



zur Höhe der übernommenen Einlage (§ 171 Abs 1 UGB). Es kann daher keine Rede davon sein, dass den neuen Kommanditisten ein unerwünschter Versicherungsvertrag aufgezwungen würde.

9.4. Insgesamt sind keine planwidrigen Lücken erkennbar, die es gebieten, der Bekl im vorliegenden Fall die Berufung auf §§ 69 f VersVG analog zuzugestehen.

10. Zusammengefasst steht einer versicherten GmbH & Co KG die Berufung auf §§ 69 f VersVG weder direkt noch analog zu, auch wenn ein Wechsel aller Kommanditisten und bei der einzigen Komplementärin ein Wechsel aller Gesellschafter stattfindet. (...)

Bearbeiter: Philipp Fidler

den. Nach § 1009 ABGB gehört es zu den Pflichten des Geschäftsbesorgers, allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen. Bei dem – auch hier zu beurteilenden – Herausgabeanspruch des Vollmachtgebers gegenüber dem Vollmachtnehmer nach § 1009 ABGB handelt es sich entgegen der Ansicht des Kl im Kern um einen Erfüllungsanspruch (RIS-Justiz RS0019312 [T3]; jüngst 7 Ob 230/14w HAVE/REAS 2016, 224 [zust. Huber] = krit. Rubin, NZ 2016/15, 47).

Das Leistungsversprechen der Bekl umfasst aber nur die Erfüllung von Schadenersatzverpflichtungen. Aus dem eindeutigen und klaren Wortlaut des Art 3.3.1 ABHV folgt, dass unter die Versicherung weder die Erfüllung noch Erfüllungssurrogate fallen (7 Ob 230/14w; vgl. RIS-Justiz RS0081685; RS0081898).

(...)

Bearbeiter: Philipp Fidler

Umfang des Leistungsversprechens nach Art 3.3.1 ABHV 2000

» ZFR 2018/38

- § ABGB: § 1009
ABHV 2000: Art 3
- # OGH 21. 9. 2017, 7 Ob 127/17b – Zurückweisung der aoRev

Leitsätze (der Redaktion)

1. Beim Herausgabeanspruch des Vollmachtgebers gegenüber dem Vollmachtnehmer nach § 1009 ABGB handelt es sich im Kern um einen Erfüllungsanspruch.
2. Aus dem eindeutigen und klaren Wortlaut des Art 3.3.1 ABHV folgt, dass unter die Versicherung weder die Erfüllung noch Erfüllungssurrogate fallen.

Aus der Begründung

Die maßgeblichen Allgemeinen Bedingungen für die Berufshaftpflichtversicherung (ABHV 2000) lauten auszugsweise:

„Artikel 3.

1. Leistungsversprechen

Im Versicherungsfall übernimmt der Versicherer

1.1 die Erfüllung von Schadenersatzverpflichtungen ...

...

3. ...

Das Leistungsversprechen des Versicherers gemäß Pkt 1 umfasst somit nicht:

3.1 Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen und die an die Stelle der Erfüllung tretende Ersatzleistung; ...“

Das Berufungsgericht verneinte eine Leistungspflicht des bekl. Versicherers. (...)

(...) Im Übrigen handelt es sich bei den Begriffen Erfüllung/Erfüllungssurrogat iSd Art 3.3.1 ABHV 2000 um eigenständige versicherungsrechtliche Begriffe, die mit jenen des Nichterfüllungsschadens/Erfüllungsinteresses nicht identisch sind.

Auf das Vertragsverhältnis Treunehmer (Kl) – Treugeber (Kl im Vorprozess) sind die (...) §§ 1002 ff ABGB entsprechend anzuwen-

GESELLSCHAFTSRECHT

Analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf stille Gesellschafter einer GmbH & Co KG?*

» ZFR 2018/39

- § GmbHG: §§ 82 f
EKEG: § 10 Abs 2
UGB: § 187
- # OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t

Leitsatz (der Redaktion)

Jedenfalls seit Inkrafttreten des EKEG ist die bisherige Rsp, die Einlagen eines stillen Gesellschafters schon als Eigenkapital qualifiziert, wenn der Stille an den Reserven bzw dem Firmenwert beteiligt war oder wenn die Stellung des Stillen der eines Kommanditisten angenähert war, überholt.

Anmerkung:

1. Die vorliegende Entscheidung ist dogmatisch spannend und von großer praktischer Bedeutung. Sie betrifft im Kern das Problem, ob das Verbot der Einlagenrückgewähr auf die bekl. GmbH & Co KG nicht nur im Verhältnis zu ihren Kommanditisten,¹ sondern auch im Verhältnis zu ihren (atypisch) stillen Gesellschaftern analog anzuwenden ist. Die Bedeutung dieser Fragestellung geht weit über den streitgegenständlichen Fall hinaus. Schließt ihre Beantwortung ausschlaggebend dafür, ob die rd 9.000 atypisch

* Entscheidungsgründe und Anmerkungen des Bearbeiters finden Sie auf der ZFR-Website (zfr.lexisnexis.at) unter der Artikelnummer sowie unter dem Menüpunkt „Extras/Spezielles/Judikatur“.

1 RIS-Justiz RS0123863.



stillen Gesellschafter nach Punkt VI. des SGV iVm mit § 8 KGV unabhängig vom jeweiligen Jahresergebnis Anspruch auf einen „Vorwegbezug“ iHv 6 % pa ihrer (uU auf- oder abgewerteten) Einlage haben. Dass der OGH eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften zur Kapitalerhaltung ablehnte und damit einen Anspruch auf die „Vorwegbezüge“ bejahte, führte zur Zahlungsunfähigkeit der beklP, über deren Vermögen mittlerweile das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.² Das Gericht war sich der Tragweite dieses Urteils bewusst, was sich schon daran zeigt, dass die Entscheidung aufgrund der detaillierten Aufarbeitung des Meinungsstands einer wissenschaftl Abhandlung um nichts nachsteht.³

2. Der sechste Senat baut seine Begründung auf die Tatsache auf, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nur Gesellschafter betrifft, deren Einlage Eigenkapital darstellt (Punkt 6.2.1.). Da stille Gesellschafter ihren Auseinandersetzungsanspruch im Konkurs des Unternehmers als Insolvenzforderung geltend machen können (§ 187 Abs 1 UGB), ist allgemein anerkannt, dass sie grds als Fremdkapitalgeber einzustufen sind.⁴ Anders gestaltet sich die Situation jedoch dann, wenn sie laut Gesellschaftsvertrag auch an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt sind und ihnen somit die Stellung als „Mitunternehmer“ iSv § 23 Z 2 EStG zukommt.⁵ Die Einlage solcher atypisch stiller Gesellschafter wird seit der LeitE 8 Ob 4/95⁶ als Eigenkapital qualifiziert.⁷ Streitig und bislang nicht höchstgerichtl entschieden ist jedoch die Frage, ob diese Rsp auch zur Rechtslage nach Inkrafttreten des EKEG (BGBl I 2003/92) fortzuschreiben ist.

3. In der E 6 Ob 14/14y⁸ wird diese Frage in einem obiter dictum bejaht (dort Punkt 2.2.). Auch in der Lehre sprechen sich gewichtige Stimmen für eine Aufrechterhaltung der bisherigen Rsp aus.⁹ Dafür wird va der Rechtssicherheitsaspekt ins Treffen geführt, zumal Beteiligungsmodelle in praxi gerade anhand der steuerl Kriterien gestaltet werden. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Begründung für die ursprüngl Position des OGH nicht im Eigenkapitalersatzrecht liegt, sondern in einer Qualifikation der Einlage als Eigenkapital qua konkludenter Abrede im Gesellschaftsvertrag. Auf die tatbestandl Grenzen des § 10 Abs 2 EKEG – etwa auf die Mindestbeteiligungsschwelle von 25 % – komme es daher bei der Frage, ob die Einlage Eigen- oder Fremdkapitalcharakter habe, nicht an.

Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht betonen, dass sich die beabsichtigte Einstufung als Mitunternehmer nur auf das Steuer-

recht beziehe.¹⁰ Für den zivilrechtl Eigen- oder Fremdkapitalcharakter der Einlage ließe sich daraus – jedenfalls seit Inkrafttreten des EKEG – nichts ableiten. Gegen die ursprüngl Position der Rsp wird auch folgender Größenschluss in Stellung gebracht: Nach § 10 Abs 2 EKEG ist schon für die Beurteilung der Einlage eines stillen Gesellschafters als eigenkapitalersetzende Leistung entweder eine mindestens 25%ige Beteiligung am Unternehmenswert und bestimmte Mindesteinflussrechte oder ein beherrschender Einfluss erforderlich. Umso mehr könne die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters nur unter diesen Voraussetzungen als Eigenkapital klassifiziert werden. Ansonsten drohe ein Wertungswiderspruch. Schließl führt die Qualifikation der Einlage als eigenkapitalersetzende Leistung im Insolvenzverfahren ledigl zur Nachrangigkeit des Auseinandersetzungsanspruchs (§ 57a IO), während bei Behandlung der Einlage als Eigenkapital der Konkursteilnahmeanspruch endgültig verwehrt wird. Auch das spreche gegen die Aufrechterhaltung der älteren Rsp, wonach die Einlage schon dann Eigenkapital wäre, wenn der Gesellschafter an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt ist.

4. Der sechste Senat schließt sich der zuletzt referierten Auffassung an und begründet das einerseits damit, dass im Gesellschaftsvertrag nicht (konkludent) vereinbart wurde, dass die Einlage des stillen Gesellschafters Rückzahlungsbeschränkungen unterliegen soll (Punkt 6.2.9.). Andererseits wird konstatiert, dass auch § 10 Abs 2 EKEG gegen den Eigenkapitalcharakter der Einlage der kLP spreche (Punkt 6.1.3.): „*Wenngleich das EKEG nur Rückzahlungsbeschränkungen in der Krise normiert, schlägt die sich aus der zitierten Bestimmung zu entnehmende Wertung auch auf Fälle außerhalb der Krise durch, wäre es doch sinnwidrig außerhalb der Krise weitergehende Rückzahlungsbeschränkungen anzunehmen als sie der Gesetzgeber für die Krise selbst normiert. [...] Damit ist jedenfalls seit Inkrafttreten des EKEG die bisherige Rsp, die Einlagen des Stillen schon als Eigenkapital qualifiziert, wenn der Stille an den stillen Reserven bzw dem Firmenwert beteiligt war oder wenn die Stellung des Stillen dem eines Kommanditisten angenähert war, so dass ‚Mitunternehmerschaft‘ vorlag, überholt.*“ (Punkt 6.1.4.).

Diese Argumentation ist deshalb bemerkenswert, weil sie auf der Prämisse aufbaut, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr im Verhältnis einer („verdeckten“) Kapitalgesellschaft zu ihren (atypisch) stillen Gesellschaftern grds anzuwenden ist. Schließl würde die Einlage ansonsten trotz ihrer Qualifikation als Eigenkapital außerhalb einer Krise keiner Rückzahlungsbeschränkung unterliegen. Gerade das setzt die Begründung des OGH jedoch voraus. Damit liegt nach 10 Ob 73/04i¹¹ nunmehr die zweite höchstgerichtl Entscheidung vor, in welcher der OGH die analoge Anwendung der GmbH-rechtl Kapitalerhaltungsvorschriften auf (atypisch) stille Gesellschafter einer GmbH (& Co KG) implizit befürwortet.

5. In der Lehre wird die analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf (atypisch) stille Gesellschafter („verdeckter“) Kapi-

² Vgl dazu nur K. Möchel, 69-Millionenpleite einer Hotel-Ferienclub-Gruppe, Kurier 31. 10. 2017 (auch abrufbar unter <https://kurier.at/wirtschaft/69-millionenpleite-einer-hotel-ferienclub-gruppe/295.400.806> [17. 11. 2017]).

³ Die Analyse des Meinungsstands in den Entscheidungsgründen (Punkte 2.–5.2.) ist oben nicht publiziert.

⁴ Straube/V. Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2013) § 187 Rz 6.

⁵ Vgl zu Begriff und Bedeutung der Mitunternehmerschaft iSv § 23 Z 2 EStG nur Vock in Jakom, EStG¹⁰ (2017) § 23 Rz 124 ff.

⁶ SZ 68/175.

⁷ Weiter Nachweise in RIS-Justiz RS0075202; in jüngerer Zeit zB 10 Ob 73/04i EvBl 2005/118.

⁸ GesRZ 2015, 130 (Karollus) = ecolex 2015/50 (Brugger) = NZ 2015/36 (Till).

⁹ So zB Dellinger in Dellinger/Mohr, EKEG (2004) § 10 Rz 9; Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht (2009) § 10 EKEG Rz 23; Konwitschka in Zib/Dellinger, UGB II (2016) § 187 Rz 3.

¹⁰ Vgl dazu sowie zum Folgenden nur Trenker, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126 (128 f); Hochedlinger, Die GmbH & Still als Alternative zur GmbH & Co KG? in GedS Arnold² (2016) 131 (148 f); Ch. Nowotny in Kals/Ch. Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/1096.

¹¹ EvBl 2005/118 = ecolex 2005/282 = RdW 2005/539 = wbl 2005/180.



talgesellschaften zum Teil abgelehnt, weil insofern keine Gesetzeslücke ersichtl sei.¹² Die E 10 Ob 73/04i und die gegenständl Entscheidung legen jedoch die Vermutung nahe, dass sich der OGH bei nächster Gelegenheit für eine sinngemäße Anwendung der §§ 82 f GmbHG (bzw der §§ 52 ff AktG) im Verhältnis einer („verdeckten“) Kapitalgesellschaft zu einem (atypisch) stillen Gesellschafter ausspricht.¹³ Voraussetzung dafür wäre, dass die Einlage des (atypisch) Stillen im Gesellschaftsvertrag mit hinreichender Deutlichkeit – insb durch eine Rangrücktrittsvereinbarung – als Eigenkapital tituliert wird. Eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert wird fortan nicht mehr zur Annahme einer entsprechenden konkludenten Vereinbarung führen. Nach wie vor denkbar ist, dass der stillen Beteiligung ex lege Eigenkapitalcharakter zukommt.¹⁴ Dass die Voraussetzungen von § 10 Abs 2 EKEG erfüllt sind, wird dafür jedoch nicht hinreichend sein. Schließt stellt der sechste Senat klar (Punkt 6.1.3.): „Aus § 10 Abs 2 EKEG ergibt sich in einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass in den dort angesprochenen Fallkonstellationen eben kein Eigenkapital vorliegt, sondern eine (...) eigenkapitalersetzende Leistung.“

Jakob Kepplinger

¹² So zB *Trenker in U. Torggler*, UGB² (2016) § 181 Rz 4; *Konwitschka in Zib/Dellinger*, UGB II § 179 Rz 73.

¹³ Dafür im Schrifttum etwa *Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860 (862 f); *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 419 f; *Hochedlinger in Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2010) § 181 Rz 4; *ders in GedS Arnold²* 150 ff; *K. Oberdofer/N. Leitner*, Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter, *ecolex* 2009, 956 (passim).

¹⁴ Vgl dazu nur *Hochedlinger in GedS Arnold²* 155, der das jedenfalls dann annimmt, wenn ein atypisch stiller Gesellschafter infolge der ihm vertragl zugestandenem Mitwirkungsbefugnisse im Unternehmen des Inhabers als dessen „wahrer Herr“ bezeichnet werden kann.

Aufteilung der Haftungshöchstsumme nach § 275 Abs 2 UGB nach dem Prioritätsprinzip

» ZFR 2018/40

§ ASVG: § 336
EKHG: § 16
UGB: § 275
VersVG: § 156

OGH 27. 9. 2017, 9 Ob 70/16h – Zurückweisung der oRev

Leitsätze (der Redaktion)

1. Für die Bezahlung von Verbindlichkeiten außerhalb eines Insolvenzverfahrens gilt im Allgemeinen das Prioritätsprinzip.
2. Ein von diesem Prinzip abweichender Anspruch auf eine quotenmäßige Aufteilung bedarf einer besonderen gesetzl Regelung, die für den Fall der Abschlussprüferhaf-

3. Die § 16 Abs 2 EKHG, § 156 Abs 3 VersVG und § 336 ASVG kommen als Grundlage einer solchen Analogie nicht in Betracht.

Die Kl hat am 15. 6. 2007 24 A-Genussscheine erworben und dafür bei einem Kurswert von 2.816,10 € inkl Spesen 71.641,58 € bezahlt. Sie begehrt von der Bekl diesen Betrag samt 4 % Zinsen seit 15. 6. 2007, in eventu Zug um Zug gegen die Übertragung der A-Genussscheine samt aller Rechte und Pflichten aus dem Titel des Schadenersatzes, weil die Bekl als Abschlussprüferin der A-Gruppe-AG und der A-AG für die Jahresabschlüsse 2000 bis inkl 2007 zu Unrecht uneingeschränkte Bestätigungsvermerke erteilt habe. Andernfalls hätte sie diese Genussscheine nicht gekauft bzw diese Investition sofort durch Rückverkauf schadensfrei beendet. (...)

Die grds Haftung der Bekl steht nach der im – auch die Kl betreffenden – Musterprozess gefällten E 8 Ob 93/14f (...) fest. Gegen die Kl war das Verfahren noch zur Frage der hypothetischen Alternativveranlagung fortzusetzen.

Soweit noch revisionsgegenständl, berief sich die Bekl auf das Haftungsprivileg des § 275 Abs 2 UGB. Aus den Bestätigungsvermerken der Bekl zum Jahresabschluss der A-Gruppe-AG zum 31. 12. 2005 würden 15.819.652 € an nicht verjährten Forderungen geltend gemacht. Daraus resultiere eine Anspruchskürzung aus der Periode 7. 7. 2006 bis 29. 6. 2007 auf 31,61 % des Kaufpreises. Es sei ungeklärt, ob eine Aufteilung der Haftungshöchstsumme gem § 275 UGB nach dem Prioritätsprinzip oder anteilig nach dem Verhältnis der geltend gemachten Forderungen vorzunehmen sei. Auch werde die Zug-um-Zug-Einrede erhoben. Nur damit werde ein Spekulieren auf dem Rücken der Bekl verhindert.

(...)

Aus der Begründung

(...)

II. Zur Rev der Bekl

1. Die Bekl vertritt im Hinblick auf § 156 Abs 3 VersVG den Standpunkt, dass jedenfalls bei Bestehen einer gesetzl oder beaufsrechtl Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung und Bestehen einer zulässigen Haftungsbegrenzung für die Befriedigung übersteigender Forderungen das Quotenmodell (kridamäßige Verteilung des Höchstbetrags) angewandt werden müsse. Es trete sonst der Fall ein, der trotz Deckung des Haftungshöchstbetrags in der Versicherungssumme zur Existenzvernichtung des Abschlussprüfers führe.

2. Die Frage nach der Verteilung der Haftungshöchstsumme des § 275 Abs 2 UGB nach dem Prioritätsprinzip oder dem Quotenmodell war Gegenstand der E 8 Ob 94/16f.

(...)

Schon mangels entsprechendem erstinstanzl Vorbringen der Bekl kann auch im vorliegenden Fall nichts anderes gelten.

2.2. Zur Frage der Verteilung der Haftungshöchstsumme führte der OGH in der E 8 Ob 94/16f unter ausf Darstellung des Meinungs-