligt, am Gewinn und Verlust nur bis zur Höhe seiner Einzahlungen auf "IMPERIAL-Anteile".

Im Kommanditgesellschaftsvertrag (KGV), heißt es auszugsweise:

§ 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 einbezahlten Einlage, die stillen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer bar und voll einbezahlten oder vorzeitig zugeteilten "IMPERIAL-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 darüberhinaus 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 einbezahlten oder vorzeitig zugeteilten "IMPERIAL-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 Wirtschaftstreuhandler 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 einbezahlten 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 Voraugewinne (Zinsen) ausgeschüttet. Letztere werden halbjährlich am 30. Juni und am 31. Dezember eines jeden Jahres an die Gesellschafter ausbezahlt. [...]

§ 9

Das Gesellschaftsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es kann von sämtlichen Gesellschaftern unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist zum 2.1. des Folgejahres aufgekündigt werden – frühestens jedoch nach Ablauf von 5 Jahren ab Erwerb des jeweiligen Anteils – wobei die Aufkündigung mittels eingeschriebenen Briefes zu erfolgen hat. [...]

§ 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 "IMPERIAL Kapitalbeteiligungsgesellschaft m.b.H. & Co KG" 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.

Die Beklagte finanziert ihre Geschäftstätigkeit über die Einlagen ihrer atypischen stillen Gesellschafter (unstrittig; ON 3 Seite 8 = AS 12).

Die Klägerin begehrt von der Beklagten gestützt auf § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrages und auf Punkt VII. b) des stillen Gesellschaftsvertrages ihr Guthaben auf ihrem Konto (Beilage ./B) von EUR 29.455,80, das sich aus Vorwegbezügen für den Zeitraum 2001 bis 2008 und Zinsen zusammensetzt, und bringt vor: Die beklagte Partei habe sich in § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrages verpflichtet, die Einlage des stillen Gesellschafters mit 6 % pa zu verzinsen. In Punkt VII. lit b des SGV habe sich die beklagte Partei verpflichtet, das Guthaben auf dem Verrechnungskonto mit 6 % pa zu verzinsen. Die Beklagte habe seit ihrer Gründung im Jahr 1973 immer nur Verluste produziert, weshalb der Verdacht bestehe, dass es sich bei ihr um ein pyramidenspielartig organisiertes Unternehmen handle. Da die Beklagte während ihrer gesamten Geschäftstätigkeit nur Verluste produziert habe, sei ihr ein wirtschaftliches Überleben nur durch ständig neu gewonnene stille Gesellschafter möglich gewesen, aus deren Einlagen sie dann die Vorwegbezüge an die bisherigen stillen Gesellschafter ausbezahlt habe. Die Beklagte berufe sich auf eine Rechtsprechungsänderung und weigere sich zu Unrecht, das Guthaben am Verrechnungskonto auszuzahlen.

Die beklagte Partei beantragt, die Klage abzuweisen und erwidert: Sie habe die Auszahlung

der Vorwegbezüge im Jahr 2008 eingestellt, weil sie aufgrund der Entscheidung 2 Ob 225/07p zur Auffassung gelangt sei, dass die Gewährung gewinnunabhängiger Vorwegbezüge gegen das Verbot der Einlangentrückgewähr verstoße und daher rechtswidrig sei. In den Jahren 1995 bis 1997 habe sie den gewinnunabhängigen Vorwegbezug und die Habenzinsen zumindest teilweise aus ihrem Bilanzgewinn finanzieren können. Ab 1998 habe sie nur noch Verluste gehabt.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es traf zusätzlich zum oben wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt folgende Feststellungen, wobei die bekämpften Urteilsannahmen in Kursivschrift dargestellt sind:

Einen Bilanzgewinn hat die Beklagte während der gesamten Geschäftstätigkeit nie erzielt. *Lediglich in folgenden Jahren erzielte die Beklagte einen „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“: 1995 (EUR 563.000,00), 1996 (EUR 2.911.000,00) und 1997 (EUR 4.474.000,00); in den übrigen Jahren war selbst der „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ negativ. Das „Jahresergebnis vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ betrug 1995 EUR 1.620.579,77, 1996 EUR 2.348.259,13 und 1997 EUR 1.563.135,09; an die stillen Gesellschafter wäre in diesen Jahren jeweils ein Betrag von mehr als EUR 5.800.000,00 zu zahlen gewesen.*

Die wirtschaftliche Entwicklung der Beklagten stellt sich so dar, wie es in Beilage ./H ersichtlich ist. Darüber hinaus erwirtschaftete die Beklagte 2013 einen Jahresfehlbetrag von EUR 1.455.000,00; zum 31. Dezember 2013 betrug der Bilanzverlust EUR 58.177.000,00.

Auf dem Verrechnungskonto der Klägerin befindet sich per 31. Dezember 2014 ein Saldo von EUR 29.455,80.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie wegen der Entscheidung 2 Ob 225/07p nur noch dann Ausschüttungen an atypisch stille Gesellschafter tätige, wenn diese vom Reingewinn der Gesellschaft abgedeckt seien.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2015 kündigte die Klägerin ihre Anteile an der Beklagten mit Wirksamkeit vom 2. Jänner 2016 und ersuchte um Auszahlung ihres Guthabens auf ihr Verrechnungskonto binnen 14 Tagen.

Ein gegen die Beklagte wegen des Verdachts des (schweren) Betruges und der Untreue geführtes Ermittlungsverfahren wurde gemäß § 190 Z 2 StPO eingestellt. Über den Fortführungsantrag gemäß § 195 StPO ist noch nicht entschieden.

Rechtlich führte das Erstgericht aus: Es sei unklar, wie sich das Guthaben auf dem Verrechnungskonto aus Vorwegbezügen und Zinsen für die einzelnen Jahre konkret errechne bzw zusammensetze. Da die Klägerin trotz Erörterung das nicht darstellen habe können, sei

die Klage unschlüssig und schon aus diesem Grund abzuweisen. 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 der Jahre 2001 bis 2008 stamme sei die Klage wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr abzuweisen.

Gegen diese Entscheidung erhebt die Klägerin Berufung wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung; sie beantragt, das angefochtene Urteil wegen Nichtigkeit aufzuheben, in eventu der Klage stattzugeben.

Die Beklagte beantragt in ihrer Berufungsbeantwortung, das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen.

Die Berufung ist berechtigt.

1. Zur Nichtigkeit:

Der Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 1 ZPO setzt voraus, dass ein ausgeschlossener oder erfolgreich abgelehnter Richter das Urteil gefällt oder als Senatsmitglied an der Urteilsfällung mitgewirkt hat (RIS-Justiz RS0007462, RS0109254). Wurde dagegen eine Ablehnung – wie hier (siehe rechtskräftiger Beschluss des Ablehnungssenates vom 12. April 2016 ON 11) – nicht für gerechtfertigt erkannt, liegt der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 1 ZPO nicht vor (RIS-Justiz RS0007462 [T1]; 3 Ob 165/12d). Die Berufung wegen Nichtigkeit ist daher zu verwerfen.

2. Zur Verfahrensrüge:

2.1. Die Klägerin meint, das Erstgericht hätte vor Beurteilung der Klage als un schlüssig der Klägerin gemäß §§ 84 Abs 3, 182 f ZPO die Möglichkeit eröffnen müssen, das Klagebegehren zu verbessern.

Da die Klagsforderung angesichts der Außerstreitstellung des Klagebegehrens der Höhe nach bezogen auf die Zusammensetzung nicht weiter zu hinterfragen ist (ON 6 Seite 3 = AS 57; vgl Rechberger in Fasching/Konecny² §§ 266, 267 ZPO Rz 6; SZ 66/59), liegt insoweit die vom Erstgericht erblickte Unschlüssigkeit nicht vor. Damit ist die Klägerin in diesem Punkt beschwerdefrei gestellt.

2.2. Die Klägerin rügt als Verfahrensfehler die Ablehnung ihres Antrags, der Beklagten die Vorlage ihres Rechtsgutachtens des Univ.-Prof. Dr. Martin Karollus aufzutragen (ON 4 S 5 = AS 27; US 5).

Dem ist zu erwidern: Die Ablehnung dieses Antrags stellt von vornherein keinen Stoffsammlungsmangel im Sinn des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO dar. Beweisgegenstand sind in erster Linie Tatsachen, das sind „konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte Ereignisse und Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens“ (Rechberger in Rechberger⁴ Vor § 266 Rz 14). Rechtssätze sind grundsätzlich nicht Beweisgegenstand; das anzuwendende Recht muss das Gericht kennen bzw von Amts wegen erforschen („iura novit curia“ [Rechberger aaO Rz 16]). Das Gericht muss selbst auf vorgelegte Rechtsgutachten nicht eingehen (vgl. RIS-Justiz RS0041743 [T3]). Schon aus diesem Grund kann daher die Ablehnung des gestellten Antrags keinen Gerichtsfehler begründen.

3. Zur Tatsachenrüge:

3.1. Die Rüge zur bekämpften Feststellung, dass an die stillen Gesellschafter „*jeweils ein Betrag von mehr als EUR 5.800.000,00 zu zahlen gewesen*“ wäre, ist nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil die Klägerin keine themenkongruente Ersatzfeststellung anstrebt (vgl Kodek in Rechberger⁴ § 471 ZPO Rz8).

3.2. Die Rüge in Punkt C.3. betrifft bloß beweiswürdigende Überlegungen des Erstgerichtes, ohne dass die Berufungswerberin einen relevanten Zusammenhang mit bekämpften Feststellungen herstellen könnte. Diese Rüge ist daher unerheblich (vgl Pochmarski/Lichtenberg, Berufung in der ZPO², 121).

3.3. Bezogen auf die Rüge in Punkt C.4. ist die Berufungswerberin durch die untenstehende rechtliche Beurteilung beschwerdefrei gestellt.

3.4. Die übrige Tatsachenrüge betrifft – wie der Vergleich der bekämpften Urteilsannahmen mit den begehrten Ersatzfeststellungen zeigt – nur zusätzlich gewünschte Urteilsannahmen, die nicht mit der Tatsachen- sondern mit der Rechtsrüge geltend zu machen sind (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO; Kodek in Rechberger⁴ § 471 ZPO Rz 6). Der festgestellte Sachverhalt führt außerdem ohnehin zu dem von der Klägerin gewünschten Ergebnis, wie die nachstehende rechtliche Beurteilung zeigt.

4. Zur Rechtsrüge:

Die Klägerin wendet sich dagegen, sie als atypisch stille Gesellschafterin einem Kommanditisten einer kapitalistisch organisierten GmbH & Co KG gleichzustellen und sie dem Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß §§ 82 Abs 1 und 83 Abs 1 GmbHG zu unterwerfen. Sie argumentiert, die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters komme mangels vergleichbarer sozietärer Mitverwaltungsrechte nicht der Stellung eines Kommanditisten gleich; Kollusion oder grobe Fahrlässigkeit seien nicht einmal behauptet worden; daher sei sie als atypisch stille Gesellschafterin in der konkreten gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung als Dritte zu sehen, für die das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht gelte. Außerdem hielten die Vertragsbestimmungen, auf die sie ihre Ansprüche stütze, einem Fremdvergleich stand und seien durch das besondere betriebliche Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt. Ohne diese Vertragsklauseln wäre es der beklagten Partei nicht möglich gewesen, ihr Geschäftsmodell umzusetzen. Gerade mit der versprochenen Verzinsung habe die Beklagte die sicherheitsorientierten Kleinanleger in ihr „Finanzierungsmodell“ gelockt. Nur so sei es der Beklagten gelungen, einen Kapitalstock in einer Höhe aufzubauen, der für sie sonst völlig unerreichbar gewesen wäre.

Dazu ist auszuführen:

Ist bei einer Kommanditgesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind – nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung – 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 (RIS-Justiz RS0123863). Bereits in 8 Ob 2124/96b hat das Höchstgericht die Lehre und die deutsche Rechtsprechung referiert, dass das Ausschüttungsverbot in der GmbH & Co KG auch für den an der GmbH nicht beteiligten Kommanditisten gilt und ausgeführt: *„Ist aber die Pflichteinlage des Kommanditisten auch bezüglich der Komplementär-GmbH als Risikokapital anzusehen, dann kommt ihm auch im Konkurs einer GmbH für aus seiner Beteiligung – Mängel des Gesellschaftsvertrages können grundsätzlich nur mit Wirkung ex nunc geltend gemacht werden (siehe JBl 1992, 183 sowie SZ 66/111) – resultierende*

Schadenersatzansprüche keine Gläubigerstellung zu. Dieselben Grundsätze gelten für die Ansprüche des atypisch stillen Gesellschafters einer GmbH & Co KG, dessen Stellung der eines Kommanditisten angenähert ist (vgl. SZ 66/111; RdW 1996, 113 sowie Westermann in Scholz GmbHG⁸ § 30 Rz 41).“

In 6 Ob 171/15p hat das Höchstgericht festgehalten, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 ff GmbHG dann, wenn an einer Kommanditgesellschaft keine natürliche Person als unbeschränkt haftende Gesellschafterin beteiligt ist, auf Zuwendungen an die Gesellschafter der Komplementär-GmbH, aber auch auf solche an „Nur-Kommanditisten“ analog anzuwenden sind (vgl RIS-Justiz RS0123863 [T1]).

Das Erstgericht folgte den Argumenten von Karollus (in *ecolex* 1996, 860) und von Oberndorfer/Leitner (in *ecolex* 2009, 956). Nach Karollus kann – wie das Erstgericht korrekt wiedergab – die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters einer GmbH & Co KG durchaus Eigenkapital darstellen. Ist das tatsächlich der Fall, dann sind die Kapitalschutzvorschriften einer GmbH anzuwenden (Karollus aaO Punkt 7.). Karollus referiert, dass eine derartige atypische stille Beteiligung, der Eigenkapitalfunktion zukomme, ausgehend von der Rechtsprechung dann vorliege, wenn über eine reine Gewinnbeteiligung hinaus auch eine Beteiligung an der Vermögenssubstanz (insbesondere an den stillen Reserven) vorliege. Auf zusätzliche Verwaltungsbefugnisse komme es dann nicht mehr an (Karollus aaO). Oberndorfer/Leitner wollen die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG gänzlich undifferenziert in jedem Fall auf einen atypisch stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG angewendet haben (*ecolex* 2009, 956).

Nach der deutschen Rechtsprechung können bei einer atypischen Ausgestaltung einer stillen Gesellschaft zwischen dem stillen Gesellschafter und einer Kapitalgesellschaft die Regeln über die Erhaltung des Eigenkapitals entsprechend anwendbar sein. Das hat der BGH angenommen für Fälle, in denen der stille Gesellschafter hinsichtlich seiner vermögensmäßigen Beteiligung und seines Einflusses auf die Geschicke der GmbH weitgehend einem GmbH-Gesellschafter gleichgestellt war und deshalb seine Einlage Teil der Eigenkapitalgrundlage der GmbH geworden war (BGH NZG 2010, 823 sowie NZG 2006, 341).

Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe der Judikatur, komplexe Fragen des Gläubigerschutzes in dafür anders angelegten Rechtsformen fortzuentwickeln (Nowotny in RdW 2009, 326 [330]). Die Frage, ob der Einlage des Klägers nach der Art seiner Beteiligung eine Eigenkapitalfunktion zukommt und die nach den dazu anzuwendenden Beurteilungskriterien sowie die Frage nach der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregeln der §§ 82 f GmbHG auf den stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG müssen hier 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 verwirklicht.

Grundsätzlich kann dem stillen Gesellschafter eine feste Verzinsung seiner Einlage neben einem Gewinnanteil oder sonst ein Mindestgewinn zugesagt werden (vgl Harbarth in Staub dHGB⁵ § 231 Rz 7; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/969; Hochedlinger in Jabornegg/Artmann UGB Band I² § 181 Rz 3 f; Straube/V. Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 181 Rz 4). Daher ist die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte feste Verzinsung der Einlage mit 6 % sowie die festgelegte Verzinsung des Verrechnungskontos im Rahmen eines stillen Gesellschaftsvertrages erlaubt.

Fraglich ist nach der Judikatur lediglich, ob dann, wenn der Unternehmensinhaber bei einer stillen Gesellschaft als Kapitalgesellschaft oder – wie hier – als GmbH & Co KG konstituiert ist, die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG zu beachten sind.

Die österreichischen Kapitalerhaltungsvorschriften des Gesellschaftsrechts bezwecken, dass das Stammkapital (oder Grundkapital) als „dauernder Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abgesichert wird (vgl RIS-Justiz RS0105518). Unter die Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 82 Abs 1 GmbHG; § 52 AktG) fallen Zuwendungen oder Vergünstigungen aller Art ohne Rücksicht darauf, ob sie in der Handelsbilanz der Gesellschaft oder des Gesellschafters einen Niederschlag finden. Jede unmittelbare oder mittelbare, offene oder im Gewand anderer Rechtsgeschäfte erfolgte verdeckte Leistung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, ist vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst (RIS-Justiz RS0105532 [T1]; RS0105540 [T3]; 7 Ob 35/10p). Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, die den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt (6 Ob 271/05d; 7 Ob 35/10p).

Demnach kann 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 ist, hängt aber nicht allein vom objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ab. Ein solches lässt nur auf verbotswidriges Handeln schließen. Die auf die Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung gestützte Vermutung des Gesellschaftergeschäfts kann im Wege des sogenannten Dritt- oder Fremdvergleichs widerlegt werden. Zu prüfen ist dabei, ob das Geschäft von der Gesellschaft auch dann geschlossen worden wäre, wenn der Gesellschaft nicht der Gesellschafter sondern ein außenstehender Dritter gegenübergestanden wäre, wenn also bei diesem Geschäft kein Gesellschafter daraus einen Vorteil zöge (vgl RIS-Justiz

RS0105540). Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann in diesem Sinn auch damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs dahin gedeckt ist, dass das Geschäft, das mangels objektiver Wertäquivalenz ein Vermögensopfer der Gesellschaft bedeutet, auch mit einem Außenstehenden geschlossen worden wäre (RIS-Justiz RS0120438; 7 Ob 35/10p). Nach der herrschenden Auffassung ist der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr nicht erfüllt, wenn das Geschäft einem Fremd- oder Drittvergleich standhält oder aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt war (vgl 6 Ob 171/15p Punkt 5.5. mwN).

Das bedeutet im vorliegenden Fall: Es ist unstrittig, dass die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit entscheidend über die Einlagen atypischer stiller Gesellschafter finanziert (§ 267 Abs 1 ZPO; ON 3 Seite 8 =AS 12). Von einem Darlehen unterscheidet sich diese stille Beteiligung in erster Linie deshalb, weil der stille Gesellschafter auch an den Verlusten partizipiert (§ 5 KGV; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/949). Demnach ist davon auszugehen, dass die Beklagte zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit jedenfalls Fremdkapital benötigt; schließlich wirtschaftete sie ja durchwegs seit ihrer Gründung im Jahr 1973, mit Ausnahme der Jahre 1995 bis 1997, mit Verlusten.

Die stillen Beteiligungen substituieren bei der Beklagten daher zweifellos nötige Kredite. Insofern kommt ihnen eine Kreditfunktion zu. So hat die Beklagte – wovon nach den Urteilsannahmen (US 2) auszugehen ist - mit zahlreichen Gesellschaftern stille Gesellschaftsverträge laut Beilage /E abgeschlossen, wodurch zwischen jedem Stillen und der Beklagten als Geschäftsinhaberin jeweils gesonderte stille Gesellschaften begründet wurden (vgl Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/958). Das heißt, es bestehen bei der Beklagten so viele stille Gesellschaften nebeneinander, als die Beklagte stille Gesellschaftsverträge abgeschlossen hat; die einzelnen stillen Gesellschafter sind daher nicht durch ein Gesellschaftsverhältnis miteinander verbunden (Straube/V. Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 179 Rz 24).

Wie oben bereits ausgeführt ist die feste Verzinsung der Einlage des stillen Gesellschafters per se zulässig (vgl Harbarth in Staub dHGB⁵ § 231 Rz 7; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/969; Hochedlinger in Jabornegg/Artmann UGB Band I² § 181 Rz 3 f; Straube/V. Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 181 Rz 4). 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 (vgl 8 Ob 20/13v). Das ist hier aber nicht der Fall. Der gesetzliche Zinssatz beträgt gemäß § 1000 ABGB 4 % pa, jener im Wechsel- und Scheckrecht 6 % pa (Art 48 f WechselG; Art 45 f ScheckG) und nun jener gemäß § 456 UGB 9,2% über dem

Basiszinssatz. Es bestehen auch überhaupt keine Anhaltspunkte, dass der vertragliche Zinssatz von 6 % pa im hier zu beurteilenden Zeitraum irgend wann einmal 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 stehen durchaus im Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Außerdem ist es auch der Beklagten gemäß § 9 KGV möglich, die vertragliche Beziehung zu kündigen.

Damit bewirkt die im Gesellschaftsvertrag der Klägerin zugesagte feste Verzinsung ihrer Einlage keine inäquivalente Leistung; sie ist auch aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt. Sie verstößt daher nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

Der Klägerin steht daher gemäß Punkt VI. Satz 3 des Gesellschaftsvertrages iVm § 8 Z 1 des Kommanditgesellschaftsvertrages der vereinbarte Vorwegbezug von 6 % pa der Einlage zu. Da die Vorwegbezüge gemäß dieser Vertragsbestimmung jährlich gebühren, sind auch die diesbezüglichen Zinsen auf dem Konto der Klägerin bereits fällig. Die Klagsforderung steht der Höhe nach außer Streit (ON 6 Seite 3 = AS 57).

Der Zinssatz von 6 % wurde von der Beklagten nicht substantiiert bestritten; dieser entspricht dem in den Gesellschaftsverträgen vorgesehenen Zinssatz für Habenzinsen (Punkt VI. vorletzter Satz und Punkt VII. lit b des stillen Gesellschaftsvertrages). Zinseszinsen gemäß § 1000 Abs 2 ABGB stehen ab Streitanhängigkeit zu (vgl Griss in KBB⁴ § 1000 Rz 4).

Der Berufung ist in daher Folge zu geben.

Die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils führt zu einer neuen Kostenentscheidung. Diese beruht für das erstinstanzliche Verfahren auf § 41 ZPO. Entsprechend den Kosteneinwendungen gemäß § 54 Abs 1a ZPO sind die Kosten der digitalen Firmenbuchabfrage vom Einheitssatz erfasst (vgl Obermaier, Kostenhandbuch² Rz 627).

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf §§ 41, 50 ZPO. Eine Verbindungsgebühr gebührt nur für Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen (Anmerkung 4. zu TP 3 RATG).

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig, weil eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 82 f GmbHG auch auf den stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG anzuwenden sind.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 3
Linz, 21. Juni 2016
Dr. Brigitta Hütter, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG