

geschäfte oder durch Statuten angeordnet werden (Abs 2). Wäre die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, läge eine Schiedsvereinbarung iSd § 581 Abs 1 ZPO, die auf der freiwilligen Vereinbarung der Parteien beruht, ohnehin schon vor. Somit wäre Abs 2, der ausdrücklich die statutarische Anordnung von Schiedsgerichten vorsieht, nie anwendbar (vgl Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I 291 Rz 3/339). Folglich ist die nachträgliche Aufnahme einer Schiedsklausel als eine Änderung des Gesellschaftsvertrags anzusehen, die gem § 50 Abs 1 GmbHG mit Mehrheitsbeschluss zu erfolgen hat. Mit der Begründung der Gesellschafterstellung übertragen die Gesellschafter die Gestaltungsmacht auf ihre Organe und stimmen späteren Satzungsänderungen zu (vgl Czernich, SchiedsVZ 2014, 88; vom OGH betreffend eine Schiedsklausel in der Satzung einer Genossenschaft schon anerkannt s 17. 6. 2003, 5 Ob 112/03 m).

Vertritt man die Ansicht, dass die Schiedsgerichtsbarkeit dem Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten nicht gleichwertig ist, widerspricht man also dem Willen des Gesetzgebers (vgl Voit in Musielak, ZPO<sup>5</sup> § 1066 Rz 8). Aber selbst nach dieser Ansicht wäre es nicht gerechtfertigt, die Wirksamkeit der Einführung einer Schiedsklausel insgesamt scheitern zu lassen, da der Gesellschafter seinen Geschäftsanteil übertragen und da-

durch aus der Gesellschaft ausscheiden kann (§ 76 Abs 1 GmbHG; vgl Haas, SchiedsVZ 2007, 1 [5]). Einen möglichen Ansatz bietet die Reform der Schiedsgerichtsbarkeit in Italien, die nun die nachträgliche Aufnahme einer Schiedsklausel durch Mehrheitsbeschluss ermöglicht und gleichzeitig ausdrücklich ein Austrittsrecht für die widersprechenden Gesellschafter vorsieht (Klein in Klausegger ua, Austrian Arbitration Yearbook 2007 [2007] 50).

Im Ergebnis ist diese E mE nicht begrüßenswert, da sie nicht auf dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Rechtsschutzformen beruht. „Zwerggesellschafter“ können in Zukunft die nachträgliche Aufnahme einer Schiedsklausel jederzeit blockieren, auch wenn maßgebliche Interessen der Gesellschaft dafürsprechen. Folglich müssen Gesellschaften ihre Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten, also vor der Öffentlichkeit, austragen. Der OGH unterließ es, durch eine Begründung der E zur Rechtssicherheit beizutragen. Besondere Probleme ergeben sich nun bei vor langer Zeit in Satzungen aufgenommenen Schiedsklauseln, wenn die Zustimmung oder Anwesenheit aller Gesellschafter nicht mehr nachweisbar ist.

Biborka Krisztina Asztalos

Biborka Krisztina Asztalos ist Studienassistentin am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien.

## GmbH & Co KG: Kapitalerhaltung ohne Kapitalaufbringung

1. Aus der Rsp zur Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr der GmbH auf eine GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Vollhafterin (2 Ob 225/07 p; 6 Ob 171/15 p; 6 Ob 161/17 w) kann nicht abgeleitet werden, dass aus Gläubigerschutzgründen auch die Einbringung von Einlagen in eine GmbH & Co KG zwingend schriftlich vereinbart werden müsse. Auch eine analoge Anwendung des Regimes der Kapitalaufbringung der GmbH auf eine GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Vollhafterin wird abgelehnt.

### Aus der Begründung:

#### Rechtliche Beurteilung

1. Dass der Gesellschaftsvertrag einer KG nach allgemeinen Grundsätzen gem §§ 861 ff ABGB auch mündlich oder konkludent abgeschlossen oder geändert werden kann, entspricht völlig hA (1 Ob 585/94; 7 Ob 505/80; Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 Rz 46 f; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, WK-UGB § 105 Rz 80, 83).

2. Der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten für die Annahme eines stillschweigenden Vertragschlusses ausreicht, kommt regelmäßig keine erhebliche Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zu (RIS-Justiz RS0043253). Im vorliegenden Fall hat das BerG nicht die faktische Einbringung als Einlage iSd § 109 UGB eingestuft, sondern aus der faktischen Gebrauchsüberlassung im Jahr 1976, spätestens jedoch 1989 in Verbindung der darauf in über Jahrzehnte gelebten Praxis als „Handlungen“ iSd § 863 ABGB auf den Willen der Parteien geschlossen, dass die Liegenschaften quoad usum in die erstbekl Partei eingebracht werden sollten. In dieser Auffas-

sung ist keine vom OGH im Interesse der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken.

3. Dass der Gesellschaftsvertrag keine ausdrücklichen Auslegungsregeln enthält, steht weder dessen Auslegung noch der Anwendung des § 863 ABGB entgegen. Der Umstand, dass zwischen den Eigentümern der zur Verfügung gestellten Liegenschaft und den Gesellschaftern keine (vollständige) Personenidentität besteht, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung, zumal bei Einbringung einer Liegenschaft quoad usum in aller Regel keine vollständige Identität zwischen Liegenschaftseigentümern und Gesellschaftern vorliegen wird. (...)

4.1. Nicht gefolgt werden kann der in der Revision vertretenen Auffassung, aus der Rsp zur Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr der GmbH auf eine GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Vollhafterin (2 Ob 225/07 p; 6 Ob 171/15 p; 6 Ob 161/17 w) sei abzuleiten, dass aus Gläubigerschutzgründen auch die Einbringung von Einlagen in eine GmbH & Co KG zwingend schriftlich vereinbart werden müsse. Die Lehre vertritt – soweit ersichtlich – einhellig die gegenteilige Auffassung. Nach N. Arnold (Die GmbH & Co KG<sup>2</sup> [2016] 2 [7]) kann der KG-Gesellschaftsvertrag für eine GmbH & Co KG weiterhin formfrei und konkludent abgeschlossen werden. Auch eine analoge Anwendung des Regimes der Kapitalaufbringung der GmbH wird vom Schrifttum überwiegend abgelehnt (U. Torggler, GmbH & Co KG in Gründung, in GmbH & Co KG<sup>2</sup> [18, 26]; Ch. Nowotny, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326; Artmann, Kapitalaufbringung und Kapitaler-

§ 1180 Abs 2  
ABGB;  
§§ 109, 149  
UGB;  
§§ 82f GmbHG

OGH  
26. 4. 2018,  
6 Ob 5/18f

2018/360

höhung, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach 2 Ob 225/07 – eine Kapitalgesellschaft? [2011] 83 ff [91].

4.2. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, auf welche Weise Gläubigerschutzinteressen beeinträchtigt würden, wenn für eine Einbringung quoad usum keine schriftliche Regelung im Gesellschaftsvertrag bestünde. Abgesehen davon, dass der Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co KG nicht zum Firmenbuch angemeldet werden muss und daher nicht öffentlich einsehbar ist (*N. Arnold* in *GmbH & Co KG*<sup>2</sup> 2 [7]), zählen Einlagen quoad usum gerade nicht zum Haftungsfonds der Gesellschaft, sodass die Gläubiger darauf ohnehin nicht greifen könnten (*Sindelar* in *Zib/Dellinger*, UGB § 109 Rz 30).

### Anmerkung:

Anhand des klassischen Beispiels der GmbH & Co KG beseitigt der 6. Senat im Zuge eines knapp gefassten Zurückweisungsbeschlusses weitere weiße Flecken auf der Landkarte des Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrechts der verdeckten Kapitalgesellschaft (unechten Personengesellschaft):

- Eine GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Vollhafter soll nach ständiger OGH-Rsp denselben Kapitalerhaltungsregeln unterliegen wie eine GmbH (zB 6 Ob 171/15 p; 6 Ob 198/15 h; 6 Ob 161/17 w; 6 Ob 128/17 t). Dennoch referiert der 6. Senat in der vorliegenden E widerspruchslos die hL, nach der es bei der GmbH & Co KG keine Kapitalaufbringungskontrolle gibt. Der oft angeführte Satz, dass Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zwei Seiten derselben Medaille seien (zB *Kodek/Csoklich* in *WK StGB<sup>2</sup> WiStR* Rz 35; *Koppensteiner*, *GesRZ* 2014, 3), wird somit im österr Recht offensichtlich nur durch bedeutende Ausnahmen als Regel bestätigt: Gilt für die Privatstiftung Kapitalaufbringung ohne Kapitalerhaltung (vgl *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *GmbH & Co KG* 83 FN 1), dürfte nunmehr umgekehrt für die verdeckte Kapitalgesellschaft geklärt sein, dass für sie zwar die Kapitalerhaltungs-, aber nicht die Kapitalaufbringungsregeln des Kapitalgesellschaftsrechts anwendbar sind. Das hat wichtige Konsequenzen: In Ermangelung von Mindestnennkapital, gebundenen Rücklagen und Kapitalaufbringung ergibt sich insb, dass es bei der GmbH & Co KG kein Äquivalent zum gebundenen Eigenkapital gibt, und daher das Eigenkapital auch ohne Gläubigeraufruf bis auf null herabgesetzt und an die Gesellschafter transferiert werden kann (vgl *Karollus*, *ecolex* 1996, 861 FN 14; *Rüffler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer ua*, *Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung* 102f, 108f; *H. Foglar-Deinhardstein*, *GesRZ* 2018, 116). Weiters folgt daraus, dass bei der Kapitalherabsetzung einer GmbH & Co KG keine Kapitaldeckungskontrolle erforderlich ist (vgl *H. Foglar-Deinhardstein*, *GesRZ* 2018, 116) – freilich bedarf ohnedies auch bei der GmbH die Durchführung einer Kapitalher-

absetzung nach zustimmungswürdiger Ansicht keiner Restvermögensprüfung (*Prinz* in *FAH*, *GmbHHG* § 56 Rz 6 mN zur abw hL). Schließlich erweist sich die Meinung als richtig, dass sich bei der analogen Anwendung von Spaltungsrecht auf die Realteilung einer GmbH & Co KG die Restvermögensprüfung darauf beschränken kann, dass kein negatives Eigenkapital besteht (*Rüffler* in *FS Hügel* 330).

- Durch eine Einbringung quoad usum (§ 1180 Abs 2 ABGB) wird der Gegenstand der Einlage der Gesellschaft zu Gebrauch und Nutzung überlassen, verbleibt aber im Eigentum des Inferenten. Nach der klaren Aussage des 6. Senats in der vorliegenden E unterliegen quoad usum eingebrachte Vermögensgegenstände aus dem Blickwinkel der Gesellschaft, in die sie eingebracht wurden, nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr. Das ist insofern bemerkenswert, als
  - die Einbringung quoad usum der Gesellschaft ein Gebrauchs- und Nutzungsrecht auf Dauer der Gesellschaft gewährt und der Inferent das eingelegte Vermögen mangels abweichender Vereinbarung nur bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft oder bei Auflösung der Gesellschaft herausverlangen kann (*Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, *UGB<sup>2</sup>* § 109 Rz 25, 27; § 149 Rz 40; noch strenger *F. Bydlinski* in *GS Schönherr* 159),
  - sich der Schutzschirm der Kapitalerhaltung grds nicht nur auf Vermögen im sachenrechtlichen Eigentum der Kapitalgesellschaft, sondern auf jegliche Rechte und sogar auf Geschäftschancen und sonstige Erfolgsfaktoren der Gesellschaft erstreckt (*J. Reich-Rohrwig* 98; *Koppensteiner*, *GesRZ* 2014, 6f; *H. Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2017, 1174) und
  - die Nutzungsüberlassung durch Einbringung quoad usum auch geeignet ist, die Kapitalaufbringungserfordernisse durch Sacheinlage zu erfüllen (9 Os 96/73; *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, *AktG<sup>6</sup>* § 20 Rz 19; *U. Torggler* in *Torggler*, *GmbHHG* § 6 Rz 14).
- Die Richtigkeit der gegenständlich getroffenen Aussage des 6. Senats ergibt sich aber daraus, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr jenes Vermögen nicht erfasst, das die Gesellschaft „als bloße Durchgangstation“, also etwa nur zweckgebunden oder bedingt, erwirbt (*Karollus*, *GesRZ* 2014, 333; *Rüffler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer ua*, *Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung* 89, 93; *H. Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2017, 1174; idS wohl auch 3 Ob 19/14 m; 6 Ob 14/14 y). Die gegenständlichen Aussagen zur Einbringung quoad usum betreffen somit mE nicht nur die GmbH & Co KG, sondern können für alle Kapitalgesellschaften verallgemeinert werden (vgl auch § 1175 Abs 4 ABGB).

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M., ist RA und Partner bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwältinnen GmbH.