



universität
wien

DISSERTATION

„Die Beendigung der GmbH –
systematische Darstellung und Möglichkeiten“

Verfasser

Mag. iur. Enrico Reitenbach

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci

Inhaltsverzeichnis

Problemstellung	1
Ausgangspunkt der Untersuchung	1
Grundlagen	7
I. Gesetzliche Grundlagen	7
II. Wesensmerkmale der GmbH	7
III. Die GmbH in der Praxis	8
IV. Begriffsbestimmungen	10
A. Entstehung	11
B. Auflösung, Auflösungsgrund	14
1. Keine immerwährende Gesellschaft	14
2. Auflösung	15
3. Auflösungsgrund	15
4. Eigener Definitionsansatz	15
C. Vollbeendigung	16
1. Beendigung	16
2. Die Lehre vom Doppeltatbestand	17
3. Liquidation	19
Auflösung der GmbH	21
I. Das System der Auflösungsgründe	21
A. Auflösungsgründe im GmbHG	21
1. § 84 GmbHG	21
2. § 95 GmbHG	23
B. Auflösungsgründe außerhalb des GmbHG	24
1. § 39 FBG	24
2. § 40 FBG	24
3. § 10 FBG	25

4.	§§ 2 , 5 UmwG	26
5.	§ 14 SpaltG	26
C.	Außergesetzliche (statutarische) Auflösungsgründe.....	26
D.	Deutsches Recht	28
1.	Allgemeines.....	28
2.	Auflösungsgründe	29
II.	Auflösungsgründe im Detail.....	30
A.	Gesetzliche Auflösungsgründe § 84 Abs 1 GmbHG	30
1.	Z 1 Zeitablauf	30
2.	Z 2 Gesellschafterbeschluss	34
3.	Z 3 Fusionsbeschluss.....	46
4.	Z 4 Konkursöffnung.....	53
5.	Z 5 Verfügung der Verwaltungsbehörde.....	62
6.	Z 6 Beschluss des Handelsgerichts	66
B.	Verstaatlichung § 95 GmbHG	72
1.	Grundregel	72
2.	Voraussetzungen	73
3.	Verfahrensablauf.....	75
C.	Nichteröffnung des Konkurses § 39 FBG.....	75
1.	Grundregel	76
2.	Voraussetzungen	76
3.	Bindung des Firmenbuchgerichts an den Beschluss im KO-Verfahren?	77
4.	Löschung aus dem Firmenbuch	78
D.	Umgründung (§§ 2 und 5 UmwG, § 14 SpaltG)	79
1.	§§ 2 und 5 UmwG	80
2.	§ 14 SpaltG	82
E.	Außergesetzliche Tatbestände § 84 Abs 2 GmbHG	83
1.	Einteilung	83
2.	Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag.....	84
3.	Beispiele.....	85
4.	Bestimmtheitsgebot.....	86
5.	Auslegung undeutlicher Auflösungstatbestände	88

Beendigung der Mitgliedschaft zur GmbH – Regelungsbedarf?	91
I. Gesetzlicher Status quo	91
A. Anteilsübertragung.....	92
B. Auflösungsbeschluss	92
C. Kaduzierung.....	93
D. Regelungsbedarf?.....	93
II. Kündigung	94
A. Allgemeines	94
B. Die Kündigung im Gesellschaftsrecht	95
1. Offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft - UGB.....	95
2. Gesellschaft nach bürgerlichem Recht - ABGB.....	96
3. AG - AktG.....	98
4. Dt GmbH-Recht.....	99
C. Kategorien	99
1. Ordentliche vs außerordentliche Kündigung	100
2. Einschränkung in der Ausübung - Treuepflichten?.....	102
3. Allgemeines Kündigungsrecht vs Sonderrecht.....	105
D. Inhaltliche Ausgestaltung.....	106
E. Wirkung der Kündigung	108
1. Auflösung vs Austritt.....	108
2. Exkurs: Aufgriffsrechte und Übernahmepflichten	109
3. Das Problem der unvollständigen Kündigungsklauseln.....	111
4. Feststellungsklage.....	114
III. Austritt	115
A. Allgemeines	115
B. Rechtsinhalt.....	117
1. Abfindungsanspruch.....	117
2. Preisgaberecht als adäquater Ersatz?	117
C. Bestehende Rechtslage.....	118
1. Allgemeines.....	118
2. Positivierte Austrittsrechte	120

D.	Durchführung des Austritts	123
E.	Weitergehender Bedarf?.....	125
1.	Ausgangspunkt.....	125
2.	Wichtige Gründe.....	127
3.	Weiterentwicklung	129
IV.	Ausschluss	132
A.	Allgemeines	132
B.	Rechtsinhalt	133
1.	Ausschluss gegen Abfindung auf Basis eines wichtigen Grundes	133
2.	Vertragliche Gestaltung.....	134
3.	Willkürlicher Ausschluss?.....	135
C.	Bestehende Rechtslage.....	136
1.	Kaduzierung	136
2.	Ausschluss außerhalb des GmbHG	138
3.	Rechtsprechung	139
D.	Ausschließung	142
1.	Statutarische Ausschlussklausel	142
2.	Ausschluss ohne gesetzliche/vertragliche Grundlage	143
E.	Weitergehender Bedarf?.....	145
1.	Ausgangspunkt.....	145
2.	Weiterentwicklung	146
V.	Abfindung	147
A.	Allgemeines	147
B.	Trennungsprinzip	147
C.	Vermögensordnung	148
D.	Haftungsordnung	149
E.	Gebundenes Gesellschaftsvermögen	150
1.	Bindungsumfang	150
2.	Rechtsvergleich.....	151
3.	Verbot der Einlagenrückgewähr - Ausschüttungsverbot.....	152
4.	Rückerstattungsanspruch der GmbH - Ausfallhaftung.....	154
5.	Verbot des Erwerbs eigener Anteile	155

6.	Ausnahmen vd strengen Kapitalerhaltungspflicht: Kapitalherabsetzung..	160
F.	Abfindungszahlung – Gesellschafterpflicht?	164
1.	§ 50 Abs 4 (§§ 63 [§ 8], 66 ff).....	164
2.	§§ 72, 73	165
3.	§§ 70, 83 Abs 3	165
4.	Treuepflicht	166
G.	Freiwillige Abfindungszahlung	166
H.	Höhe der Abfindung.....	168
1.	Angemessenheit.....	168
2.	Regelung im Gesellschaftsvertrag.....	168
3.	Bewertungsmaßstäbe und Methoden.....	168
4.	Keine Regelung im Gesellschaftsvertrag	171
VI.	Auflösungsklage	171
A.	Allgemeines	171
B.	Historisches, Kritik	172
C.	Geltende Rechtslage	176
D.	Rechtslage in Deutschland	176
E.	Judikatur des OGH	178
F.	Standpunkt der Lehre	179
G.	Eigener Ansatz	181
VII.	Fortsetzung der aufgelösten GmbH	182
A.	Zulässigkeit.....	183
B.	Fortsetzungssachverhalte.....	184
C.	Voraussetzungen der Fortsetzung.....	186
1.	Fortsetzungsbeschluss.....	186
2.	Beseitigung des Auflösungsgrundes?	187
3.	Keine Vermögensverteilung	188
4.	Eintragung ins Firmenbuch	189
	Rechtsfolgen der Auflösung - Liquidation	191
I.	Allgemeines.....	191

II. Liquidation als Normalrechtsfolge	191
III. Rechtskontinuität.....	191
IV. Liquidationsverfahren zur Vollbeendigung.....	196
A. Grundregel.....	196
B. Ausnahmen.....	196
C. Liquidatoren	197
D. Exkurs: Vertretungsmacht der Liquidatoren.....	199
E. Verfahren bis zur Schlussverteilung.....	200
1. Veröffentlichung der Auflösung, Gläubigeraufruf.....	200
2. Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz	201
3. Gläubigerbefriedigung, Sicherstellung.....	202
4. Liquidationserlösverteilung – Gesellschafter als GmbH-Gläubiger	204
5. Anspruch auf die Liquidationsquote	204
6. Liquidationsschlussrechnung	205
7. Entlastung des Liquidators	206
8. Löschung der GmbH aus dem Firmenbuch.....	206
9. Exkurs: Löschung der beklagten GmbH während eines Prozesses.....	207
F. Vollbeendigung.....	208
G. Exkurs: Nachtragsliquidation	209
1. Allgemeines.....	209
2. Voraussetzungen	209
3. Verfahren	211
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	213
Grundlegendes.....	213
Systematisches	213
Auflösungsgründe und Vollbeendigung nach dem GmbHG	215
Auflösung und Vollbeendigung in bzw nach anderen Gesetzen.....	218
Gesellschaftsvertragliche Auflösung.....	219

Die Kündigung im GmbH-Recht	219
Austritt und Ausschluss aus der GmbH	220
Abfindungsfinanzierung	223
Auflösungsklage?	226
Die Fortsetzungsmöglichkeit.....	227
Liquidation zur Vollbeendigung.....	228

Anhang

Abkürzungsverzeichnis

aA	a) andere(r) Ansicht b) am Anfang
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
abg	abgeändert
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
Abh	Abhandlung
Abk	Abkommen
abl	ablehnend
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
Abt	Abteilung
abw	abweichend
AC	Sammlung von Entscheidungen zum HGB, herausgegeben von <i>Adler</i> und <i>Clemens</i> , fortgeführt von <i>Friedländer</i>
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz 1965 BGBl II 98
aM	anderer Meinung
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung BGBl II 1934/221
ao	außerordentlich, -e, -er, -es
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22
ATS	Österreichischer Schilling
AZ	Aktenzeichen
AZR	Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen ⁵ (2001), hrsg von <i>Friedl/Loebenstein</i>
BankArch	Österreichisches Bankarchiv (siehe auch ÖBA)
BAO	Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194
Bearb	Bearbeitung
bearb	bearbeitet
Begr	Begründung
begr	begründet
betr	betreffend
BG	a) Bezirksgericht b) Bundesgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch RGBI 1896, 195
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHS	Bezirksgericht für Handelssachen
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl	Blatt, Blätter
Blg	Beilage, -n
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister, -in, -ium
BVfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF von 1929
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise

Celex	Rechtsdatenbank der Europäischen Gemeinschaften (Communitatis Europaeae Lex)
d	deutsch (vor einer anderen Abkürzung)
dgl	dergleichen
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
dRdA	(deutsches) Recht der Arbeit
dt	deutsch
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen („Erläuterungen“) zur Regierungsvorlage
ebd	ebenda
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGG	Erwerbsgesellschaftengesetz BGBl 1990/257
Entschl	EntschlieÙung
Entw	Entwurf
EO	Exekutionsordnung RGBI 1896/79
Erg	Ergänzung
ErgBd	Ergänzungsband
Erk	Erkenntnis
Erl	ErlaÙ
Erläut	Erläuterung, -en
ErstG	Erstgericht
ESt	Einkommensteuer
EStG 1988	Einkommensteuergesetz 1988 BGBl 400
et al	und andere
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EU-GesRÄG	EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz BGBl 1996/304
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen vom 27. 9. 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Brüssel-I-Verordnung
EURLex	elektronisches Portal zum Recht der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EV	a) Einföhrungsverordnung b) einstweilige Verfügung
eV	eingetragener Verein
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EVHGB	(Vierte) Verordnung zur Einföhrung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich RGBI 1938 I 1999
f	folgend (-e, -er)
Fa	Firma
FBG	Firmenbuchgesetz BGBl 1991/10
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
fortl	fortlaufend, -e, -er, -es
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem	gemäß
Gen	Genossenschaft
GenG	Genossenschaftsgesetz RGBI 1873/70
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRÄG 1993	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 BGBl 458
GesRÄG 2005	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 BGBl I 59
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
gewerbl	gewerblich, -e, -er, -es
GewO 1994	Gewerbeordnung 1994 BGBl 194
ggf	gegebenenfalls
GIRÄG 2003	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 BGBl I 2003/92

GIU(NF)	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes (Neue Folge)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBI 1906/58
GS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift
GZ	a) Gerichtszeitung b) Geschäftszahl
H	Heft
hA	herrschende Ansicht
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch RGBI 1897, 219
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HptSt	Hauptstück
HR	Handelsregister
Hrsg	Herausgeber
hrsg	herausgegeben
HS	a) Handelsrechtliche Entscheidungen b) Halbsatz
idaF	in der alten Fassung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idnF	in der neuen Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinn
igIS	im gleichen Sinn
Ind	Sozialpolitik und Arbeitsrecht, Sonderbeilage der Zeitschrift „Die Industrie“
IndRME	Index der Rechtsmittelentscheidungen und des Schrifttums, begründet von <i>Hohenecker</i> , fortgesetzt von <i>Stohanzl</i> ; zuletzt von <i>Jahnel/Öllinger</i>
inkl	inklusive
inl	inländische, -r, -s
insb	insbesondere
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982 BGBl 370
IRÄG 1994	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1994 BGBl 153
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des, der
iSe	im Sinne eines, einer
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	in Zusammenhang mit
JA	a) Juristische Arbeitsblätter b) Justizausschuss
JAB	Justizausschussbericht
JABI	Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB	a) Jahrbuch b) Judikatenbuch des OGH
JB1	Juristische Blätter
Jg	Jahrgang
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111
Jud	Judikat
KG	a) Kommanditgesellschaft b) (ehemaliges) Kreisgericht
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
KO	Konkursordnung RGBI 1914/337
krit	kritisch
KVG	Kapitalverkehrsteuergesetz dRGBI 1934 I 1058
LB	Lehrbuch

lfd	laufend, -e, -er, -es
LG	a) Landesgericht b) Landesgesetz
lit	litera (Buchstabe)
lt	laut
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
mwH	mit weiteren Hinweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen
MWSt	Mehrwertsteuer
NamRÄG	Namensrechtsänderungsgesetz BGBl 1995/25
NF	neue Folge
nF	neue Fassung
NotAkteG (früher: NZwG)	Notariatsaktsgesetz (früher: Notariatszwangsgesetz) RGrBl 1871/76
Nov	Novelle
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
oa	oben angeführt
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	offene Handelsgesellschaft
RA	Rechtsanwalt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDB	Rechtsdatenbank
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rdz	Randzahl (-ziffer) (siehe auch Rz)
RGrBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie (der EU)
Rn	Randnummer (-note) (siehe auch RdNr)
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung (Zeitschrift)
Rspr	Rechtsprechung (iSv Judikatur)
Rz	Randzahl (-ziffer) (siehe auch Rdz)
RZ	Österreichische Richterzeitung (siehe auch ÖRZ)
sc	scilicet (offenbar, gemeint)
Slg	a) Sammlung b) Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuGEI
sog	so genannte, -r, -s
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen
SSV-NF	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Sozialrechtssachen
st Rspr	ständige Rechtsprechung
StA	Staatsanwalt (-schaft)
StGes	stille Gesellschaft
sublit	sublitera (Unterbuchstabe)
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
u	und
U	Urteil
ua	a) und andere, -s b) unter anderem
uä	und ähnliche (-r, -s)
UmgrStG	Umgründungssteuergesetz BGBl 1991/699
US	Umweltsenat
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
vgl	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
wN	weitere Nachweise

wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Zahl, Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113
zT	zum Teil
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

Literaturverzeichnis

- Aburumieh/Trettnak*, Deadlock bei Joint Ventures – Folgeversammlungen als Instrument gegen untätige Mitgesellschafter im GmbH-Recht, GesRZ 2007, 323
- Auer*, Doppelvinkulierung bei GmbH & Co KG, wbl 2002, 253
- Auer*, Existenz, Gründung und Verwendung von Mantelgesellschaften, wbl 2001, 245
- Berti/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000)
- Binz/Sorg*, Manager-Beteiligung auf Zeit – ein unzulässiger Etikettenschwindel? GmbHR 2005, 993
- Birnbaumer*, Errichtende Umwandlung nach dem UmwG idF ÜBRÄG 2006, BGBl I 2006/75, Musteranmeldungen zum Firmenbuch, GeS 2006, 404
- Burgstaller/Viechtbauer*, Zur Kündigung der GmbH – Unvollständige Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, GesRz 1999, 13
- Dehn*, Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006)
- Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren, Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 4. Auflage (2005)
- Dirnbacher*, Das Mietrechtsgesetz idF der Wohnrechtsnovelle 2006 (2007)
- Dittrich/Tades*, Manz Taschenkommentar, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 20. Auflage (2002)
- Dittrich/Tades*, Manz Große Ausgabe der Österreichischen Gesetze, 2. Band ABGB, 35. Auflage (1999)
- Doralt*, Steuerrecht 2007, 8. Auflage (2006)
- Doralt*, Steuerrecht 2008/09, 10. Auflage (2008)
- Doralt*, Einkommensteuergesetz Kommentar, Band I §§ 1 –12 (Stand 1.2.2008)
- Doralt/Kalss*, Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts (2004)
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, Band II - §§ 125 – 273 (2003)
- Eller*, Liquidation der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Rechnungslegung (2008)
- Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, eolex 1995, 175
- Fachsenat für Handelsrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhandler*, Stellungnahme zur Behandlung offener Rücklagen im Jahresabschluss, <http://www.kwt.or.at/de/>
- Fantur*, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, GeS 2006, 335
- Fasching/Schwarz*, Verwaltungsverfahren im Überblick, 2. Auflage (2005)
- Feil*, Firmenbuchgesetz (FBG) Praxiskommentar (2005)
- Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht (2003)
- Fink*, Rechtsskriptum Insolvenzrecht, 5. Auflage (2007)
- Fritz*, GmbH-Praxis I Vertragsmuster und Eingaben (2003)
- Fritz*, Wie gründe ich eine GmbH richtig? 2. Auflage (2007)
- Fritz*, Und wenn es schon einmal Streit zwischen den Gesellschaftern gibt... Voraussetzungen für die erfolgreiche Konfliktregelung, Bilanzbuchhalter 20/04, 39

Frizberg/Frizberg, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH-Anteile durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluss, *ecolex* 1996, 753

Frizberg/Frizberg, Die GmbH, Systematischer Überblick und sämtliche Musterverträge (1999)

Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage (2006)

Gierke, Otto v., Dauernde Schuldverhältnisse, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 64 (1914), 355

Ginthoer & Partner/Hasch & Partner, Der GmbH-Geschäftsführer (2006)

Grünwald, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, *GesRZ* 1997, 172

Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Dritter Band §§ 53 – 85, 8. Auflage (1997)

Hannak, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in *Festschrift Hämmerle* (1972), 127

Hämmerle, Handelsrecht, II. Band Handelsgesellschaften, 2. Auflage (1968)

Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht II, Gesellschaften, Genossenschaften, Unternehmensverbindungen, 3. Auflage (1978)

Harrer, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in *Festschrift Frotz* (1993) 275

Hausner, Die Rechtsstellung des Minderheitsgesellschafters bei der Kapitalerhöhung, *NZ* 2004, 65

Heinke, Der Tod im Zivilprozess (2007)

Hueck G., Gesellschaftsrecht, 19. Auflage (1991)

Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, *wbl* 1989, 1

Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, III. Teil (§§ 145 – 273 AktG) 4. Auflage (2002)

Jula, Der GmbH-Gesellschafter, 2. Auflage (2004)

Kalss, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, *wbl* 2001, 366

Kalss/Eckert, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222

Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2006)

Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT Band II/1 (2006)

Kaltenegger, Ausschluss eines lästigen Gesellschafters: gesellschaftsrechtliche Grundlagen, Auswirkungen im Bilanz- und Steuerrecht (1998)

Karollus/Geist, Aufgriffs- oder Andienungsrecht? Zur Auslegung einer mehrdeutigen Regelung in einem GmbH-Vertrag, *NZ* 1997, 1

Kastner, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts (1974)

Kastner, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, *ÖJZ* 1952, 183

Kastner, Zur Reform des GmbH-Rechts, *JB* 1973, 169

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage (1990)

Konecny/Schubert G., Kommentar zu den Insolvenzgesetzen in drei Mappen (1997)

Koppensteiner, GmbH-Gesetz Kommentar, 2. Auflage (1999)

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar, 3. Auflage (2007)

Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, *wbl* 1988, 1

Koppensteiner, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, *RdW* 1985, 170

Kostner, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1968)

Kostner, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. Auflage (1980)

Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage (1993)

Kostner/Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage (1998)

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 13. Auflage (2006)

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage (2007)

Krejci, Das Unternehmensgesetzbuch (UGB), VR 2006, 17

Krejci, Der Beitrag des Notariats zur Entwicklung des Gesellschaftsrechts (20. Europäische Notariatstage in Salzburg 2008)

Krejci, Gesellschaftsrecht I, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2005)

Krejci, Handelsrecht, 2. Auflage (2001)

Krejci, Reform-Kommentar UGB (ABGB) (2007)

Krejci, Zehn Fragen zum Kommissionsvorschlag für eine Societas Privata Europaea (SPE), NZ 2008, 362

Krejci, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269

Krejci/Schmidt, Vom HGB zum Unternehmensgesetzbuch (2002)

Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar, 15. Auflage (2000)

Mader, Rechtsskriptum Kapitalgesellschaften, 4. Auflage (2002)

Müller/Hense, Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht – Steuerrecht (1995)

Nowotny C., Die Auflösung der Aktiengesellschaft durch Kündigung, NZ 1974, 105

Nowotny C., Hundert Jahre GmbH-Gesetz - Eine alte Dame in der Blüte ihrer Jahre, RdW 2006, 483

Nowotny C., Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW, 1987, 286

Nowotny C., Wechselseitige Beteiligungen, RdW, 1986, 303

Nowotny C./Winkler, Wiener Vertragshandbuch, Band 3, Kapitalgesellschaften (2006)

Nowotny G., Gesellschaftsrecht, Kurzlehrbuch (2005)

Ostheim, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Festschrift Hämmerle (1972) 245

Paschinger, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRZ 1983, 182

Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions (2007)

Priester/Mayer, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechtes, Band 3 (1996)

Puchinger/Goess, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, ecolex 2005, 122

Rechberger, Kommentar zur ZPO, 3. Auflage (2006)

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983)

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, I. Band, 2. Auflage (1997)

Reich-Rohrwig, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (1996)

Reich-Rohrwig, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in Festschrift Frotz (1993) 381

Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH und GmbH & Co KG (2004)

Reich-Rohrwig, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141

Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in Festschrift Kastner (1992) 371

Retschitzegger, Das neue Amtslöschungsrecht, GesRZ 2000, 151

Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (2008)

Riel S., Kein konkursfreies Vermögen im GmbH-Konkurs? RdW 1993, 356

Römermann, Münchener Anwaltshandbuch, GmbH-Recht (2002)

Roth/Fitz, Handels- und Gesellschaftsrecht (2000)

Rowedder, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)(1985)

Rüffler, Gläubigerschutz durch Mindeststammkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept? Ges 2005, 140

Ruhm, Praxisleitfaden zum Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern, ecolex 2007, 353

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band §§ 1175 – 1502, Nebengesetze, 3. Auflage (2004)

Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (1993)

Schinas, Rechtsfolgen des Verzugs des Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Erwerbsgesellschaft mit seiner Beitragsleistung, JBI 1981, 349

Schindler, Die europäische Aktiengesellschaft (2002)

Schmidt K., Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002)

Schmidt K./Schulz, Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?, ZIP 1982, 1015

Schneider, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, I. Band §§ 1 - 34, 10. Auflage (2006)

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, II. Band §§ 45 – 87, 9. Auflage (2002)

Schummer, Rechtsskriptum Personengesellschaften, 6. Auflage (2006)

Strasser, Die Beendigung der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (1963)

Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1987)

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz in 2 Bänden (2008)

Straube/Rauter, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007, JAP 2007/2008/11, 105

Strommer, Ist eine Bürgschaft der GmbH für Schulden ihrer Gesellschafter zulässig? wbl 1987, 334

Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998)

Torggler U., Zur sogenannten materiellen Beschlusskontrolle, insbesondere bei der Umwandlung, Teil I, GeS 2006, 58 und Teil II, GeS 2006, 109

Ulmer (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band III §§ 53 – 87 (2008)

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Auflage (2008)

Walter, Umgründungssteuerrecht (2000)

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 5. Auflage (1985)

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage (2007)

Werndl, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Körperschaftssteuerrecht und das Legalitätsprinzip, ÖJZ, 1976, 513

Wünsch, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in Festschrift Demelius (1973) 509

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht, 21. Auflage (2004)

Zib, Das Firmenbuchgesetz, wbl 1991, 44

PROBLEMSTELLUNG

Ausgangspunkt der Untersuchung

Sofern der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (in der Folge kurz GmbH) nach dem *Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbHG)¹ nichts anderes bestimmt, gilt eine GmbH auf unbestimmte Zeit errichtet². Es ist somit möglich und erlaubt, die Lebensdauer der Gesellschaft bereits von vornherein zeitlich zu determinieren oder vom Eintritt bzw Nichteintritt bestimmter Bedingungen abhängig zu machen. Bei Nichtregelung hingegen handelt es sich jedenfalls um ein auf unbestimmte Dauer errichtetes Rechtssubjekt³.

Hinter dem eigenständigen Rechtssubjekt GmbH stehen die Gesellschafter. Diese zeichnen mit ihren Entscheidungen (in der Generalversammlung) den Lebensweg der GmbH vor; die operative Tätigkeit wird von der Geschäftsführung ausgeübt. Es ist also zunächst den Gründern überlassen, ob sie die GmbH auf bestimmte Dauer oder auf unbestimmte Zeit errichten. Wurde nun – wie in der Praxis üblich - eine dauernde Gesellschaftsverbinding eingegangen, führt dies zur notwendigen Auseinandersetzung mit der Frage nach Auflösungs- und Beendigungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Lösung der gesellschaftsvertraglichen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander im Rechtskleid der GmbH. Im heutigen Wirtschaftsleben werden die Mitglieder der Gesellschaft nicht selten mit äußeren Umstände, wie aktuell mit der globalen Wirtschaftskrise samt deren Folgen und Auswirkungen auf die sog Realwirtschaft, konfrontiert, die sie einerseits dazu veranlassen, Entscheidungen zu treffen, die letztlich auf eine Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses hinauslaufen; andererseits können solche Ereignisse aber schon selbst so gravierend sein, dass sie die Gesellschaft in den Ruin und sodann zwangsläufig ins Aus führen.

¹ RGBI 1906/58 in der jeweils gültigen Fassung.

² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 84 Rz 6.

³ So schon *Kostner*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1968) 26.

Unabhängig von äußeren und üblicherweise vom einzelnen Gesellschafter auch nicht beeinflussbaren Umständen, besteht – wie in jeder Beziehung im weiteren Sinn – ein weiterer potentieller Konfliktherd in den zwischenmenschlichen Beziehungen. Oft sind es persönliche oder finanzielle Motive, die Gesellschafter dazu drängen, ausscheiden oder die GmbH auflösen zu wollen. Wenn Krisen zwischen den einzelnen Mitgliedern des Verbandes, welche sich ursprünglich zur Erreichung eines bestimmten, üblicherweise wirtschaftlich definierten Zieles zusammengeschlossen haben, nicht mehr gelöst werden können, weil sich beispielsweise die finanzielle Situation maßgeblich verschlechtert, oder die Gesellschafter das notwendige Vertrauen zueinander verlieren und deshalb nicht mehr konstruktiv miteinander arbeiten können, sind für den Einzelnen Auswege aus der gesellschaftsvertraglichen Bindung sowie Regelungen betreffend die finanzielle Auseinandersetzung (Abfindung) erforderlich. Daran knüpft die Frage an, ob eine solche Lösung notwendigerweise zur Auflösung der Gesellschaft führen muss bzw ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen alternative Lösungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung des zwingenden Rechts erlaubt und praktisch realisierbar sind.

Bestenfalls definiert das Gesetz, welches die Bildung einer bestimmten gesellschaftlichen Organisationsform erlaubt, wie der jeweilige Verband aufzulösen ist und beendet werden kann. Wie sich jedoch zeigen wird, ist es regelmäßig gar nicht möglich, durch gesetzlich vordefinierte Tatbestände alle jene Sachverhalte, in denen Regelungsbedarf gegeben ist, abzudecken, sodass ergänzende Bestimmungen in der Satzung sinnvoll sind, die – allgemein formuliert – einen Ausstieg aus der GmbH ermöglichen und festlegen, wie in solchen Fällen vorzugehen ist. Eine materielle Regelung ist für den Praktiker freilich nur dann nützlich, wenn gleichzeitig formelle Vorschriften zu deren Umsetzung zur Verfügung stehen.

Erster Ansatzpunkt zur Problemlösung muss demnach das positive Recht sein. Das III. Hauptstück des GmbHG trägt die Überschrift „Auflösung“ und ist in den §§ 84 – 101 geregelt. Behandelt wird in diesem Teil des Gesetzes jedoch nicht nur das, was man juristisch unter Auflösung (1. Abschnitt [§§ 84 – 88]) versteht, auch die Liquidation (2. Abschnitt [§§ 89 – 95]) und die Verschmelzung (3. Abschnitt [§§ 96 -

101]) sind dort geregelt. Die gesetzlichen Auflösungsstatbestände finden sich insb in § 84 Abs 1, darüber hinaus können weitere Auflösungsgründe im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden⁴.

Man muss hier zunächst schon terminologisch zwischen Auflösung und (Voll-) Beendigung der Gesellschaft unterscheiden⁵. Unter Auflösung im eigentlichen Sinn versteht man die Verwirklichung eines gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Auflösungsgrundes. Beendigung hingegen bedeutet, dass die Gesellschaft kein verwertungs- bzw verteilungsfähiges Vermögen mehr hat und die Löschung im Firmenbuch erfolgt ist. Die Löschung ist als das Gegenteil der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch zu verstehen; quasi also die Austragung, welche idR bloß deklaratorischen Charakter hat. Allgemein anerkannt ist, dass beide Umstände kumulativ gegeben sein müssen, damit die GmbH als vollbeendet betrachtet werden kann⁶.

Üblicherweise sind also die Begriffe „Auflösung“ und „Beendigung“ nicht ident. Die GmbH ist im Auflösungszeitpunkt noch nicht beendet; ebenso wenig ist die bloße Löschung einer Vollbeendigung gleichzusetzen. Das Gesetz sieht als Normalrechtsfolge vor, dass die aufgelöste GmbH zu liquidieren ist⁷.

Um nun zu vermeiden, dass bei Verwirklichung eines gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Auflösungsgrundes – wie zB bei Ausübung eines Kündigungsrechtes - die allgemeine Rechtsfolge eintritt, die Gesellschaft sohin als aufgelöst zu betrachten und abzuwickeln ist, können im Gesellschaftsvertrag Alternativen vorgesehen werden. Häufig wird einzelnen, bestimmten oder allen übrigen Gesellschaftern (anteilig) das Recht eingeräumt, den Geschäftsanteil des kündigenden oder sonst wie ausscheidenden Gesellschafter zu einem bestimmten (Abtretungs-) Preis zu übernehmen⁸. Kündigt dann ein Gesellschafter den

⁴ Vgl § 84 Abs 2.

⁵ *Hämmerle*, Handelsrecht² II (1968) 209.

⁶ Siehe zB OGH 19.6.2006, 8 ObA 46/06g uva.

⁷ Vgl § 89 Abs 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 5.

⁸ Aufgriffsrecht oder Aufgriffspflicht.

Gesellschaftsvertrag auf und wird der Geschäftsanteil des Kündigenden übernommen, scheidet dieser mit Ablauf der Kündigungsfrist aus und die Gesellschaft gilt nicht als aufgelöst. Wird der Geschäftsanteil dagegen nicht übernommen, verliert die Kündigung nicht ihre Wirksamkeit, sondern ist die Gesellschaft zu liquidieren⁹.

Vom Aufgriff ist die gesetzlich nicht geregelte Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft durch Fassen eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses, welcher nach hA möglich und erlaubt ist¹⁰, zu unterscheiden¹¹. Ein Fortsetzungsbeschluss kann solange gefasst werden, als die Gesellschaft noch nicht als vollbeendet anzusehen ist. Danach ist eine Fortsetzung *mE* schon begrifflich nicht mehr möglich.

Unabhängig von gesetzlich positivierten Möglichkeiten und Verpflichtungen zur Auflösung und Dissolution des Gesellschaftsverhältnisses ist vor dem Hintergrund der Tatsache, dass das Gesetz dazu in weiten Bereichen nur einzelfallbezogene Bestimmungen vorsieht, zu hinterfragen, ob es darüber hinaus noch andere Wege und Rechtsbehelfe gibt, um einem oder mehreren Gesellschaftern den Ausstieg aus der GmbH zu ermöglichen (Stichwort: Austrittsrecht), oder ob ein lästiger Gesellschafter von den anderen ausgeschlossen werden kann. Können es bestimmte Umstände, Verhältnisse oder spezielle Zustände sachlicher oder rechtlicher Natur bei Vorliegen von entsprechenden Voraussetzungen außerdem vielleicht sogar als gerechtfertigt erscheinen lassen, der gesellschaftlichen Minderheit Instrumentarien im Hinblick auf eine gegen den Willen der Mehrheit durchzusetzenden Auflösung zur Verfügung zu stellen, obwohl das GmbHG im Gegensatz zu dem für Personengesellschaften geltenden UGB¹² eine auf Auflösung der Gesellschaft gerichtete Klage nicht vorsieht? Die Lösung dieser Frage scheint *mE* eng mit der Qualifikation des Gesellschaftsverhältnisses als

⁹ Gellis/Feil, GmbHG⁶ (2006) § 84 Rz 12.

¹⁰ Kostner, GmbH 100.

¹¹ Umfahrer, GmbH⁶ (2008) Rz 782 mwN in FN 1753; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 84 Rz 29 ff.

¹² Vgl § 133 UGB „Auflösung durch gerichtliche Entscheidung“.

Dauerrechtsverhältnis sowie mit der gesetzlich intendierten Struktur und dem Wesen der GmbH verbunden zu sein¹³.

Damit ist grob umrissen, worum es in der vorliegenden Arbeit gehen soll. In einer kurzen Einführung wird die GmbH wesensmäßig charakterisiert und ihre praktische Bedeutung beleuchtet. Im Sinn einer Gesamtbetrachtung ihrer Lebensdauer - mit Schwerpunkt auf Auflösung und Beendigung - wird zunächst das Entstehen der Gesellschaft überblicksmäßig behandelt, ist doch die Frage danach, was die GmbH als Rechtssubjekt überhaupt ausmacht und wann der Rechtsträger zu existieren beginnt, *me* nicht nur für das Verständnis des Gesellschaftsrechts im Allgemeinen, sondern speziell für die Auseinandersetzung mit dem Thema dieser Untersuchung, dem Untergang der Gesellschaft als juristischer Person und deren Folgen, von Bedeutung.

Die einzelnen Auflösungsgründe werden systematisch behandelt und wird dabei versucht, jeden einzelnen Tatbestand anhand bestimmter, einheitlicher Kriterien zu erörtern. Verschiedene Umstände, Ursachen und Voraussetzungen, die dazu führen und bewirken, dass eine GmbH aufgelöst wird und schließlich als vollbeendet anzusehen ist, werden untersucht, um in weiterer Folge Möglichkeiten, Wege und Mittel zum (un-)freiwilligen Exit aus der gesellschaftlichen Partnerschaft herauszuarbeiten bzw aufzuzeigen, welche Alternativen es geben könnte, oder welche Rechtsinstrumente im Hinblick auf einen gerechten Interessensausgleich zwischen den widerstreitenden Bedürfnis- bzw Schutzaspekten der Beteiligten zumindest wünschenswert erscheinen.

Die Möglichkeit zur Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft wird behandelt und die Liquidation bis hin zur Vollbeendigung in Grundzügen dargestellt.

Vergleiche mit der Rechtslage in Deutschland sind im Interesse von Entwicklung und Verständnis der österreichischen Rechtsordnung unabdingbar und werden dort, wo dies sinnvoll erscheint entsprechend berücksichtigt; auf Unterschiede und

¹³ Siehe dazu: *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 275 ff.

Gemeinsamkeiten betreffend das Aktienrecht sowie das für Personengesellschaften geltende Recht wird hingewiesen.

Gesetzesstellen ohne Angabe des Gesetzes sind solche des GmbHG. Die Arbeit basiert auf der Rechtslage sowie der erschienenen Literatur zum 30.05.2009. Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2007 wurde eingearbeitet.

GRUNDLAGEN

I. Gesetzliche Grundlagen

Das GmbHG trat in seiner ursprünglichen Fassung 1906 in Kraft. Der österr Gesetzgeber hat sich dabei von dem bereits 1892 in Deutschland eingeführten dGmbHG leiten lassen¹⁴. Vor dem Hintergrund der voranschreitenden Industrialisierung des 19. Jahrhunderts stand der Wunsch nach Schaffung eines eigenständigen Rechtssubjektes, respektive einer „Gesellschaftsform zwischen Aktiengesellschaft und den Personengesellschaften, die deren jeweilige Nachteile vermeidet“¹⁵. Die GmbH ist insoweit eine „Erfindung des (dt) Gesetzgebers“, als man eine originäre Rechtsform schuf, die das persönliche Engagement des Gesellschafters erlaubt, ohne diesen (grundsätzlich) unbeschränkt haften zu lassen¹⁶.

II. Wesensmerkmale der GmbH

Man kann sagen, dass die GmbH eine Art Zwischenstellung im geschlossenen System der Gesellschaftsformen einnimmt¹⁷. Sie zählt grundsätzlich zu den Kapitalgesellschaften, doch sieht selbst das GmbHG Bestimmungen vor, die sie in die Nähe der Personengesellschaften rücken¹⁸. Außerdem kann die GmbH von den Gründern bzw den späteren Gesellschaftern vertraglich noch zusätzlich mit personalistischen Elementen ausgestaltet werden¹⁹, wovon in der Praxis in umfangreichem Ausmaß Gebrauch gemacht wird. So muss sich der Einsatz des GmbH-Gesellschafters nicht zwingend auf die Zurverfügungstellung von Kapital reduzieren und können Gesellschafter (schon im Statut) zu Geschäftsführern bestellt

¹⁴ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 425 ff.

¹⁵ Hoher Kapital- und Verwaltungsaufwand bei der AG stehen der persönlichen Haftung zumindest eines Gesellschafters bei den Personengesellschaften gegenüber.

¹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Allg Einl Rz 1.

¹⁷ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 1.

¹⁸ In § 20 ist zB verankert, dass die Geschäftsführungsbefugnis durch Beschluss der Gesellschafter im Innenverhältnis beschränkt werden kann, woraus ein Weisungsrecht der Generalversammlung (aber nicht ein solches des einzelnen Gesellschafters) abgeleitet wird (vgl OGH 1 Ob 797/76, SZ 49/163 und 1 Ob 690/77, SZ 50/140); vgl weiters die anteiligen Ausfallhaftungen der Gesellschafter nach § 70 Abs 1 und § 83 Abs 2 Satz 3.

¹⁹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 346.

werden. Im Sinn der sog Drittornganschaft verleiht die Mitgliedschaft in der Kapitalgesellschaft nämlich nicht eo ipso die Befugnis zum Führen der Geschäfte²⁰, sondern obliegt dies dem oder den zu bestellenden Geschäftsführer(n) (bzw dem Vorstand der AG) als notwendigem Organ²¹. In der Möglichkeit, gemäß § 84 Abs 2 im Gesellschaftsvertrag spezielle Auflösungsgründe nach dem Willen der Gesellschafter vereinbaren zu können, steckt ebenfalls ein personalistischer Aspekt²², gleich wie in der Norm des § 5 Z 6 FBG, welche vorschreibt, dass die GmbH-Gesellschafter mit Namen und Geburtsdatum ins Firmenbuch einzutragen sind.

Vor Inkrafttreten des HaRÄG 2005²³ zählte die GmbH zu den Formkaufleuten, dh sie selbst war Kaufmann kraft Rechtsform unabhängig von Art und Umfang ihrer Tätigkeit²⁴. Dies war bis zur Einführung des UGB in § 61 Abs 3 festgehalten, welche Bestimmung mittlerweile aufgehoben ist. Nunmehr regelt § 2 UGB, dass die GmbH – neben anderen Gesellschaftsformen – Unternehmer kraft Rechtsform ist, weshalb sie auch den Vorschriften des UGB unterliegt²⁵.

III. Die GmbH in der Praxis

Die Zweckbestimmung nach § 1 Abs 1 besagt zunächst nur, dass GmbHen grundsätzlich „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“²⁶ errichtet werden können, wobei die Bestimmungen des GmbHG eingehalten werden müssen. Abs 2 führt dann ergänzend aus, dass der Betrieb von Versicherungsgeschäften in der Rechtsform einer GmbH verboten ist und, dass sich politisch tätige Vereine nicht als GmbH

²⁰ Im Gegensatz zu den Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter im Vordergrund stehen und ipso iure Geschäftsführer und Vertreter der Gesellschaft sind; man spricht bei diesen von Selbstorganschaft (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 3).

²¹ Siehe § 15 Abs 1.

²² *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS-Hämmerle 127 (135).

²³ BGBl I 2005/120.

²⁴ *Krejci*, Handelsrecht² (2001) 39.

²⁵ Die GmbH ist Formunternehmer unabhängig von der Art ihrer Tätigkeit; zu den Neuerungen durch das UGB im Überblick siehe *Krejci*, Das Unternehmensgesetzbuch (UGB), VR 2006, 17.

²⁶ Darunter versteht man das gemeinsame Ziel, zu dessen Erreichung die Gesellschafter die GmbH gründen (vgl *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 94).

konstituieren dürfen. Daneben sehen noch andere Gesetze²⁷ vor, dass die GmbH als Rechtsform für bestimmte geschäftliche Tätigkeiten nicht erlaubt ist. Auch den meisten freien Berufen – allerdings mit Ausnahmen²⁸ - ist die GmbH verwehrt.

Vom Gesellschaftszweck ist der Unternehmensgegenstand nach § 4 Abs 1 Z 2 zu unterscheiden, der den Bereich und die Art der von der GmbH zweckorientiert ausgeübten Tätigkeit umschreibt²⁹. Laut OGH 31.5.1990, 6 Ob 11/90, muss der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit klar erkennbar sein³⁰.

In den letzten Jahrzehnten hat sich die GmbH als Organisationsform zur Teilnahme am Wirtschaftsleben profiliert und ist daher sehr beliebt. Klassischerweise werden in der heutigen Wirtschaftswelt auf Gewinn gerichtete Industrieunternehmen und Gewerbebetriebe häufig als GmbH geführt; außerordentlich große Bedeutung spielt die GmbH dabei im Bereich der sog Klein- und Mittelunternehmen³¹. Daneben können mit einer GmbH aber auch nicht erwerbswirtschaftliche (überhaupt nicht unternehmerische), ideelle (gemeinnützige und humanitäre) Zwecke verfolgt werden³². Die Motive der Gründer für die Rechtsformwahl „GmbH“ sind vielfältig, der breite Anwendungsbereich sicherlich nur ein Argument.

²⁷ Beteiligungsfondgesetz, Hypothekenbankgesetz.

²⁸ Siehe zB § 1a Abs 1 S 1 RAO, der die Ausübung der Rechtsanwaltschaft auch in der Rechtsform der GmbH für zulässig erklärt oder §§ 7 Abs 2, 29 Abs 1 WT-BO für die Wirtschaftstreuhandberufe.

²⁹ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 94. Laut OGH 31.5.1990, 6 Ob 11/90, muss der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit klar erkennbar sein.

³⁰ OGH, 31.5.1990, 6 Ob 11/90. Die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens hat außerdem zwingend im Gesellschaftsvertrag zu erfolgen, wird jedoch nicht ins Firmenbuch eingetragen. Gemäß § 3 Z 5 FBG erfolgt dort nur „eine kurze Bezeichnung des Geschäftszweiges“.

³¹ Wichtig ist in der Praxis auch die Heranziehung der GmbH als Komplementärin von Kommanditgesellschaften. Bei der sog GmbH & Co KG handelt es sich um eine Sonderform der KG unter Beteiligung einer juristischen Person als Komplementärin, welche idR eben häufig eine GmbH ist (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Allg Einl Rz 8 f).

³² Dies betrifft insb den Bereich der sog Daseinsvorsorge, wie Krankenanstalten, Energieversorgung und Abfallwirtschaft oder gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaften.

Für die GmbH sprechen neben der unter bestimmten Umständen steuerlichen Attraktivität³³ auch die grundsätzliche Haftungsbeschränkung, das Weisungsrecht der Generalversammlung gegenüber der Geschäftsführung und die sowohl hinsichtlich Gründung als auch die laufenden Aufwendungen betreffenden relativ (im Verhältnis zur AG) geringen Kosten³⁴.

Empirischen Daten³⁵ zufolge, gab es in Österreich zum Stichtag 1.1.2006, bereits mehr als 100.000 Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dies entspricht einem Anteil von knapp 60% an allen Rechtsformen. Die Anzahl an Aktiengesellschaften belief sich dagegen vergleichsweise auf ca 2000. Erwähnenswert ist dabei, dass über 80 % der GmbHen nur mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststammkapital ausgestattet sind. Etwa 13 % der GmbHen sind Komplementärgesellschaften³⁶.

IV. Begriffsbestimmungen

Wie das Leben der natürlichen Person lässt sich auch jenes der GmbH nach *G. Nowotny* in verschiedene Abschnitte einteilen:

- Errichtung
- Gründung (Entstehung)
- Auflösung (und Liquidation)
- Vollbeendigung

³³ Gemäß § 1 Körperschaftssteuergesetz (KStG) ist die GmbH als eigenständiges Steuersubjekt zunächst selbst der Körperschaftsteuer (KSt) unterworfen, wobei deren Gewinne - unabhängig davon, ob sie ausgeschüttet werden oder nicht - mit 25 % besteuert werden. Werden diese Gewinne dann an die Gesellschafter ausgeschüttet, fällt bei diesen noch zusätzlich Kapitalertragssteuer (KESt) im Ausmaß von ebenfalls 25 % an, woraus eine Gesamtsteuerbelastung von 43,75 % folgt; dies wird also dann einen Vorteil bringen, wenn die Gewinne hoch sind (Doralt, Steuerrecht 2007⁸ [2006] Rz 221).

³⁴ Skriptum Gesellschaftsrecht II (der Gesellschaftsvertrag – Schwerpunkt GmbH) des gleichnamigen Seminars der Anwaltsakademie, Gesellschaft zur Förderung anwaltlicher Aus- und Fortbildung m. b. H., unter der Leitung von RA Dr. Gottfried Thiery, LL.M

³⁵ Nach einer Abfrage von DDr. Gerwin Haybeck, Universität Salzburg; abgedruckt im Skriptum Gesellschaftsrecht I des gleichnamigen Seminars der Anwaltsakademie, Gesellschaft zur Förderung anwaltlicher Aus- und Fortbildung m. b. H., unter der Leitung von RA Dr. Gottfried Thiery, LL.M.

³⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I (1997) Rz E/2 mwN; *Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz 381 ff.

A. Entstehung

Das Entstehen einer GmbH erfordert mehrere (Rechts-)Akte und richtet sich zunächst nach den gesetzlichen Vorgaben der §§ 1 – 12 („Errichtung der Gesellschaft“). Die heutige Terminologie versteht unter „Errichtung“ üblicherweise den Abschluss des Gesellschaftsvertrages³⁷, während man unter dem Begriff „Gründung“ alle jene (zusätzlichen) Schritte in ihrer Gesamtheit zusammenfasst, die gesetzt werden müssen, um ein Rechtssubjekt GmbH entstehen zu lassen³⁸. Während also die GmbH bereits errichtet ist, nachdem der Gesellschaftsvertrag gültig abgeschlossen worden ist, entsteht sie erst mit konstitutiver Eintragung ins Firmenbuch³⁹. In der Zeit zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Firmenbucheintragung spricht man von der Vorgesellschaft⁴⁰. Nach dem für die GmbH geltenden Normativsystem⁴¹ entsteht ein durchsetzbarer Anspruch auf Eintragung der Gesellschaft, wenn (zumindest) die zwingenden Bestimmungen des GmbHG eingehalten werden⁴². Nur in Ausnahmefällen muss aufgrund sondergesetzlicher Vorschriften⁴³ zusätzlich eine Bewilligung odgl von der zuständigen Behörde eingeholt werden⁴⁴. Für die Entstehung bedarf es jedenfalls folgender Rechtsakte⁴⁵:

- Abschluss des Gesellschaftsvertrages iSd privatautonomen Vertrages mindestens zweier Personen bzw Erklärung über die Errichtung der

³⁷ Mader, Kapitalgesellschaften⁴ (2002), 11.

³⁸ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 1 Rz 2.

³⁹ Umfahrer, GmbH⁶ Rz 169.

⁴⁰ Zur Vorgesellschaft und den zahlreichen damit in Zusammenhang stehenden Fragen und Problemen siehe insb Krejci, Gesellschaftsrecht I 56 ff.

⁴¹ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² I Rz 1/4.

⁴² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 1 Rz 2.

⁴³ Vgl zB § 5 Abs 2 BWG.

⁴⁴ Sog Konzessionssystem.

⁴⁵ Allfällige weitere Voraussetzungen sind zB: Gründungs-/Prüfberichte; Verzeichnis der Mitglieder des Aufsichtsrates; Einholung eines Gutachtens der zuständigen Wirtschaftskammer zur Zulässigkeit des Firmenwortlautes gemäß § 14 FBG. Außerdem können verlassenschafts-, pflegschafts- oder kartellgerichtliche oder grundverkehrsbehördliche Genehmigungen usw gefordert sein.

Gesellschaft⁴⁶ (nur) durch eine Person, jeweils in Notariatsaktsform⁴⁷ und Bestellung der (notwendigen) Gesellschaftsorgane⁴⁸, sofern dies nicht bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist.

- Leistung der Stammeinlagen durch die Gesellschafter im gesetzlichen Umfang bzw nach der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Art, abhängig davon, ob es sich um eine reine Bar- oder Sachgründung oder um eine gemischte Gründung handelt⁴⁹. Insgesamt muss auf die bar zu leistenden Einlagen, sofern nicht ein Ausnahmetatbestand⁵⁰ in Anspruch genommen wird, ein Minimalbetrag in Höhe von EUR 17.500,00 aufgebracht werden⁵¹.
- Sofern keine Befreiung nach dem Neugründungs-Förderungsgesetz (NeuFöG) greift⁵² - Bezahlung der sog Gesellschaftssteuer nach dem Kapitalverkehrsteuergesetz (KVG) in Höhe von 1 % der geleisteten Einlagen und Einholung der daraufhin vom Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern gemäß § 160 Abs 2 BAO auszustellenden Unbedenklichkeitsbescheinigung. Alternativ dazu kann von einem Rechtsanwalt, Notar oder Wirtschaftstreuhänder die Selbstberechnung der

⁴⁶ Zum Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages siehe § 4 Abs 1.

⁴⁷ Vgl § 4 Abs 3 und dessen undeutliche Formulierung. Nach hA (zB *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 39; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I Rz 1/27) ist ein Notariatsakt gemäß § 52 NO erforderlich; eine notarielle Beurkundung genügt nicht.

⁴⁸ § 15 regelt die Bestellung der Geschäftsführer; dies ist nach § 3 Abs 1 Z 2 Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch. Die GmbH muss zwingend einen Aufsichtsrat haben, wenn eine der Vorgaben des § 29 Abs 1 Z 1 – 4 erfüllt ist, oder wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht (§ 29 Abs 6).

⁴⁹ Nach § 6a muss außerdem mindestens die Hälfte des Stammkapitals in Form von bar zu leistenden Stammeinlagen voll aufgebracht werden. In der Praxis besteht häufig ein wirtschaftliches Bedürfnis hinsichtlich solcher sog Sacheinlagen, wie Liegenschaften, Fahrzeuge, Forderungen, Rechte, Unternehmen usw (*Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 355).

⁵⁰ Siehe § 6a Abs 2 – 4.

⁵¹ Für Sacheinlagen (und Sachübernahmen) gilt nach § 10 Abs 1 Satz 3, dass diese sofort, dh noch vor Einbringung des Antrages auf Anmeldung der Gesellschaft zum Firmenbuch, und zur Gänze der Gesellschaft gegenüber erbracht worden sein müssen.

⁵² Das NeuFöG dient der Erleichterung von Unternehmensneugründungen und Betriebsübertragungen, da bei Verwirklichung der gesetzlich erfassten Tatbestände bestimmte Abgaben (Entfall der Gesellschaftssteuer, Entpflichtung von der Bezahlung der Grunderwerbsteuer bei Einbringung von Liegenschaften) gar nicht erhoben oder zumindest ermäßigt vorgeschrieben werden (*Doralt*, Steuerrecht 2008/09¹⁰ [2008] Rz 393). Zu beachten sind idZ die Pflichten des Rechtsberaters, bei der Gesellschaftsgründung über die Erleichterungen nach dem NeuFöG aufzuklären, um nicht mit Haftungsfolgen rechnen zu müssen!

Gesellschaftssteuer nach § 10a Abs 6 KVG vorgenommen und eine entsprechende schriftliche Erklärung ausgestellt werden. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung oder Erklärung über die Selbstberechnung sind dem Firmenbuchgesuch als Beilage anzuschließen.

- Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Firmenbuch durch sämtliche Geschäftsführer⁵³ gemäß § 9 Abs 1 mittels schriftlichen Antrages an das zuständige Firmenbuchgericht unter Vorlage der zur Gründung notwendigen Urkunden⁵⁴. Die sog § 10 (Abs 3)-Erklärung der Geschäftsführer, wonach die Bareinlagen mit Erfüllungswirkung⁵⁵ erbracht worden sind und, dass sie über diese und auch über die allenfalls eingebrachten Sacheinlagen frei verfügen können, wird idR bereits in den Text des Firmenbuchgesuches aufgenommen.
- Prüfung des Eintragungsgesuches durch das Firmenbuchgericht auf Vollständigkeit und Gesetzmäßigkeit der Anmeldung samt Beilagen sowie im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen für die Eintragung⁵⁶. Das Firmenbuchgericht entscheidet mit Beschluss⁵⁷. Die GmbH entsteht als eigenständiger Rechtsträger nach beschlussmäßiger Bewilligung der Anmeldung mit der Eintragung⁵⁸ ins Firmenbuch. Diese Eintragung wirkt konstitutiv⁵⁹ und wird vom Firmenbuchgericht veröffentlicht⁶⁰.

⁵³ Alle Geschäftsführer haben die Eingabe beglaubigt zu unterfertigen und haften der Gesellschaft gemäß § 10 Abs 4 persönlich zur ungeteilten Hand für einen durch falsche Angaben verursachten Schaden.

⁵⁴ Vgl §§ 9 und 10 (schriftliche Bestätigung eines Kreditinstitutes laut § 10 Abs 3 S 3, dass die bar zu leistenden Einlagen auch tatsächlich eingezahlt worden sind).

⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 10 Rz 15.

⁵⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I Rz 1/682 ff.

⁵⁷ Möglich ist auch, dass gemäß § 17 FBG ein Verbesserungsauftrag erlassen wird (auch Vorerledigung genannt), weil beispielsweise noch nicht sämtliche Urkunden zur Verfügung stehen und das Gesuch deshalb unvollständig ist oder ein sonstiger behebbarer Mangel vorliegt.

⁵⁸ Siehe dazu § 3 FBG und § 11.

⁵⁹ HA, vgl etwa *Kostner*, GmbH 28, *Frizberg/Frizberg*, GmbH (1999) Rz 83; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² I Rz 1/708.

⁶⁰ Laut OGH 24.4.1991, 9 Ob 60/91, ist die Veröffentlichung für das Entstehen der GmbH nicht ausschlaggebend.

B. Auflösung, Auflösungsgrund

1. Keine immerwährende Gesellschaft

Wie der OGH schon am 1.6.1907 entschieden hat⁶¹, ist es unzulässig, im Gesellschaftsvertrag „die immerwährende Dauer“ zu vereinbaren oder festzuschreiben, dass die Gesellschaft gar nicht aufgelöst werden kann. Begründet wird dies damit, dass Statuten, die darauf hinauslaufen, eine Gesellschaft von immerwährender Dauer zu errichten, „nach den §§ 1208, 832 ABGB unzulässig sind und, dass auch das GmbHG keine diesen allgemeinen Grundsatz des bürgerlichen Rechts ausschließende Bestimmung enthält“. Unabhängig davon, dass es sich bei einer GmbH grundsätzlich um eine auf Dauer angelegte Zweckgemeinschaft handelt, die noch dazu regelmäßig auf unbestimmte Zeit eingegangen wird, muss sie also auch aufgelöst und letztlich wieder beendet werden können. Dies kann freiwillig geschehen, weil es die Gründer so wollen, oder es liegen zwingende (gesetzliche) Gründe vor, die zu einer unfreiwilligen Auflösung führen.

Die Motive der Gesellschafter, ihre unternehmerische Zusammenarbeit in der Rechtsform GmbH freiwillig zu beenden, können verschiedenartiger Natur sein⁶². Es kann vorkommen, dass die Gesellschafter das eingebrachte und in der Gesellschaft gebundene Kapital nach Versilberung des Vermögens zurückerhalten wollen⁶³; Anstoß zur Auflösung kann aber auch das Erreichen des Gesellschaftszwecks (bei sog Projektgesellschaften) sein. Fehlt es hingegen beispielsweise an der Finanzierung, ist das GmbH-Unternehmen dauerhaft unprofitabel oder streiten sich die Gesellschafter, weil sie betreffend die Unternehmenspolitik oder hinsichtlich der Leitung der Geschäfte unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten haben, kann die Auflösung mangels Alternativen auch ultima ratio sein und der Weg schließlich deshalb in die Liquidation führen. Wirtschaftliche Schwierigkeiten werden in aller Regel auch der Grund für eine unfreiwillige Auflösung sein.

⁶¹ OGH 6370/7145, AC 2670.

⁶² Siehe dazu *Meister in Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH – Recht (2002) 1227 ff.

⁶³ *Erle in Müller/Hense*, Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht - Steuerrecht (1995) 1013.

2. Auflösung

Unter Auflösung versteht man einen speziellen Zustand der Gesellschaft, welcher sich darin manifestiert, dass sie abzuwickeln ist⁶⁴. Ist die GmbH aufgelöst, befindet sie sich im Stadium der Liquidation. Das hat grundsätzlich keine Auswirkung auf die Rechtssubjektivität; nur der Gesellschaftszweck ist jetzt ein anderer und die Tätigkeit der Liquidatoren hat dem entsprechend auch auf die Vollbeendigung der GmbH gerichtet zu sein⁶⁵. In dieser Phase stellt sich auch (noch) die Frage nach einer Fortsetzung der (aufgelösten) GmbH.

3. Auflösungsgrund

Ein Auflösungsgrund ist eine Rechtstatsache, aufgrund deren Eintritts oder Verwirklichung die GmbH als aufgelöst zu betrachten ist und von einer Betriebs- zu einer Abwicklungsgesellschaft wird⁶⁶. Auflösungsgründe bedingen somit den Übertritt der Gesellschaft in einen neuen „Lebensabschnitt“⁶⁷. Es handelt sich dabei einerseits um die vom Gesetz vorgegebenen Gründe, andererseits können auch in der Satzung als Auflösungsgründe definierte Umstände, Ereignisse, Zeitpunkte oder Bedingungen eine solche Rechtsfolge bewirken.

4. Eigener Definitionsansatz

Ein Auflösungsgrund ist ein Tatbestand, der in der Verwirklichung eines gesetzlichen oder freiwillig definierten Umstandes besteht, dessen Rechtsfolge die Auflösung der Gesellschaft ist. Dh immer dann, wenn das Gesetz anordnet, dass das, was es selbst vorgibt oder wenn etwas, das von den Gesellschaftern zulässigerweise vorgegeben ist, bei Realisierung zur Auflösung führt, liegt ein Auflösungsgrund vor. Die GmbH befindet sich in Auflösung, wenn und solange Liquidationsbedarf gegeben ist.

⁶⁴ Vgl. *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 1; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 762.

⁶⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 5.

⁶⁶ *Rasner in Rowedder*, GmbHG (1985) § 60 Rz 3.

⁶⁷ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 1.

C. Vollbeendigung

1. Beendigung

Das bedeutet, dass die Gesellschaft aufgehört hat, rechtlich zu existieren⁶⁸. Wenn die GmbH vollbeendet ist, gibt es sie nicht mehr. Nach ständiger Judikatur des OGH⁶⁹ tritt Vollbeendigung nur dann ein, wenn die Gesellschaft vermögenslos ist und – kumulativ - im Firmenbuch gelöscht wurde:

- Vermögenslosigkeit

Das bedeutet, dass „weder verwertbares noch sonst verteilbares Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, insbesondere also kein Abwicklungsbedarf in Ansehung von Aktiva (mehr) gegeben ist“⁷⁰. Der Begriff der Vermögenslosigkeit ist weit auszulegen und umfasst sämtliche vermögenswerte Rechte wie Immaterialgüterrechte (Marken, Muster, Patente, Lizenzen, Software), Sachanlagen (Liegenschaften, technische Geräte und Maschinen, Büroausstattung etc), Finanzanlagen (Beteiligungen), Vorräte (Rohstoffe), Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Wertpapiere, Kassenbestand udgl.

Nach höchstgerichtlicher Judikatur zählen auch Bestandrechte zum Vermögen⁷¹ und schließt die Geltendmachung von Forderungen durch die klagende GmbH und ein damit in Verbindung stehender möglicher Kostenersatzanspruch deren Vollbeendigung ebenso aus⁷², wie die Geltendmachung von Gegenforderungen im Gerichtsverfahren, weil dann zumindest potentiell noch Vermögen vorhanden ist⁷³.

Im Rahmen der Löschung nach § 40 FBG gilt eine Kapitalgesellschaft – bis zum Beweis des Gegenteils – zudem als vermögenslos, wenn sie trotz

⁶⁸ Im dt GmbH-Recht (*Rasner in Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 3) spricht man auch von „Erlöschen“.

⁶⁹ OGH 6 Ob 19/01i, SZ 74/28; 26.4.2006, 3 Ob 32/06m; 19.6.2006, 8 ObA 46/06g ua.

⁷⁰ Siehe OGH 14.2.2001, 7 Ob 23/01k.

⁷¹ OGH 28.9.2005, 7 Ob 116/05t.

⁷² OGH 10.4.1991, 2 Ob 518/91; *Heinke*, Der Tod im Zivilprozess (2007) 39.

⁷³ *G. Nowotny*, Gesellschaftsrecht (2005) 167.

Aufforderung durch das Gericht die Jahresabschlüsse von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht vorlegt.

- **Löschung**

Das ist die Austragung der Gesellschaft aus dem Firmenbuch, welche nach hA grundsätzlich nur deklaratorischen Charakter⁷⁴ hat. Man könnte der Löschung eventuell beim amtswegigen Vorgehen nach § 40 FBG konstitutiven Charakter attestieren, weil dieser Tatbestand Vermögenslosigkeit voraussetzt. Ebenso könnte die Löschung im Zuge eines Verstaatlichungsverfahrens nach § 95 konstitutiv in Bezug auf den Untergang der verstaatlichten GmbH wirken. Allgemeinen ist aber davon auszugehen, dass der Löschungsvorgang als Akt des Firmenbuchgerichts nur gemeinsam mit der Vermögenslosigkeit zum Untergang der Rechtsperson GmbH führt. Ein noch nicht gelöschter Rechtsträger ist sohin jedenfalls (noch) rechtsfähig, und zwar unabhängig davon, ob Vermögen vorhanden ist oder nicht⁷⁵.

Die Löschung wirkt insoweit nur rechtsbezeugend, als lediglich vermutet wird, dass die gelöschte Gesellschaft vollbeendet ist⁷⁶; dies kommt *mE* auch in der E 8 ObA 47/04a des OGH vom 28.4.2005 zum Ausdruck, wo festgehalten wird, dass solange davon auszugehen ist, dass die Kapitalgesellschaft nach Löschung vermögenslos ist, bis sich das Gegenteil herausstellt. Kommt nach Löschung Aktivvermögen hervor, ist eine Nachtragsliquidation durchzuführen⁷⁷.

2. Die Lehre vom Doppeltatbestand

In der Lit spricht man in Bezug auf die für die Beendigung erforderlichen Voraussetzungen von einem „aus zwei konstitutiven Elementen bestehenden Doppeltatbestand“. Diese sog „Lehre vom Doppeltatbestand“, nach der Vermögenslosigkeit und Löschung nur gemeinsam zum Erlöschen der juristischen

⁷⁴ OGH 7 Ob 539/90 = *ecolex* 1990, 417; OGH 23.4.2007, 4 Ob 213/06m; 1 Ob 22/01v, SZ 74/35.

⁷⁵ Siehe OGH 21.05.2002, 6 Ob 250/02m.

⁷⁶ *Rasner in Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 3.

⁷⁷ OGH 29.4.2003, 4 Ob 57/03s.

Person als Rechtsträger führen, wurde 1979 von *K. Schmidt* begründet⁷⁸ und stellt die heute hM dar⁷⁹.

Eine Gegenauffassung, die dahingehend argumentiert, dass Vermögenslosigkeit allein ausreichen würde, wird *mE* vollkommen zu Recht als rechtsunsicher abgelehnt, denn das Erkennen, wann eine GmbH über kein Vermögen mehr verfügt, ist schon praktisch äußerst schwierig und wird – wenn überhaupt – nur durch umfangreiche (kostspielige) Nachforschungen möglich sein. Außerdem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Vermögenslosigkeit ja schon an sich ein relativer und zeitweise auch kurzlebiger Begriff sein kann; eine Gesellschaft die heute vermögenslos ist, kann uU am nächsten Tag bereits wieder über ausreichende Finanzmittel verfügen, mögen diese von den Gesellschaftern zugeschossen oder von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden. Ließe man eine nur durch Vermögenslosigkeit bedingte (Voll)Beendigung zu, ohne gleichzeitig auf die Löschung aus dem Firmenbuch zu bestehen, würde dies zu gravierender Rechtsunsicherheit führen, wenn sich der Rechtsverkehr nicht einmal mehr mit Hilfe eines Blicks in das elektronische Register vergewissern könnte, ob bzw dass sein Gegenüber zumindest noch existiert⁸⁰.

Ebenfalls abzulehnen ist die Auffassung, dass die Löschung des Rechtsträgers in jedem Fall zu dessen Vollbeendigung führen würde. Dann hätte man zwar jederzeit die Möglichkeit, sich durch Einsichtnahme in das Firmenbuch Klarheit in Bezug auf die Existenz der GmbH zu verschaffen, doch wirft dieser Ansatz gleichzeitig andere Probleme auf. Sollte sich nämlich nach der Löschung herausstellen, dass noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, müsste dieses, zumal der Rechtsträger ja bereits untergegangen ist, als herrenlosen Sache angesehen werden. Im Hinblick auf die aufgelöste GmbH ist außerdem unbestritten, dass sie trotz Auflösung weiter Träger des Gesellschaftsvermögens ist. Die diversen theoretischen

⁷⁸ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 316 FN 91.

⁷⁹ *Erle* in *Müller/Hense*, Beck GmbH-HB 1012 f; *Rasner* in *Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 14; *Hueck*, Gesellschaftsrecht¹⁹ (1991) 308; *Meister* in *Römermann*, MAH GmbH-Recht 1238.

⁸⁰ Nach der Lehre vom Doppeltatbestand genügt zu diesem Zweck ein Blick ins Firmenbuch.

Hilfskonstruktionen, die allein auf die Löschung im Firmenbuch abstellen, sind daher im Sinn der Doppeltatbestandslehre abzulehnen⁸¹.

3. Liquidation

Als die idR letzte Phase der rechtlichen Existenz der GmbH bezeichnet man das Abwicklungsstadium. Solange sich die Gesellschaft in Liquidation befindet, existiert sie noch. Die laufenden Geschäfte sind jedoch zu beenden, die Gesellschaftsgläubiger werden aufgefordert, ihre Forderungen anzumelden, das Gesellschaftsvermögen ist zur Gänze zu verwerten und anschließend unter den Gesellschaftern zu verteilen. Nach ordnungsgemäßem Abschluss der Liquidation erlischt die GmbH im Zeitpunkt der Löschung aus dem Firmenbuch.

⁸¹ Vgl dazu ausführlich *K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz II*⁹ (2002) § 60 Rz 56.

AUFLÖSUNG DER GMBH

I. Das System der Auflösungsgründe

Auflösungsgründe finden sich sowohl im GmbHG in den §§ 84, 95 und 96, als auch in anderen Gesetzen, wie zB dem Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften (UmwG 1996)⁸², dem Spaltungsgesetz (SpaltG 1996)⁸³ und dem Firmenbuchgesetz (FBG)⁸⁴.

A. Auflösungsgründe im GmbHG

1. § 84 GmbHG

Die zentrale Norm im GmbHG ist § 84, welcher in seiner derzeitigen Fassung aus zwei Absätzen besteht⁸⁵. In Abs 1 finden sich in den Ziffern 1 – 6 demonstrativ aufgezählt die gesetzlich vorgegebenen Auflösungsgründe. Diese Tatbestände sind mit Ausnahme der Auflösung infolge Zeitablaufs zwingend und unabdingbar⁸⁶. Daneben bietet Abs 2 den Gesellschaftern genügend Freiraum⁸⁷, entsprechend ihren Zielvorstellungen im Rahmen des zwingenden Rechts individuelle Auflösungsgründe im Gesellschaftsvertrag festzuschreiben.

Inhaltlich orientierte sich § 84 schon in seiner Stammfassung am Aktienrecht. Nach § 203 Abs 1 AktG kann eine AG aufgelöst werden durch Zeitablauf (Z 1) und Beschluss in der Hauptversammlung (Z 2) - insoweit also gleich dem GmbHG. Gemäß § 203 Abs 1 Z 3 AktG erfolgt die Auflösung der AG durch Konkurseröffnung,

⁸² BGBl 1996/304 (= Art XIV EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1996); damit wurde das UmwG 1954 ersetzt.

⁸³ BGBl 1996/304 (= Art XIII EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1996).

⁸⁴ BGBl 1991/10. Nach dem Außerkrafttreten des Gesetzes vom 9. Oktober 1934 über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften (dRGBI I 914, kurz: Amtslöschungsgesetz [AmtsLG]) mit 30. Juni 1999 wurde das FBG noch durch diese bis dahin im AmtsLG geregelten Fälle nach §§ 1 und 2 AmtsLG ergänzt.

⁸⁵ In der Stammfassung gemäß RGBI 1906/58 gab es noch einen dritten Absatz, welcher mit der GmbH-Novelle 1980 aufgehoben wurde; dies hing mit der Abschaffung des Konzessionszwangs für Eisenbahngesellschaften zusammen.

⁸⁶ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ (1978) 458.

⁸⁷ Die EB (EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts § 84 Rz 1) sprechen iZm der Einräumung der Möglichkeit, gemäß § 84 Abs 2 gesellschaftsvertraglich Auflösungsgründe zu vereinbaren, davon, dem „Bedürfnis nach einer individualistischen Organisation“ der GmbH Rechnung zu tragen.

was wiederum § 84 Abs 1 Z 4 entspricht. Zusätzlich enthält § 203 Abs 1 Z 4 AktG als Auflösungsgrund die Abweisung des Konkursöffnungsantrages mangels Masse; eine solche Bestimmung fehlt in § 84, ist aber für die GmbH in § 39 FBG enthalten. Regelungen wie sie das GmbHG in § 84 Abs 1 Z 5 und Z 6 vorsieht gibt es in § 203 AktG nicht.

In § 84 Abs 2 ist ausdrücklich normiert, dass in der Satzung zusätzlich außergesetzliche Auflösungsgründe vereinbart werden können. § 203 Abs 2 AktG sieht eine solche Regelung hingegen nicht vor. Nach heute hM⁸⁸ ist die Aufzählung in § 203 Abs 1 Z 1 – 4 AktG taxativ und gilt, dass in die Satzung der AG keine statutarischen Auflösungsgründe aufgenommen werden dürfen⁸⁹. Dies hält auch bereits der historische Gesetzgeber des GmbHG deutlich fest, indem er ausführt⁹⁰, dass *„die dem deutschen (GmbH-)Gesetze nachgebildete Gestattung der Festsetzung weiterer Auflösungsgründe im Gesellschaftsvertrage (der GmbH) als ein sehr wesentlicher Unterschied gegenüber dem Aktienrechte“* betrachtet werde.

Man kann die verschiedenen Auflösungsgründe neben deren Einteilung in gesetzliche und gesellschaftsvertragliche auch dahingehend unterscheiden, ob es sich um eine freiwillige Auflösung handelt⁹¹, wie im Fall eines Gesellschafterbeschlusses nach § 84 Abs 1 Z 2 bzw wenn ein nach § 84 Abs 2 vereinbarter Auflösungsgrund verwirklicht wird⁹² - wobei *mE* auch eine Auflösung nach § 84 Abs 1 Z 1 sowie jene nach Z 3 *leg cit* freiwillig erfolgt, weil die auflösenden Umstände letztlich ebenfalls auf dem Willen der Gesellschafter beruhen⁹³ -, oder ob die Auflösung als zwingende Folge auf bestimmten ungewollten Rechtstatsachen, wie der Konkursöffnung über das Vermögen der Gesellschaft im Sinn von

⁸⁸ Geist in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ (2002)§ 203 Rz 11.

⁸⁹ Zu dieser Problematik siehe schon C. Nowotny, Die Auflösung der Aktiengesellschaft durch Kündigung, NZ 1974, 105 ff. Nowotny nimmt insbesondere auf die unterschiedlichen Strukturen der jeweiligen Gesellschaftsformen Bezug und unterstreicht dabei *mE* zu Recht die jeweils verschieden intensive Bindung der Gesellschafter zur Gesellschaft.

⁹⁰ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90 (abgedruckt bei Kalss/Eckert, Zentrale Fragen § 84 Rz 1).

⁹¹ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht (1983) 686.

⁹² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 88 Rz 2.

⁹³ So auch Frizberg/Frizberg, GmbH Rz 396.

§ 84 Abs 1 Z 4, einer Verfügung der Verwaltungsbehörde nach Z 5 oder einem Gerichtsbeschluss nach Z 6, beruht.

In Bezug auf den Fusionsbeschluss des § 84 Abs 1 Z 3, welche Bestimmung in § 96 näher ausgeführt wird, ist systemkritisch zu hinterfragen, warum es der historische Gesetzgeber für notwendig erachtet hat, diesen eigens in § 84 zu erwähnen, handelt es sich dabei doch eher um eine regelmäßig betriebswirtschaftlich veranlasste Umstrukturierungsmaßnahme, was die Fusion allein schon dem Wesen nach von den „klassischen“ Auflösungsgründen unterscheidet. Laut EB⁹⁴ hängt dies damit zusammen, dass „für das einzuhaltende Verfahren im § 89 besondere Vorschriften getroffen werden“. Gemeint ist, dass die Liquidation im Fall der Verschmelzung unterbleibt und, dass der Verschmelzungsbeschluss gerade deshalb eigens anzuführen sei⁹⁵. Auch die Konkurseröffnung (Z 4) passt *mE* nicht ganz in dieses System, weil auch hier keine Liquidation iSd GmbHG erfolgt, sondern die Vorschriften der KO zur Anwendung gelangen⁹⁶.

2. § 95 GmbHG

Die Auflösung nach § 95 wird von der Lehre⁹⁷ als eigenständiger Auflösungstatbestand angesehen. Abgesehen von einer terminologischen Änderung durch die GmbH-Novelle 1980 in Abs 1 wurde die Norm seit In-Kraft-Treten des GmbHG nicht geändert. Aus systematischen Gründen war es sinnvoll, diese Regelung nicht in § 84 zu integrieren, denn die Normalrechtsfolge der Auflösung nach § 84 besteht in der Liquidation, während der Gesetzgeber die Durchführung

⁹⁴ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1.

⁹⁵ Diese Argumentation kann insb im Hinblick auf § 95, wo laut gesetzlicher Anordnung auch keine Liquidation stattfindet, nicht überzeugen, ist doch die Verstaatlichung bzw „Verländerung“ oder Kommunalisierung nicht in § 84 Abs 1 erwähnt, obwohl der Gesetzgeber beide Möglichkeiten – Fusion und Verstaatlichung - bereits von Anbeginn des GmbHG an vorgesehen hatte (EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 93, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 95 Rz 1).

⁹⁶ Nach *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 1, ist der Konkurs ein „Liquidationsverfahren mit besonderer gesetzlicher Regelung“.

⁹⁷ *Kostner*, GmbH 147; *Hämmerle*, Handelsrecht II², 211; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 1; *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 50; *Kastner/Doralit/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 445.

eines Abwicklungsverfahrens dann nicht für erforderlich erachtet, wenn das Vermögen einer GmbH auf eine Gebietskörperschaft übergeht⁹⁸.

B. Auflösungsgründe außerhalb des GmbHG

1. § 39 FBG

Gemäß § 39 FBG gilt jede Gesellschaft⁹⁹, die in das Firmenbuch eingetragen werden muss, mit Rechtskraft des Beschlusses, mit dem eine Konkurseröffnung mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird, ex lege als aufgelöst. In § 84 ist ein derartiger Tatbestand nicht erwähnt, sodass § 39 FBG auch als eigenständiger Auflösungsgrund anzusehen ist. Die Auflösung infolge rechtskräftiger Abweisung der Konkurseröffnung gemäß § 71b KO ist *mE* nicht unter den Tatbestand des § 84 Abs 1 Z 6 zu subsumieren, weil diese Art der Auflösung nicht Rechtsfolge eines Beschlusses des Handels- als Firmenbuchgericht ist, sondern durch den Beschluss des Konkursgerichtes bedingt wird.

2. § 40 FBG

§ 40 FBG¹⁰⁰ legt fest, dass eine vermögenslose (Kapital-)Gesellschaft von Amts wegen, also auf Eigeninitiative des Firmenbuchgerichts, auf Antrag des zuständigen Finanzamtes oder der Wirtschaftskammer aus dem Firmenbuch gelöscht werden kann.

Der Normzweck besteht laut den Gesetzesmaterialien darin, praktisch vermögenslose Gesellschaften im Interesse von Rechtssicherheit im Hinblick auf die Publizität des Firmenbuchs aus dem elektronischen Register zu löschen. Damit soll verhindert werden, dass potentielle Geschäftspartner der Gesellschaft dem Firmenbuchstand vertrauen und davon ausgehen, dass wenigstens das gesetzlich gewährleistete Mindestkapital vorhanden ist, während die Gesellschaft tatsächlich

⁹⁸ Siehe EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 93 (abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 95 Rz 1).

⁹⁹ Die Vorgängerbestimmung § 1 Abs 1 AmtsLG trat mit Ablauf des 30.6.1999 außer Kraft und galt nur für Kapitalgesellschaften (EBRV 1588 BlgNR XX. GP, 5).

¹⁰⁰ Ursprünglich in § 2 AmtsLG geregelt. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des § 40 FBG gegenüber der Vorgängerbestimmung unverändert gelassen.

finanziell noch weit schlecht gestellt oder gar insolvent ist¹⁰¹. Die Löschung führt dann unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft tatsächlich vermögenslos ist, im Sinn der Lehre vom Doppeltatbestand zur Vollbeendigung; eine Liquidation findet mangels Abwicklungsbedarf nicht statt.

Insofern ist also § 40 FBG kein eigenständiger Auflösungsgrund, sondern lediglich die Rechtsgrundlage für das Tätigwerden des Firmenbuchgerichts im Sinn von § 84 Abs 1 Z 6, wobei die „Vermögenslosigkeit“ als der eigentliche Auflösungsgrund angesehen werden kann.

3. § 10 FBG

Nach § 10 Abs 2 FBG wird das Firmenbuchgericht ermächtigt, Gesellschaften zu löschen, die entweder gar nie hätten eingetragen werden dürfen bzw deren Eintragung danach unzulässig geworden ist, weil es an „einer wesentlichen Voraussetzung“ mangelt¹⁰², und deren Löschung daher im öffentlich Interesse gelegen ist¹⁰³.

Darüber hinaus ist eine GmbH nach § 10 Abs 3 FBG unter analoger Anwendung des § 216 Abs 1 AktG zwingend¹⁰⁴ für nichtig zu erklären. Die Rechtsfolge eines solchen Beschlusses des Firmenbuchgerichts besteht in der Nichtigkeit der Gesellschaft und hat auflösungsähnlichen Charakter¹⁰⁵, während Inhalt eines Beschlusses nach § 10 Abs 2 FBG die Auflösung als solche ist.

Dogmatisch betrachtet, kann somit das Vorgehen des Firmenbuchgerichts in den Fällen der § 40, und § 10 Abs 2 und 3 FBG dem § 84 Abs 1 Z 6 zugeordnet werden, weil diese Bestimmungen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen enthalten und somit als Rechtsgrundlage für das Fassen von entsprechenden Beschlüssen des Handelsgerichts in Firmenbuchsachen darstellen.

¹⁰¹ *Retschitzegger*, Das neue Amtslöschungsrecht, GesRZ 2000, 152.

¹⁰² Arg: „... kann sie das löschen“.

¹⁰³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 15a.

¹⁰⁴ Arg: „... hat das Gericht die Nichtigkeit einzutragen“.

¹⁰⁵ Vgl § 218 AktG.

4. §§ 2 , 5 UmwG

Das UmwG 1996 ermöglicht die übertragende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft unter Ausschluss der Liquidation durch Übertragung des gesamten Vermögens auf den Hauptgesellschafter¹⁰⁶ oder auf eine gleichzeitig errichtete Personengesellschaft (OG oder KG) als Nachfolgerechtsträger im Weg der Gesamtrechtsnachfolge. Mit Eintragung der übertragenden Umwandlung in das Firmenbuch erlischt die GmbH, wodurch sie als vollbeendet anzusehen ist. Dieser Vorgang kann *mE* gewissermaßen als de facto-Auflösung/Beendigung angesehen werden.

5. § 14 SpaltG

Nach dem SpaltG 1996 kann eine Kapitalgesellschaft ihr Vermögen auf- oder abspalten. Nur die Aufspaltung des gesamten Vermögens gemäß § 1 Abs 2 Z 1 SpaltG auf eine/mehrere dadurch neu gegründete Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Neugründung) oder auf eine/mehrere bereits bestehende Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Übernahme) führt zur de facto-Auflösung/Beendigung der übertragenden Gesellschaft. Die Liquidation unterbleibt in beiden Fällen und die übertragende Gesellschaft gilt mit Eintragung der Aufspaltung ins Firmenbuch als erloschen.

C. Außergesetzliche (statutarische) Auflösungsgründe

Den Vorstellungen der Gesellschafter sind bei der Definition von gesellschaftsvertraglichen Auflösungsgründen nahezu keine Grenzen gesetzt. Der einzelne Tatbestand darf jedoch nicht sittenwidrig sein oder gegen sonstige zwingende Rechtsvorschriften¹⁰⁷ verstoßen und muss darüber hinaus inhaltlich hinreichend genau bestimmt sein. Aus dem Wesen der GmbH, bestimmten Verfahrensarten und speziellen für diese geltenden Theorien folgt, dass für die GmbH bestimmte Sachverhalte per se nicht als gesetzliche Auflösungsgründe gelten:

¹⁰⁶ Personengesellschaften oder Einzelunternehmer (vgl § 2 Abs 1 UmwG 1996 idF GesRÄG 2007, BGBl I 2007/72). Als Ausgleich für die Beseitigung der Möglichkeit der verschmelzenden Umwandlung auf in- und ausländische Kapitalgesellschaften im Sinn der Richtlinie 2005/56/EG wurde ua § 234a AktG eingeführt (vgl EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 20).

¹⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 25.

- Tod oder Konkurs eines Gesellschafters¹⁰⁸
- Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über das Gesellschaftsvermögen nach der Ausgleichsordnung (AO)¹⁰⁹
- Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand¹¹⁰
- Vermögenslosigkeit¹¹¹
- Handlungsunfähigkeit¹¹²

Den für die Praxis wohl wichtigsten Anwendungsfall eines gesellschaftsvertraglichen Auflösungsgrundes stellt die Vereinbarung eines Kündigungsrechts dar. Schon laut EB galt die Einräumung eines Kündigungsrechtes als das klassische Auflösungsrecht nach § 84 Abs 2¹¹³. Außerdem können die oben angeführte Umstände auch das interne Motiv der Gesellschafter zum Fassen eines Auflösungsbeschlusses sein.

¹⁰⁸ Als juristische Person besteht die GmbH grundsätzlich unabhängig von ihren Mitgliedern und verfügt über eigenes Vermögen. Bei den Personengesellschaften hingegen führt der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters zur Auflösung, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, und werden OG/KG auch durch Konkursöffnung über das Vermögen eines Gesellschafters – unabhängig davon, ob Komplementär oder Kommanditist – aufgelöst (vgl §§ 131, 177 iVm 161 UGB).

¹⁰⁹ *Hämmerle*, Handelsrecht II², 210.

¹¹⁰ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 1. Dass die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand keinen Auflösungsgrund bildet, ist in Ansehung der Möglichkeit zur Bildung einer Einpersonen-GmbH klar.

¹¹¹ Nach *K. Schmidt (Scholz)*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 73) ist eine vermögenslose GmbH – im Gegensatz zu der früher vorherrschenden Meinung - zwar „auflösungsreif“, aber keineswegs aufgelöst; es bedarf hierfür jedenfalls eines zusätzlichen Formalaktes in Form einer Löschung aus dem Firmenbuch.

¹¹² Ist die GmbH nicht vertreten, weil Geschäftsführer fehlen, kann immer noch ein Notgeschäftsführer gemäß § 15a bestellt werden.

¹¹³ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1.

D. Deutsches Recht

1. Allgemeines

*K. Schmidt*¹¹⁴ unterscheidet folgende Phasen und charakterisiert diese wie folgt:

- **Auflösungsreife**
Die auflösungsreife GmbH ist nach wie vor werbende Gesellschaft. Der Zustand ist dadurch gekennzeichnet, dass es bereits ein „wirtschaftliches Bedürfnis zum Übertritt in die Liquidationsphase“ gibt¹¹⁵ bzw wurden schon rechtliche Schritte gesetzt, die darauf hinauslaufen, dass die Auflösung unmittelbar bevorsteht (eingebrachter Insolvenzeröffnungsantrag, Anregung eines Amtslöschungsverfahrens etc). Eine Auflösung kann in dieser Phase aber durch das Setzen geeigneter Maßnahmen, wie zB einer Kapitalerhöhung, durch den Abschluss eines Vergleichs oder einer Stundungsvereinbarung mit den Gesellschaftsgläubigern oder das Zuschießen von Kapital, abgewendet werden.
- **Auflösungszustand**
In Deutschland versteht man unter Auflösung sinngemäß einen Vorgang, durch den die Gesellschaft „in die Liquidationsphase zum Zweck der Existenzbeendigung tritt“¹¹⁶; ein Auflösungsgrund ist dann also bereits ein- und die GmbH selbst in das Abwicklungsstadium übergetreten.
- **Ende der rechtlichen Existenz**
In dem Punkt ist die Terminologie einheitlich und eindeutig: die vollbeendigte GmbH gibt es nicht mehr; sie hat aufgehört rechtlich zu existieren, wofür kumulativ Vermögenslosigkeit und Löschung aus dem Handelsregister (Firmenbuch) erforderlich sind.

¹¹⁴ *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 1.

¹¹⁵ ZB Überschuldung oder Vermögenslosigkeit.

¹¹⁶ *Rasner* in *Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 3.

2. Auflösungsgründe

In Deutschland sind die Auflösungsgründe im Wesentlichen in § 60 dGmbHG geregelt, der seit seiner Einführung im Jahr 1892 inhaltlich bereits mehrfach verändert wurde¹¹⁷. Ein Vergleich der miteinander korrespondierenden Gesetzesstellen in Österreich und Deutschland zeigt, dass in den Absätzen 1 jeweils die gesetzlich vorgegebenen Auflösungsgründe stehen, während die Absätze 2 jeweils erlauben, gesellschaftsvertraglich individuelle Regelungen zu treffen. Unabhängig davon, dass § 60 Abs 1 dGmbHG aus 7 Ziffern besteht, gibt es Unterschiede sowohl in der Formulierung als auch inhaltlicher Art:

- Die Ziffern 1 regeln jeweils den Zeitablauf und sind quasi ident.
- Die Ziffern 2 sind inhaltlich anders ausgestaltet. Während die dt Regelung grundsätzlich eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für den Auflösungsbeschluss verlangt, sieht § 84 Abs 1 Z 2 die einfache Mehrheit vor und normiert zudem das Erfordernis der notariellen Beurkundung.
- Die Ziffern 3 sind gänzlich verschieden. Eine der österr Regelung entsprechende Bestimmung (Fusionsbeschluss) findet sich in § 60 dGmbHG nicht; dagegen hat der österr Gesetzgeber von der in § 60 Abs 1 Z 3 dGmbHG iVm mit § 61 dGmbHG normierten Möglichkeit einer Auflösungsklage aus wichtigem Grund keinen Gebrauch gemacht und dies nicht als Auflösungsgrund definiert¹¹⁸. Der zweite in der dt Regelung nach Z 3 enthaltene Fall (samt Verweis auf § 62 dGmbHG) ist in Österreich als eigenständiger Auflösungsgrund in Z 5 (mit Verweis auf § 86) festgehalten, wobei die praktische Bedeutung hier wie da gering zu sein scheint.
- Die Ziffern 4 betreffen beide den Konkurs der Gesellschaft, wobei die dt Regelung weiter gefasst ist¹¹⁹.
- Ziffer 5 des § 60 Abs 1 dGmbHG regelt seit 1.1.1999 - *mE* systematisch sinnvoll direkt im dGmbHG - die Auflösung infolge rechtskräftiger Ablehnung eines Insolvenzeröffnungsantrages mangels Masse. Damit hat man den

¹¹⁷ K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 8.

¹¹⁸ Dazu ausführlich später.

¹¹⁹ § 60 Abs 1 Z 4 dGmbHG normiert hier zusätzlich die Möglichkeit, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen.

Tatbestand des früheren § 1 dLöschungsgesetz ([d]LöschG 1934) in § 60 Abs 1 dGmbHG integriert¹²⁰. Materiell-rechtlich entspricht § 39 FBG dieser Bestimmung.

- Ziffer 6¹²¹ des § 60 Abs 1 dGmbHG regelt die Auflösung durch Gerichtsverfügung und meint im Wesentlichen das, was in Österreich der Ziffer 6 des § 84 Abs 1 zugeordnet werden kann.
- Ziffer 7 des § 60 Abs 1 dGmbHG wurde ebenfalls mit Wirksamkeit zum 1.1.1999 in den Katalog der gesetzlichen Auflösungsgründe eingefügt und behandelt die Löschung wegen Vermögenslosigkeit¹²². Diese Regelung gleicht § 40 FBG.

II. Auflösungsgründe im Detail

A. Gesetzliche Auflösungsgründe § 84 Abs 1 GmbHG

1. Z 1 Zeitablauf

Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, ist eine GmbH auf unbestimmte Zeit errichtet. Nach der Judikatur des OGH¹²³ ist es unzulässig, im Gesellschaftsvertrag die immerwährende Dauer zu vereinbaren oder festzuschreiben, dass die Gesellschaft gar nicht aufgelöst werden kann. Die Lehre¹²⁴ deutet eine Klausel, wonach die GmbH unauflösbar wäre, wegen der Unzulässigkeit ewiger Bindungen dahingehend um, dass sie dann zwar jedenfalls durch Gesellschafterbeschluss auflösbar ist, ein solcher Beschluss aber nur einstimmig gefasst werden kann¹²⁵.

¹²⁰ K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz II⁹ § 60 Rz 22.

¹²¹ Die Bestimmung galt bis 1998 als Z 5.

¹²² Dazu kritisch K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz II⁹ § 60 Rz 47, mit der Begründung, dass eine Löschung infolge Vermögenslosigkeit der Gesellschaft nicht auf deren Auflösung, sondern Vollbeendigung hinausliefe.

¹²³ OGH 6370/7145, AC 2670.

¹²⁴ Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 84 Rz 2; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 674.

¹²⁵ So auch K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 19.

a. Grundregel

Die Gesellschaft gilt mit Ablauf der statutarisch festgelegten Zeit, dh mit Erreichen des von vornherein fixierten Termins oder mit Verwirklichung eines Ereignisses, dessen Eintritt jedenfalls im Grund schon immer sicher war, ipso iure als aufgelöst und ist abzuwickeln; ein eigener Gesellschafterbeschluss auf Auflösung durch Zeitablauf ist nicht erforderlich¹²⁶.

b. Voraussetzungen

• Gesellschaftsvertragliche Regelung

Wirksam kann die Dauer nur im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Eine die Lebensdauer der Gesellschaft determinierenden Klausel ist ein sog fakultativer Satzungsbestandteil, der nicht zwingend im Gesellschaftsvertrag enthalten sein muss. Inhaltlich betrachtet handelt es sich um eine sog materielle Satzungsbestimmung¹²⁷, die dem Formzwang unterliegt, ins Firmenbuch eingetragen werden muss und deren Abänderung nur unter Einhaltung der §§ 49 ff zulässig ist¹²⁸. Dies trifft für die „Dauer der Gesellschaft“ zu, wie § 3 Abs 1 Z 11 FBG und § 11 GmbHG besagen.

Sehen die Statuten von GmbHen zur Dauer nichts Spezielles vor, scheidet der Auflösungsgrund des § 84 Abs 1 Z 1 von vornherein aus, es sei denn, eine Zeitbestimmung wird nachträglich im Weg einer Satzungsänderung in den Vertrag aufgenommen¹²⁹. Bei auf unbestimmte Zeit angelegten Gesellschaften kann eine Begrenzung eingeführt werden¹³⁰. Eine bereits

¹²⁶ *Reich-Rohrwig* GmbH-Recht 674. IZm der Auflösung nach § 84 Abs 1 Z 1 wird in der Lit (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 764, *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 2) zT erwähnt, dass „der Auflösungsbeschluss nicht notariell beurkundet“ werden muss. Dadurch kann *mE* der unrichtige Eindruck entstehen, dass auch Z 1 im Prinzip einen formellen, die Auflösung erst bewirkenden Beschluss erfordern würde, der nur eben nicht notariell zu beurkunden ist. Dies ist aber gerade nicht der Fall, (vgl dazu *Fritz*, GmbH-Praxis I Vertragsmuster und Eingaben, Muster 27.303, 1360).

¹²⁷ Unterscheide davon Regelungen, die außerhalb der Satzung mit Wirkung inter partes vereinbart werden können; das sind formelle Satzungsbestandteile, welche nicht zusätzlich die Gesellschaft als solche binden.

¹²⁸ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 514.

¹²⁹ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH³ § 84 Rz 7.

¹³⁰ *Hämmerle*, Handelsrecht II², 210.

statutarisch festgelegte Dauer kann verkürzt werden; ein Auflösungsbeschluss nach § 84 Abs 1 Z 2 hat ja im Prinzip die gleiche Wirkung. Da es sich dann allerdings um eine Satzungsänderung handelt, bedarf es für einen Gesellschafterbeschluss auf Auflösung vor Ablauf der gesellschaftsvertraglichen Dauer auch der qualifizierten $\frac{3}{4}$ -Mehrheit nach § 50 Abs 1 sowie der notariellen Beurkundung¹³¹.

Verlängerungen sind ebenfalls erlaubt. Dies erfordert aber jedenfalls die Zustimmung derjenigen Gesellschafter, für die die Einhaltung der vertraglich fixierten Dauer ein Sonderrecht darstellt bzw deren Leistungspflichten¹³² durch eine Verlängerung ausgedehnt werden würden¹³³. *Reich-Rohrwig*¹³⁴ verlangt für Verlängerungsbeschlüsse überhaupt die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, weil er davon ausgeht, dass die vertragliche Limitierung der Gesellschaftsdauer einer vorweggenommenen Kündigung entspricht und eine Fortsetzung der aufgekündigten Gesellschaft auch nur mit Zustimmung des Aufkündigenden zulässig sein soll. In der dt Lehre wird einer solchen Auffassung der Kündigung ausdrücklich widersprochen¹³⁵. Eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit sollte aufgrund des für Satzungsänderungen gesetzlich vorgesehenen Konsensquorums *mE* ausreichen.

- Echte Zeitbegrenzung

Man muss zwischen echten Zeitbegrenzungen und dem Eintritt von auflösenden Bedingungen im Sinn von § 84 Abs 2 unterscheiden. Nur echte Zeitbegrenzungen können zu einer Auflösung der GmbH nach Z 1 führen¹³⁶.

Echte Zeitbegrenzungen sind kalendermäßig, dh durch ein genaues Datum oder einen festen Zeitraum festgelegt oder zumindest insofern bestimmbar,

¹³¹ Vgl *Rasner* in *Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 20 und 23.

¹³² Gedacht ist hier an Nebenleistungspflichten nach § 8.

¹³³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 7.

¹³⁴ *Reich-Rohrwig* GmbH-Recht 675.

¹³⁵ *Rasner* in *Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 20.

¹³⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 674.

als sie von einem bestimmten Ereignis, dessen „Eintritt zwar sicher ist, nur der Zeitpunkt steht noch nicht fest“¹³⁷, abhängen. Dazu zählen zB der Ablauf der Gültigkeit eines Patents oder einer Marke; der Tod eines Gesellschafters oder die Verwertung einer Liegenschaft durch die „XY-Liegenschaftsverwertungs-GmbH“¹³⁸. Eine auflösende Bedingung hingegen macht die Dauer der Gesellschaft vom Eintritt eines vordefinierten, aber schon im Grund ungewissen Ereignisses abhängig; dieses kann, muss sich aber nicht verwirklichen¹³⁹. Der Unterschied besteht darin, dass nur echte Zeitbegrenzungen ins Firmenbuch eingetragen werden¹⁴⁰ und auflösende Bedingungen iSv § 84 Abs 2 nicht¹⁴¹.

- Bestimmtheitsgrad

Was die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad von echten Zeitbegrenzungen anlangt, ist davon auszugehen, dass ein festgelegtes Datum, bestehend aus Tag, Monat und Jahr, jedenfalls ausreicht und, dass eine Satzungsbestimmung, die vorsieht, dass die Gesellschaft für die Dauer von zB x-Jahren (oÄ) berechnet ab einem bestimmten Zeitpunkt, errichtet wird, auch hinreichend bestimmt idS ist, dass der Auflösungszeitpunkt jederzeit objektiv feststellbar ist. Ist hingegen im Gesellschaftsvertrag nur das Monat und das Jahr angeführt, wann die Auflösung eintreten soll, wird dies *mE* schon zu ungenau sein – was zweifelsohne auch für eine bloße Jahresangabe gelten muss. Rein objektiv kann dann nämlich nicht jederzeit festgestellt werden, ob der Auflösungszeitpunkt bereits eingetreten ist oder nicht.

¹³⁷ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 2.

¹³⁸ *C. Nowotny*, Die Auflösung der Aktiengesellschaft durch Kündigung, NZ 1974, 106; zu diesen Beispielen kann man jedoch auch die Auffassung vertreten, dass es sich um auflösende Bedingungen handelt, die unter § 84 Abs 2 fallen. Nach *K. Schmidt* in *Scholz GmbHG II*⁹ § 60 Rz 9 soll dass aber nur für überhaupt ungewisse Ereignisse gelten.

¹³⁹ Beispiele dafür sind: Nichterreichen eines wirtschaftlichen Zieles, Verlust von Lizenzen usw.

¹⁴⁰ Siehe § 3 Z 11 FBG und § 11.

¹⁴¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 6.

2. Z 2 Gesellschafterbeschluss

Wenn das Gesellschaftsverhältnis gelöst werden soll, geschieht dies in der Praxis häufig durch Fassen eines Auflösungsbeschlusses nach § 84 Abs 1 Z 2¹⁴².

a. Grundregel

Die GmbH kann durch schriftlichen, notariell zu beurkundenden Beschluss der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit aufgelöst werden. Die Firmenbucheintragung ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Auflösungswirkung des Beschlusses.

b. Voraussetzungen

Um von einem wirksamen Auflösungsbeschluss sprechen zu können, müssen die nachstehend angeführten Anforderungen gegeben sein:

- Beschluss der Gesellschafter

§ 35 bezeichnet nicht taxativ¹⁴³ jene Gegenstände, die in die Beschlussfassungskompetenz der Gesellschafter fallen, ohne den Auflösungsbeschluss explizit zu nennen¹⁴⁴. Nach hA handelt es sich bei der Auflösung um einen sog „Grundlagenbeschluss“, der ausschließlich von den Gesellschaftern gefasst werden darf¹⁴⁵. Folglich wird eine Übertragung der Beschlussfassungskompetenz in Sachen Auflösung auf ein anderes Gesellschaftsorgan (die Geschäftsführung oder an den Aufsichtsrat) nicht für zulässig erachtet¹⁴⁶. Die Gesellschafter können sich dabei zwar vertreten lassen, der Bevollmächtigte muss jedoch gemäß § 39 Abs 3 über eine schriftliche, speziell auf die Ausübung des Stimmrechts lautende Vollmacht

¹⁴² Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000)121.

¹⁴³ Dies drückt schon die Vorschrift selbst in der Formulierung „...nebst den in diesem Gesetze an anderen Stellen bezeichneten Gegenständen“ aus.

¹⁴⁴ § 84 Abs 1 Z 2 ist eine Gesetzesstelle im Sinn von § 35 Abs 1 S 1 und die Auflösung sohin eine Materie, die zwingend in die Kompetenz der Gesellschafter fällt (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 441).

¹⁴⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 45 mwN, § 84 Rz 8. Dazu zählen auch sämtliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages und die Beschlüsse auf Umwandlung, Spaltung und Fortsetzung der Gesellschaft.

¹⁴⁶ *Roth/Fitz*, Handels- und Gesellschaftsrecht (2000) Rz 477; das gilt auch für das dGmbHG (*Rasner in Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 24).

(sog Stimmrechtvollmacht), welche nicht beglaubigt sein muss, verfügen¹⁴⁷; eine Vollmacht zur bloßen Vertretung in der Generalversammlung reicht nicht aus. Der oder die Geschäftsführer können eine Auflösung jedenfalls nicht von sich aus ohne Miteinbeziehung der Gesellschafter bewirken.

- Notarielle Beurkundung

Laut gesetzlicher Anordnung ist der Auflösungsbeschluss notariell zu beurkunden (§ 84 Abs 1 Z 2 Hs 2). Dh, der Beschluss bedarf zu seiner Gültigkeit der rechtsbezeugenden Beurkundung – einer Tatsachenfeststellung - in Form eines über die Generalversammlung von einem Notar aufzunehmenden Protokolls im Sinn von § 87 NO¹⁴⁸. Dies gilt unabhängig davon, dass die notarielle Beurkundung „weder die Fehlerlosigkeit des Verfahrens noch die inhaltliche Richtigkeit des Beschlusses garantieren kann“¹⁴⁹, nach hA auch für den Auflösungsbeschluss bei der Einmann-GmbH¹⁵⁰. Ein rechtsbegründender Notariatsakt (§§ 2, 52 ff NO) wird nicht gefordert, kann jedoch geeignet sein, die notarielle Beurkundung zu ersetzen¹⁵¹. Die bloße Beglaubigung der Unterschriften reicht aber jedenfalls nicht aus.

Das GmbHG sieht im Unterschied zum Aktienrecht, wo laut § 111 AktG sämtliche Hauptversammlungsbeschlüsse formell durch den Vorsitzenden festgestellt und notariell beurkundet werden müssen, eine formelle Beschlussfeststellung überhaupt nicht vor und ist die notarielle Beurkundung im GmbH-Recht die Ausnahme und nicht die Regel¹⁵². Allgemein kann man

¹⁴⁷ Bestenfalls lautend: „NN ist berechtigt, das Stimmrecht auszuüben“.

¹⁴⁸ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 3.

¹⁴⁹ *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 168.

¹⁵⁰ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 765; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 8; aA *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 3, wonach die bloße Beglaubigung der Unterschrift genügen soll. Ließe man die von *Gellis/Feil* vertretene Ansicht zu, würde man aber dem Normzweck im Hinblick auf Schutz vor Übereilung wohl nicht gerecht werden.

¹⁵¹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 658.

¹⁵² Wie beim Auflösungsbeschluss, bei satzungsändernden Beschlüssen und regelmäßig im Rahmen von Umstrukturierungen (Verschmelzungs-, Umwandlungs-, Spaltungsbeschluss); siehe auch *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 165 f.

sagen, dass das Gesetz immer dann notarielle Beurkundungshandlungen verlangt, wenn bestimmte Vorgänge und Tatsachen im Beweisinteresse zweifelsfrei festgestellt werden sollen. Nach der in Österreich hA bedingt das Formerfordernis der notariellen Beurkundung, dass solche Beschlüsse nicht schriftlich, sondern nur in einer Versammlung gefasst werden dürfen¹⁵³. Auch die Auflösung kann sohin nicht im schriftlichen Weg, wie dies § 34 Abs 2 für die allgemeine Beschlussfassung prinzipiell erlaubt, beschlossen werden¹⁵⁴.

- Einfache Mehrheit

Der Auflösungsbeschluss kommt mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustande, sofern die Gesellschafter das Konsensquorum nicht gesellschaftsvertraglich hinauf gesetzt haben.

Dass eine auf die Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses hinauslaufende Entscheidung nach dem Gesetz mit einfacher Mehrheit wirksam beschlossen werden kann, ist in Ansehung der Bedeutung eines solchen Beschlusses zumindest „auffällig“¹⁵⁵. Dies nicht zuletzt deshalb, weil das Aktienrecht¹⁵⁶ für einen Auflösungsbeschluss in der Hauptversammlung die Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erfordert und auch § 60 Abs 1 Z 2 dGmbHG die qualifizierte $\frac{3}{4}$ -Mehrheit verlangt. Die EB erklären dies damit, dass „die Auflösungsklage nach dt Vorbild nicht in das österr Gesetz übernommen worden ist und dürfe man den Auflösungsbeschluss deshalb – quasi compensando - nicht schon von Gesetzes wegen an eine qualifizierte Mehrheit binden“; dafür läge, heißt es weiters, „kein ausreichender Grund“

¹⁵³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 34 Rz 21 mit krit Anmerkung.

¹⁵⁴ Nach dt Rechtslage ist klar, dass Auflösungsbeschlüsse auch schriftlich gefasst werden können, weil § 60 Abs 1 Z 2 dGmbHG gar keine notarielle Beurkundung verlangt (*K. Schmidt in Scholz, GmbHG II*⁹ § 60 Rz 15).

¹⁵⁵ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 416; siehe auch *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³ § 84 Rz 3), die davon sprechen, dass es „nicht selbstverständlich“ ist, das Fassen eines Auflösungsbeschlusses als einen „besonders einschneidenden Akt mit entsprechend gesteigertem Rechtssicherheitsbedürfnis“ einer einfachen Mehrheit zu überlassen.

¹⁵⁶ Siehe § 203 Abs 1 Z 2 AktG.

vor, zumal „andere nicht weniger wichtiger Beschlüsse ja auch mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst werden könnten“¹⁵⁷.

Einerseits ist die Entscheidung, eine juristische Person beenden zu wollen, von grundlegender Bedeutung, die nur nach reiflicher Überlegung und mit entsprechendem Schutz vor Übereilung getroffen werden soll (daher die notarielle Beurkundung) und deshalb wie eine Verfassungsänderung auch von einer entsprechend qualifizierten Mehrheit getragen werden muss. Andererseits stellt der Auflösungsbeschluss aber seiner Art nach keine Satzungsänderung¹⁵⁸ dar, sondern handelt es sich ganz einfach um ein den Gesellschaftern vom Gesetz eingeräumtes Recht, sodass eben die einfache Mehrheit ausreicht. Es ist zulässig und bleibt es den Gesellschaftern unbenommen, im Statut höhere als die gesetzlichen Mehrheiten vorzusehen¹⁵⁹. Auch Einstimmigkeit kann vereinbart und die Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen vorgesehen werden, wie zB die Zustimmung eines bestimmten Gesellschafters, der dann über ein Vetorecht verfügt¹⁶⁰. Ferner kann der auflösende Beschluss vom Vorliegen wichtiger Gründe abhängig gemacht werden¹⁶¹. *ME* muss dieser wichtige Grund im Vertrag selbst klar und deutlich umschrieben sind; andernfalls würde dies in einem allfälligen Anfechtungsverfahren wohl auf eine nicht zu lösende Beweisfrage hinauslaufen¹⁶².

c. Wirksamkeitserfordernis Firmenbucheintragung?

Gemäß § 88 Abs 1 muss der Auflösungsbeschluss von den Geschäftsführern „*sofort*“ zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldet werden. Wie bereits angedeutet, hat

¹⁵⁷ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1.

¹⁵⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 657; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 766; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 14.

¹⁵⁹ Umgekehrt kann das auch rückgängig gemacht bzw auf das gesetzliche Mindesteifordernis der einfachen Mehrheit herabgesetzt werden. Zu beachten ist dabei aber, dass der satzungsändernde Beschluss, mit dem die Beschlussmehrheit reduziert wird, vor Fassen des Auflösungsbeschlusses wirksam werden muss (vgl OGH, 4 Ob 524/91, RdW 1992, 79).

¹⁶⁰ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 415 f.

¹⁶¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 8; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 657.

¹⁶² So auch *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 3.

diese Eintragung idR nur rechtsbezeugenden Charakter und bezweckt, die Information des Rechtsverkehrs sicher zu stellen.

Stellt der Auflösungsbeschluss nun ausnahmsweise eine Satzungsänderung dar, wird die Auflösung aber erst dann wirksam, wenn die Statutenänderung im Firmenbuch durchgeführt ist¹⁶³. Denkbar ist dies in Bezug auf Beschlüsse, mit denen die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der statutarisch festgelegten Dauer beschlossen wird¹⁶⁴. Dann wirkt auch die Firmenbucheintragung konstitutiv, sodass die Gesellschaft erst mit Eintragung des Beschlusses als aufgelöst gilt.

d. Exkurs: Mangelhafter Auflösungsbeschluss

Wie jeder Gesellschafterbeschluss kann auch jener auf Auflösung der Gesellschaft aus verschiedenen Gründen fehlerhaft sein. Der Auseinandersetzung mit diesem Problem ist voranzustellen, dass das GmbHG im Gegensatz zum AktG¹⁶⁵ keine absolute Nichtigkeit (welcher Art auch immer) fehlerhafter Beschlüsse kennt. Nach § 41 besteht die Möglichkeit, Beschlüsse, die nicht korrekt zustande gekommen sind, in einem eigenen Verfahren zu bekämpfen¹⁶⁶. Das Gesetz spricht von Nichtigklärung und meint damit, dass diese Beschlüsse mittels Rechtsgestaltungsklage¹⁶⁷ anfechtbar sind, was wiederum bedeutet, dass sie trotz Mangel zunächst wirksam werden und es auch bleiben, solange kein gegenteiliges Rechtsgestaltungsurteil vorliegt.

Davon sind Beschlüsse zu unterscheiden, die gar nicht klageweise angefochten werden müssen, weil der Mangel als so gravierend empfunden wird, dass sie überhaupt keine Wirkung – weder inter partes, noch gegenüber Dritten – entfalten.

¹⁶³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 8.

¹⁶⁴ *Frizberg/Frizberg*, GmbH Rz 390; *Rasner in Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 23.

¹⁶⁵ Das AktG nennt in § 199 Abs 1 Z 1 – 4 ausdrücklich Gründe, die die Nichtigkeit entsprechend falsch gefasster Beschlüsse bedingen; siehe auch § 111 AktG.

¹⁶⁶ Beachte insb die für die Einbringung der Klage einzuhaltende materiellrechtliche 1-Monatsfrist gemäß § 41 Abs 4, dh, die Klage muss spätestens am letzten Tag der Frist bei Gericht eingelangt sein; der Fristenlauf wird durch die verhandlungsfreie Zeit nicht unterbrochen und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Klagserhebung ist ausgeschlossen (*Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 25).

¹⁶⁷ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 418, *Frizberg/Frizberg*, GmbH Rz 250.

Auf eine derartig gravierende Fehlerhaftigkeit kann sich jeder unbefristet und formlos berufen. Die Anerkennung von solcher Art absolut nichtigen Beschlüssen im GmbH-Recht, wird in der Lehre und der Jud uneinheitlich gesehen¹⁶⁸.

Ausgehend von den zuvor angeführten Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Auflösungsbeschluss kann man drei Fälle unterscheiden, in denen ein Fehler auftreten kann:

- Fall 1: Mangelnde/Mangelhafte Beschlussfassungskompetenz
Wenn die Beschlussfassungskompetenz in Sachen Auflösung zwingend den Gesellschaftern obliegt, dann kann ein „Auflösungsbeschluss“ des Aufsichtsrates oder der Geschäftsführung keine rechtlichen Auswirkungen entfalten¹⁶⁹.
- Fall 2: Fehlende Beurkundung
Die hM¹⁷⁰ ordnet einen Gesellschafterbeschluss, der entgegen dem Gesetz nicht notariell beurkundet ist im Sinn der obigen Terminologie in die Kategorie der (absolut) nichtigen Beschlüsse ein¹⁷¹. Im GmbH-Rechtsbereich anerkennt die Lehre¹⁷² nahezu einhellig die Existenz absolut nichtiger Beschlüsse, während sich die Jud dazu bis heute nicht eindeutig positioniert hat¹⁷³. Der OGH¹⁷⁴ hat allerdings bereits ausgesprochen, dass ein Beschluss, für den das Gesetz eine bestimmte Form vorsieht, dann für

¹⁶⁸ Siehe dazu ausführlich *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 53 ff.

¹⁶⁹ Man spricht idZ von einem wirkungslosen Scheinbeschluss, der entgegen § 34 nicht in bzw von der Generalversammlung gefasst wurde und meint damit einen Akt, der nicht einmal bekämpft werden muss, weil ein „Nicht-Rechtsgeschäft“ vorliegt (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 8).

¹⁷⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 11 mwN; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 80; *Frizberg/Frizberg*, GmbH Rz 247.

¹⁷¹ Für das Aktienrecht folgt die Nichtigkeit infolge Beurkundungsmangel unmittelbar aus dem Gesetz, wo sämtliche Beschlüsse, die nicht ordnungsgemäß nach § 111 AktG beurkundet sind, gemäß § 199 Abs 1 Z 2 AktG als nichtig gelten.

¹⁷² *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 80 und 115; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 420.

¹⁷³ Vgl zB OGH 6 Ob 174/97z, RdW 1998, 73; 4 Ob 524/91, RdW 1992, 79.

¹⁷⁴ OGH 1 Ob 600/53, SZ 26/285.

niemanden verbindlich sein soll, wenn diese Formvorschrift nicht eingehalten wird. Das Höchstgericht bezeichnete den mit einem Formmangel behafteten Beschluss zwar nicht explizit als nichtig, qualifizierte ihn aber sinngemäß als nicht geeignet, um Rechtswirkungen zu entfalten, was im Ergebnis wohl einem nichtigen Beschluss gleichgesetzt werden kann¹⁷⁵.

Absolut nichtige Beschlüsse dürfen vom Firmenbuchgericht nicht eingetragen werden¹⁷⁶. Wird dennoch eingetragen, kann dagegen Rekurs erhoben werden¹⁷⁷. In Bezug auf den Auflösungsbeschluss darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass dessen Eintragung ins Firmenbuch ohnehin keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist¹⁷⁸. Schon der Beschluss selbst bewirkt die Auflösung der Gesellschaft; die darauffolgende Eintragung hat nur deklaratorischen Charakter. Ungeachtet dessen gilt nach der Rsp des OGH¹⁷⁹ allgemein, dass die (absolute) Beschlussnichtigkeit, die auf einem Formmangel beruht, im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes unter analoger Heranziehung von § 200 Abs 1 AktG durch Eintragung ins Firmenbuch heilt. Spätestens dann kann der Formmangel nicht mehr geltend gemacht werden¹⁸⁰.

Qualifiziert man den nicht notariell beurkundeten Auflösungsbeschluss lediglich als anfechtbar, muss man ihn von Anbeginn an als wirksam betrachten. Wird er nicht fristgerecht angefochten, tritt nach Ablauf der

¹⁷⁵ Das allgemeine Zivilrecht ist prinzipiell vom Grundsatz der Formfreiheit nach § 883 ABGB geprägt, wonach es den an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien selbst überlassen ist, für dieses eine bestimmte Form zu wählen. Aber immer dann, wenn das Gesetz eine bestimmte Form verlangt oder die Parteien eine spezielle Form vereinbart haben, bewirkt die Nichteinhaltung derselben prinzipiell die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (*Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ [2006] 184 f, vgl auch *Dittrich/Tades*, ABGB²⁰ (2002) § 883).

¹⁷⁶ OGH 4 Ob 524/91, RdW 1992, 79 (ohne ausdrücklich eine absolute Nichtigkeit anzuerkennen); siehe auch *Feil*, FBG (2005) § 15 Rz 10.

¹⁷⁷ *Frizberg/Frizberg*, GmbH Rz 248.

¹⁷⁸ Dies unterscheidet den Auflösungsbeschluss eben auch von den satzungsändernden Beschlüssen, für die in § 49 Abs 2 die Firmenbucheintragung ausdrücklich als Voraussetzung für die Wirkung vorgesehen ist.

¹⁷⁹ OGH 1 Ob 676, 677/84, SZ 57/174.

¹⁸⁰ Siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 20 und § 4 Rz 26.

Klagefrist „Bestandkräftigkeit“ ein und kann man sich dann nicht mehr einredeweise auf die Gesetzwidrigkeit des Beschluss berufen¹⁸¹. Wird hingegen fristgerecht die Anfechtungsklage erhoben und dieser mit Rechtsgestaltungsurteil rechtskräftig stattgegeben, wird aus dem wirksamen Beschluss ein nichtiger (unwirksamer) mit Wirkung ex tunc¹⁸². Die Jud¹⁸³ geht iZm anfechtbaren Beschlüssen davon aus, dass das Firmenbuchgericht deren Eintragung nicht mit der (bloßen) Begründung ablehnen darf, dass es den Beschluss für anfechtbar hält. Wie oben ausgeführt handelt es sich ja um vernichtbare, aber doch wirksame Beschlüsse. Eine Rekurerhebung gegen den Eintragungsbeschluss scheidet zwar aus¹⁸⁴, doch wird der der Eintragung zugrundeliegende Beschluss erfolgreich angefochten, ist er gemäß § 44 Abs 1 von Amts zu löschen.

Ohne bedauerlicherweise zu klären, ob es absolute Nichtigkeitsgründe gibt, hat der OGH¹⁸⁵ jedoch auch bereits entschieden, dass das Firmenbuchgericht ein Eintragungsgesuch ablehnen darf, wenn der zugrundeliegende Gesellschafterbeschluss im öffentlichen Interesse gegen zwingendes GmbH-Recht verstößt. Damit nähert sich das Höchstgericht wohl der Anerkennung einer Kategorie absolut nichtiger Beschlüsse an¹⁸⁶. In der Praxis wird das Firmenbuchgericht bei fehlender notarieller Beurkundung des Auflösungsbeschlusses die Eintragung aber üblicherweise ablehnen und keinen Verbesserungsauftrag erteilen, weil der Mangel nicht behebbar ist. Wenn nämlich in der Generalversammlung kein den Formvorschriften des § 87 NO entsprechendes Protokoll aufgenommen wurde¹⁸⁷, dann ist der

¹⁸¹ OGH 6 Ob 786/82, GesRZ 1983, 222.

¹⁸² OGH 5 Ob 313/79, GesRZ 1980, 92; 1 Ob 612/80, GesRZ 1981, 184.

¹⁸³ OGH 6 Ob 31/94, SZ 67/199; 6 Ob 19/89, NZ 1991, 13; OLG Wien 6 R 104/95, NZ 1996, 251.

¹⁸⁴ OGH 6 Ob 12/79, GesRZ 1981, 110.

¹⁸⁵ OGH 6 Ob 174/97z, RdW 1998, 73 (in concreto ging es um die firmenbuchrechtliche Behandlung einer dem Bestellungsverbot nach § 30e Abs 1 Satz 2 widersprechenden Aufsichtsratsbestellung).

¹⁸⁶ *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 106.

¹⁸⁷ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 3; *Feil*, FBG § 17 Rz 2.

Beschluss in dieser Generalversammlung eben nicht ordnungsgemäß beurkundet worden und so gesehen nichtig¹⁸⁸.

- Fall 3: Keine Mehrheit

Selbstredend kann nicht vom Vorliegen eines Auflösungsbeschlusses ausgegangen werden, wenn nicht einmal die geforderte Mehrheit zustimmt. Gedacht ist hier allenfalls an einen Gesellschaftsvertrag, der eine höhere als die vom Gesetz geforderte Beschlussmehrheit vorsieht, welche später durch satzungsändernden Beschluss herabgesetzt wird. Solange diese das Konsensquorum herabsetzende Statutenänderung nicht rechtswirksam geworden, dh ins Firmenbuch eingetragen, ist, kann ein wirksamer Auflösungsbeschluss nur mit der aus der Satzung ersichtlichen höheren, dem Firmenbuch bekannten, Mehrheit gefasst werden¹⁸⁹.

e. Inhalt

Der Generalversammlungsbeschluss bedarf eines gewissen Mindestinhalts, dessen einzelne Tagesordnungspunkte gemäß § 87 NO protokolliert werden müssen¹⁹⁰:

- Beschlussfassung über die Auflösung

In diesem Punkt sollte regelmäßig festgehalten werden, dass die Gesellschaft mit Wirksamkeit zum (Datum) aufgelöst ist (und in das Abwicklungsstadium eintritt). Üblich ist es, im Auflösungsbeschluss festzuhalten, dass die Firma einen auf die neue Sach- und Rechtslage hinweisenden Zusatz („in liqu“ oÄ) erhält.

- Abberufung der Geschäftsführung, Bestellung der Liquidatoren

IdR sind noch weitere Angaben erforderlich. Die Geschäftsführung wird formell abberufen und die Liquidatoren sind zu bestellen.

¹⁸⁸ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 658.

¹⁸⁹ Vgl OGH 4 Ob 524/91, RdW 1992, 79.

¹⁹⁰ Für Musterbeschlüsse siehe Fritz, GmbH-Praxis I Vertragsmuster und Eingaben (2003) Muster 27.301, 1358.

- Konkludenter Auflösungsbeschluss?

Der Auflösungswille der Gesellschafter muss im Beschluss hinreichend deutlich manifestiert sein, sodass klar ist, was gewollt ist. Im Interesse von Rechtssicherheit sollte *mE* darauf verzichtet werden, Beschlüsse auf „Einstellung des Geschäftsbetriebes“ oÄ als Auflösungsbeschluss zu deuten¹⁹¹. Nach *K. Schmidt*¹⁹² sind konkludente Auflösungsbeschlüsse nach der Lage des Einzelfalles „*nur ganz ausnahmsweise anzuerkennen*“.

f. Inhaltskontrolle des Auflösungsbeschlusses?

Kann der Auflösungsbeschluss im Hinblick auf rechtfertigende Sachlichkeit durch die Gerichte überprüft bzw nach den Gesichtspunkten Treuepflicht und Erforderlichkeit iS einer Interessensabwägung angefochten werden?¹⁹³

Es geht hier um das Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und dem Schutz der Minderheit, die sich rechtswidrigen „*squeeze-out-Effekten*“¹⁹⁴ ausgesetzt sieht. Nach hA ist die Treuepflicht bei „zweckneutralen“ Beschlüssen, zu denen auch der Auflösungsbeschluss zu zählen ist, kein Beurteilungskriterium. Wird ein solcher mit der geforderten Mehrheit gefasst und werden dabei die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen eingehalten, gilt, dass es grundsätzlich keiner gesonderten Rechtfertigung bedarf¹⁹⁵.

Der dt BGH behandelt die Frage nach dem Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung des Auflösungsbeschlusses einer Kapitalgesellschaft in der E II ZR 75/87 vom 1.2.1988¹⁹⁶. Im Urteil lehnt es der entscheidende Senat ab, den

¹⁹¹ Ebenso *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 657; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler* lassen die „*Bestellung von Liquidatoren*“ genügen (GmbHG³ § 84 Rz 8).

¹⁹² *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 13.

¹⁹³ Vgl dazu ausführlich: *U. Torggler*, Zur sogenannten Beschlusskontrolle, insbesondere bei der Umwandlung, Teil I (GeS 2006, 58) und Teil II (GeS 2006, 109).

¹⁹⁴ Siehe *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 17: Hier wird das Problem der Beschlusskontrolle insb im Hinblick auf die Treuepflicht behandelt und eine Anfechtungsmöglichkeit dann bejaht, wenn der Mehrheitsgesellschafter die Auflösung treuwidrig beschließt, um dadurch Ausschließungseffekte zu erzielen.

¹⁹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 8, § 41 Rz 35.

¹⁹⁶ In der sog „Linotype“-Entscheidung ging es um die Auflösung einer AG.

Auflösungsbeschluss dahingehend zu prüfen, ob er sachlich gerechtfertigt ist; es ist „lediglich die vom Gesetz geforderte Mehrheit für das Zustandekommen des Beschlusses notwendig“. Selbst die erklärte Absicht (eines Gesellschafters), im Rahmen der Liquidation das Unternehmen in seiner Gesamtheit bzw wesentliche Teile davon erwerben zu wollen, soll es nicht rechtfertigen, den Auflösungsbeschluss der Mehrheit aus dem Blickwinkel der rechtsmissbräuchlichen Stimmausübung anzufechten¹⁹⁷. Faktum ist somit, dass es im Einzelfall keiner positiven sachlichen Rechtfertigung bedarf und, dass Gesellschafter, welche die Mehrheit repräsentieren, auch in der Lage sind, die Gesellschaft zu „zerschlagen“¹⁹⁸.

Dennoch kann es in bestimmten Situationen geboten sein, die Minderheit zu schützen; und zwar aus dem Aspekt der Treuepflicht heraus, die somit der ungerechtfertigten Inanspruchnahme von Gesellschafterrechten „engere Schranken setzt, als das Verbot des Rechtsmissbrauchs oder die Sittenwidrigkeit“¹⁹⁹. Wird nämlich die Auflösung nur zu dem Zweck angestrebt, den Minderheitsgesellschafter hinauszudrängen um ihn nur am Liquidationserlös zu beteiligen, während der Mehrheitsgesellschafter seinen Anteil bzw das Unternehmen auf eine übernehmende Gesellschaft überträgt und weiterhin in den Genuss des vollen Ertragswertes kommt, soll der Auflösungsbeschluss als treuwidrig bekämpfbar sein²⁰⁰.

In der ersten grundlegenden E des OGH zum UmwG idF EU-GesRÄG 1996 vom 26.2.1998²⁰¹ wurde die Frage nach einer sachlichen Rechtfertigung des Umwandlungsbeschlusses und somit eine Inhaltskontrolle ausdrücklich verneint²⁰². Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber „durch die Festlegung verschärfter

¹⁹⁷ BGH II ZR 75/87 vom 1.2.1988

¹⁹⁸ K. Schmid, Gesellschaftsrecht⁴, 1197.

¹⁹⁹ Reich-Rohrwig, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre bejaht, wbl 1988, 141.

²⁰⁰ Vgl dazu K. Schmid, Gesellschaftsrecht⁴, 1197 mwN, der von der „Ausbootung des Minderheitsgesellschafters“ spricht.

²⁰¹ Es ging um eine errichtende Umwandlung, in deren Rahmen es zu einer Übertragung des GmbH-Vermögens auf eine Nachfolge-KG kam (OGH 6 Ob 335/97a [C. Szep, B. Ofner], ecollex 1998, 557 = SZ 71/42).

²⁰² AA Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 761 ff.

Voraussetzungen für eine Umwandlung²⁰³ die gebotene Interessensabwägung selbst vorgenommen“ hat und weshalb „für eine (weitere) Sachlichkeitsprüfung durch das Gericht kein Platz“ bleibt. Der Umwandlungsbeschluss braucht sohin keine sachliche Rechtfertigung; er trägt diese quasi in sich selbst. Diese Rechtsansicht hat der OGH in der Folge bestätigt²⁰⁴; ein Gesellschafter, dessen Beteiligung nicht mehr als 10% ausmacht, kann daher einen rechtswirksam zustande gekommenen Umwandlungsbeschluss nicht bekämpfen. Ebenso wenig kann er in bestimmten anderen Fällen seinen voraussetzungslosen Ausschluss verhindern²⁰⁵. Nicht einmal der mit einem Sonderrecht, in concreto mit einem Aufgriffsrecht, ausgestattete, ausscheidende Minderheitsgesellschafter hat Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung der Sachlichkeit des Umwandlungsbeschlusses und kann die Auflösung bzw das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft infolge Umwandlung auch nicht vermeiden, weil er für den Verlust seiner Mitgliedschaftsrechte Anspruch auf angemessene Barabfindung hat²⁰⁶.

Bereits in der E vom 12.7.1937²⁰⁷ hat der OGH entschieden, dass der Zweck der Auflösung bzw der Liquidation gerade darin besteht, das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern und aus dem Erlös die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen. Daher können auch die GmbH-Gläubiger einen Auflösungsbeschluss nicht verhindern. Begründet wurde das damit, dass – ua – die Einleitung der Liquidation (und in weiterer Folge des Ausgleichverfahrens) die „Annahme einer subjektiven Gefährdung nicht rechtfertige“. Damit ist klar, dass Gesellschaftsgläubiger einen rechtswirksam zustande gekommenen Auflösungsbeschluss nicht bekämpfen können, wenn sie befürchten, dass ihre Forderung dadurch nicht oder nur ersichert einbringlich gemacht werden kann.

²⁰³ ¾-Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter, deren Anteile außerdem zumindest 90 % des Stammkapitals ausmachen müssen.

²⁰⁴ OGH 19.5.1998, 7 Ob 38/98h.

²⁰⁵ Vgl die Bestimmungen des GesAusG oder §§ 9 und 11 SpaltG.

²⁰⁶ Siehe OGH 6 Ob 335/97a, ecolex 1998, 557 (558) = SZ 71/42.

²⁰⁷ OGH 1 Ob 682-688/37, ZBI 1938/101.

3. Z 3 Fusionsbeschluss

Von einer Fusion oder Verschmelzung („merger“) spricht man, wenn die Vermögen zweier (oder mehrere) Kapitalgesellschaften inkl. Schulden im Universalrechtsweg unter Ausschluss der Liquidation und bei gleichzeitiger Beibehaltung der Beteiligungsverhältnisse rechtlich und wirtschaftlich miteinander vereinigt werden²⁰⁸. Das Vermögen der übertragenden GmbH – Aktiva und Passiva²⁰⁹ – geht dabei nach der gesetzlichen Intention grundsätzlich gegen Gewährung von Geschäftsanteilen an der übernehmenden bzw. neu gegründeten GmbH auf diese über²¹⁰. In der Praxis werden hingegen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft nur sehr selten gewährt²¹¹ und gibt es darüber hinaus Sachverhalte, in denen das Verschmelzungsentgelt²¹² zwingend gar nicht in Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft bestehen darf²¹³ bzw. solche, die es erlauben, dass von einer Anteilsgewährung abgegangen werden kann²¹⁴.

Seit In-Kraft-Treten des EU-GesRÄG 1996 kann man zwei verschiedene Durchführungsformen unterscheiden²¹⁵:

²⁰⁸ Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 731 ff.; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³, 354; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 821.

²⁰⁹ Nur die Übertragung der nach einem Liquidationsverfahren verbleibenden Aktiva genügt nicht (Arg: „unter Ausschluss der Liquidation“ - so schon *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ [1993] § 219 Rz 8).

²¹⁰ Vgl. § 96 Abs 1 Z 1 und Z 2 („...gegen Gewährung von Geschäftsanteilen...“) und § 219 Z 1 und Z 2 Akt („...gegen Gewährung von Aktien...“).

²¹¹ *Schindler/Brix* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz in 2 Bänden (2008) § 96 Rz 37.

²¹² *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 219 Rz 12.

²¹³ Vgl. § 224 Abs 1 AktG für die Fälle eines sog. up-stream-merger (die übernehmende Gesellschaft besitzt als Muttergesellschaft Geschäftsanteile an der übertragenden Tochtergesellschaft).

²¹⁴ Vgl. § 224 Abs 2 Z 1 AktG für den sog. side-stream-merger zwischen Schwesterngesellschaften, wenn also eine Tochtergesellschaft auf eine andere Tochtergesellschaft verschmolzen wird und Beteiligungsidentität idS vorliegt, als die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft auch an der übertragenden Gesellschaft im selben Verhältnis (un/mittelbar) beteiligt sind (*Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 101 Rz 9).

²¹⁵ Nach der Stammfassung von § 96 Abs 1 war eine derartige Unterscheidung in zwei verschiedene Varianten nicht vorgesehen (vgl. *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 656) und eine Verschmelzung durch Neugründung mangels gesetzlicher Grundlage nicht möglich (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 890).

- Bei der Verschmelzung durch Aufnahme (§ 96 Abs 1 Z 1) geht das Vermögen einer/mehrerer übertragender GmbH(en) auf eine übernehmende, bereits bestehende GmbH über.
- Im Rahmen einer Verschmelzung durch Neugründung (§ 96 Abs 1 Z 2) übertragen zwei/mehrere GmbHen ihr Vermögen auf eine neu gegründete GmbH, welche als übernehmende Gesellschaft iSv § 233 Abs 1 S 2 AktG gilt²¹⁶ und mit Eintragung der Fusion im Firmenbuch entsteht²¹⁷.

In der Folge soll die Verschmelzung nur in Bezug auf deren Auswirkung auf den Bestand der GmbH als Gesellschaft behandelt werden²¹⁸.

a. Grundregel

Eine GmbH wird gemäß § 84 Abs 1 Z 3 durch den Beschluss auf Fusion mit einer AG oder einer anderen GmbH aufgelöst. Die Bestimmung verweist auf § 96, welcher die gesetzliche Grundlage dafür ist, dass GmbHen bzw deren gesamtes Vermögen unter Ausschluss der Liquidation durch Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen werden können²¹⁹, wodurch die übertragende GmbH erlischt²²⁰. Gemäß § 96 Abs 2 gelten die §§ 220 bis 233 AktG sinngemäß.

²¹⁶ Die praktische Bedeutung scheint tatsächlich gering zu sein, da die Fusion zur Neugründung regelmäßig komplizierter und teurer ist, als jene durch Aufnahme. Zu denken wäre allenfalls an eine Fusion aus „optischen Gründen“ um im Geschäftsleben nicht den Eindruck entstehen zu lassen, es habe sich um das „Schlucken eines Kontrahenten“ gehandelt (*Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 96 Rz 6).

²¹⁷ OGH 1.9.1993, 7 Ob 556/93.

²¹⁸ Die umfangreichen Detailprobleme zB im Fall eines down-stream-merger, also dann, wenn die übertragende Muttergesellschaft an der übernehmenden Tochtergesellschaft beteiligt ist, wo ein Verstoß gegen das Verbot des Erwerbs eigener Anteile nach § 81 droht, können an dieser Stelle nicht geklärt werden.

²¹⁹ Der Normzweck von § 96 besteht darin, die Fusion von GmbHen im Universalrechtsweg zu ermöglichen (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 96 Rz 4).

²²⁰ Vgl OGH 7 Ob 639/94, SZ 67/235.

b. Voraussetzungen

- Fusion von GmbHen

Schon nach den *verba legalia* kommt § 96 nur dann zur Anwendung, wenn es sich bei allen am Fusionsvorgang beteiligten Gesellschaften um GmbHen handelt; sind andere Kapitalgesellschaften (insb AGen) beteiligt, sind §§ 96 ff nicht unmittelbar anwendbar²²¹.

- Verschmelzungsvertrag

Basis jeder Fusion ist ein Verschmelzungsvertrag, dessen Mindestinhalt § 220 Abs 2 Z 1 – 7 AktG²²² festlegt bzw ein schriftlicher Entwurf, dem die Generalversammlungen – idR beider Gesellschaften – zustimmen müssen. Dieser Vertrag, der in die alleinige Abschlussbefugnis der jeweiligen Geschäftsführung²²³ fällt, bildet den Titel für den Eigentumserwerb der übernehmenden Gesellschaft am Vermögen der übertragenden Gesellschaft²²⁴. Uneinigkeit herrscht darüber, ob dieser Vertrag in Form eines Notariatsaktes errichtet werden muss, oder ob die notarielle Beurkundung ausreicht²²⁵. Die *verba legalia* sprechen in § 222 AktG jedenfalls ausdrücklich von „notarieller Beurkundung“. Dies war an sich bereits vor In-Kraft-Treten des EU-GesRÄG 1996 so in § 221 Abs 1 AktG aF geregelt und wurde entgegen dem Wortlaut der Bestimmung unter notarieller Beurkundung schon damals die Verpflichtung verstanden, den Vertrag in Notariatsaktsform errichten zu müssen²²⁶. Fest steht, dass § 221 Abs 1 AktG

²²¹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 447.

²²² Siehe zB *Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 96 Rz 24 ff und *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 829.

²²³ Vgl § 220 Abs 1 AktG.

²²⁴ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 828.

²²⁵ Offensichtlich auch für die notarielle Beurkundung: *Schindler*, Die europäische Aktiengesellschaft (2002) 25 und *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 328. Für den Notariatsakt: *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 832; davor schon *Kostner*, GmbH 115 mwH; diesem folgend *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 738. Beide sind der Meinung, dass die *verba legalia* „ungenau“ wären; ebenso *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? 120; so auch *Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 96 Rz 60 f mwN, mit der Begründung, dass der Zweck des Notariatsaktes darin bestehen soll, zu gewährleisten, dass Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsbeschluss einander inhaltlich entsprechen. AA *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172 (174).

²²⁶ *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 221 Rz 1.

aF durch das EU-GesRÄG 1996 wortgleich in § 222 AktG transferiert wurde. Da es der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung nicht für erforderlich gehalten hat, Klarstellungen betreffend das Formerfordernis zu treffen, kann man *mE* auch davon ausgehen, dass die notarielle Beurkundung iSv § 87 NO ausreicht²²⁷.

- Verschmelzungsbeschlüsse

Gemäß § 221 AktG wird der Verschmelzungsvertrag und somit in weiterer Folge die Fusion insgesamt nur wirksam, wenn die Gesellschaftervollversammlungen jeder beteiligten Gesellschaft diesem per Beschluss zustimmen. Dies ist eine Grundlagenentscheidung, weshalb es nicht der Geschäftsführung allein obliegen darf, derartige Umstrukturierungen durchzuführen²²⁸. Inhaltlich betrachtet wird über die Vermögensvereinigung der zu verschmelzenden Gesellschaften unter Ausschluss der Liquidation bei gleichzeitigem Untergang der übertragenden Gesellschaft abgestimmt („*Sanktionierung des Verschmelzungsvertrages*“)²²⁹. Das ist dann iSv § 84 Abs 1 Z 3 auch der die übertragende Gesellschaft auflösende Beschluss, sofern nicht in einem eigenen Tagesordnungspunkt explizit (noch) die Auflösung der (übertragenden) Gesellschaft beschlossen wird²³⁰.

Bei der übertragenden GmbH ist gemäß § 98 zumindest eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich und muss der Beschluss iSv § 87 NO notariell beurkundet werden²³¹. Das Mehrheits-/Zustimmungserfordernis kann im Statut nicht herabgesetzt werden und ist so wie jenes für Satzungsänderungen insoweit zwingend²³². Da die Fusion letztlich auf den

²²⁷ Vgl *Grünwald*, Ausgewählte Zweifelsfragen rund um die aktienrechtliche Verschmelzung nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1997, 172 (174).

²²⁸ *Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 98 Rz 1.

²²⁹ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 221 Rz 1.

²³⁰ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 859.

²³¹ Vgl § 98 letzter Satz GmbHG; eine derartige Erwähnung erübrigt sich im Aktienrecht, wo ohnehin sämtliche Beschlüsse notariell beurkundet werden müssen (§ 111 AktG). Bis zum Inkrafttreten des EU-GesRÄG 1996 mit 1.7.1996 war Einstimmigkeit erforderlich.

²³² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 98 Rz 2 und § 50 Rz 2.

Untergang der übertragenden Gesellschaft als Rechtsperson hinausläuft, ist klar, dass deren Generalversammlung in jedem Fall einen entsprechenden Fusionsbeschluss zu fassen hat. Bei der übernehmenden Gesellschaft kann der korrespondierende Beschluss aber unter bestimmten Voraussetzungen in den Fällen der vereinfachten Verschmelzung entfallen²³³.

- Stammkapitalerhöhung

Für das GmbH-Recht ist die Anwendung von bestimmten Kapitalerhöhungsbestimmungen zur Durchführung der Verschmelzung nach § 101 ebenso ausgeschlossen²³⁴ wie im AktG. Der bei der übernehmenden Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen erforderliche Kapitalerhöhungsbeschluss²³⁵ ist ferner nach § 225a AktG Voraussetzung für die Eintragung der Verschmelzung, wobei der Beschluss und die Durchführung der Kapitalerhöhung gleichzeitig mit der eigentlichen Fusion einzutragen sind.

- Firmenbuchanmeldung

Die Verschmelzung ist analog § 225 AktG von der Geschäftsführung jeder der beteiligten Gesellschaften zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden, dh, dass zwei Eingaben beim jeweiligen Firmenbuchgericht einzubringen sind, wobei aber nur der Eingabe der übernehmenden Gesellschaft die notwendigen Beilagen²³⁶ anzuschließen sind²³⁷. Eingetragen wird die Verschmelzung gemäß § 225a Abs 1 AktG nur vom Firmenbuchgericht der übernehmenden Gesellschaft, dies aber gleichzeitig bei allen Gesellschaften.

²³³ § 231 Abs 1 AktG; *Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 98 Rz 1.

²³⁴ § 52 Abs 2 – Abs 6 und § 53 Abs 2 Z 1; die sinngemäße Anwendung von § 10 soll auch gegenstandslos sein (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 741).

²³⁵ Für diesen gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften, wobei § 223 AktG hierfür allerdings bestimmte Modifikationen vorsieht.

²³⁶ Siehe die detaillierte Aufstellung bei *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 877.

²³⁷ Vgl § 225 Abs 1 AktG.

c. Rechtswirkungen der Verschmelzung

Die Rechtswirkungen der Fusion sind in § 225a Abs 3 Z 1 – Z 4 AktG geregelt und treten mit Eintragung derselben im Firmenbuch der übertragenden Gesellschaft ein²³⁸:

- Es kommt zur Gesamtrechtsnachfolge; das Vermögen und die Schulden der übertragende gehen uno acto auf die übernehmende Gesellschaft über.
- Die übernehmende GmbH tritt in jeder rechtlichen Hinsicht an die Stelle der übertragenden GmbH; die fusionierten GmbHen werden zu einer einzigen Rechtsperson²³⁹ und die übertragende GmbH erlischt²⁴⁰.
- Sofern das Verschmelzungsentgelt in der Gewährung von Geschäftsanteilen an der übernehmenden Gesellschaft besteht, werden die Gesellschafter der untergehenden zu solchen der übernehmenden Gesellschaft; auch das vollzieht sich eo ipso.
- Ein allfälliger Formmangel des Verschmelzungsvertrages heilt gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung.

d. Fusionsfähigkeit der Liquidationsgesellschaft?

Nach hA kann ein Fusionsbeschluss auch dann noch gefasst werden, wenn die Gesellschaft, die ihr Vermögen übertragen soll, bereits aufgelöst ist, sofern mit der Verteilung des Liquidationsüberschusses noch nicht begonnen wurde. Weiters gilt, dass eine GmbH in Liquidation solange übernehmende Gesellschaft sein, als ihre Fortsetzung wirksam beschlossen werden kann²⁴¹.

In einer E des OLG Wien vom 10.5.2001²⁴² zur übertragenden Umwandlung nach UmwG 1996 wurde ausgesprochen, dass die Konkurseröffnung über das Vermögen der umzuwandelnden Gesellschaft den Verlust der Umwandlungsfähigkeit zur Folge

²³⁸ OGH 7 Ob 639/94, SZ 67/235. Beachte idZ auch § 230 Abs 2 AktG, wonach Mängel der Verschmelzung die Wirkungen der Eintragung gemäß § 225a Abs 3 AktG unberührt lassen.

²³⁹ OGH 7 Ob 639/94, SZ 67/235 mwN; 8 ObA 150/97k, SZ 71/45.

²⁴⁰ Vgl § 225a Abs 3 Z 2 AktG.

²⁴¹ HA: *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 736; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 92 Rz 16.

²⁴² OLG Wien 28 R 24/01g, ecolex 2002, 43.

hat und die Umwandlung nicht mehr ins Firmenbuch eingetragen werden darf. Eine solche übertragende Umwandlung ist ebenso wie die Verschmelzung von den Grundsätzen der Universalsukzession bei gleichzeitigem Untergang der übertragenden Gesellschaft unter Ausschluss der Abwicklung geprägt, sodass sich die Einschränkung *mE* auch auf die Fusion anwenden lässt und bewirkt, dass die Gesellschaft, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet wurde, nicht fusionsfähig ist²⁴³.

e. Exkurs: Rechtsformübergreifende Verschmelzung

Von reinen GmbH-Fusionen sind die verschiedenen Varianten der rechtsformübergreifenden Verschmelzung²⁴⁴, welche sich in Form einer Verschmelzung durch Aufnahme vollziehen²⁴⁵ und im Aktienrecht geregelt sind, zu unterscheiden:

- Rechtsformaufsteigende Verschmelzung durch Aufnahme einer GmbH in eine AG

Die Rechtsgrundlage einer Fusion zwischen einer GmbH als übertragender Gesellschaft mit einer übernehmenden AG bildet § 234 AktG, wobei für die übertragende GmbH nach § 234 Abs 3 AktG primär die §§ 97 bis 100 und nach hA subsidiär²⁴⁶ die §§ 220 – 233 AktG gelten. Laut § 234 Abs 2 AktG gelten für die übernehmende AG die Bestimmungen der §§ 220 – 233 AktG sinngemäß. Im Zuge dieses Vorgangs kommt es ebenso zum Erlöschen der übertragenden GmbH.

²⁴³ So auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 736.

²⁴⁴ Vgl die mit BGBl I 2007/72 eingeführte Überschrift zu §234 ff AktG.

²⁴⁵ *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 234 Rz 3.

²⁴⁶ *Schindler/Brix* in *Straube*, GmbHG § 96 Rz 7, *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 885 (FN 1935).

- Rechtsformabsteigende Verschmelzung durch Aufnahme einer AG in eine GmbH, Austrittsrecht
 Bis zum Inkrafttreten des GesRÄG 2007²⁴⁷ war die Verschmelzung einer AG auf eine GmbH mangels gesetzlicher Grundlage grundsätzlich unzulässig²⁴⁸, jedoch schon nach alter Rechtslage nicht ausgeschlossen²⁴⁹. Nunmehr sieht § 234a AktG²⁵⁰ explizit die Möglichkeit einer „rechtsformabsteigenden“ Verschmelzung vor²⁵¹. Der Gesetzgeber wollte damit einen „drohenden Wertungswiderspruch bereinigen“. Im EU-VerschG wurde nämlich die „Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung bei gleichzeitigem Verzicht auf das Kriterium der strukturellen Äquivalenz der Rechtsform des ausländischen Verschmelzungspartners mit einer Rechtsform, mit der sich die österr Gesellschaft nach nationalem Recht verschmelzen kann, vorgesehen“²⁵². Hier erlischt die übertragende AG.

4. Z 4 Konkursöffnung

Die Konkursfähigkeit ist eine Eigenschaft aller physischen und juristischen Personen²⁵³. Über das Vermögen von Personengesellschaften kann der Konkurs

²⁴⁷ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-VerschG) erlassen wird sowie das Firmenbuchgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Rechtspflegergesetz, das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz 1965, das Umwandlungsgesetz, das Unternehmensgesetzbuch und das Übernahmegesetz geändert werden (BGBl I 2007/72).

²⁴⁸ Vgl zur alten Rechtslage *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 234 Rz 1; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 326; *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 52.

²⁴⁹ Nach den Vorschriften des UmwG 1996, welches (im Gegensatz zur bloß rechtsformwechselnden Umwandlung nach §§ 239 ff und §§ 245 ff AktG) die sog *übertragende Umwandlung* regelt, konnte eine AG in eine GmbH verschmolzen werden, und zwar im Rahmen einer sog verschmelzenden Umwandlung, wenn das Unternehmen einer Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter (das kann auch eine GmbH sein) übertragen wurde.

²⁵⁰ §§ 234a und 234b AktG sind auf Verschmelzungen anzuwenden, bei denen der Verschmelzungsbeschluss in der übertragenden Gesellschaft nach dem 15. Dezember 2007 gefasst wurde (§ 262 Abs 13 AktG).

²⁵¹ Hinsichtlich der auf diesen Fusionsvorgang anzuwenden Bestimmungen gelten die §§ 220 – 233 AktG laut § 234a Abs 3 AktG für die übertragende AG und für die übernehmende GmbH sind gemäß § 234a Abs 2 AktG nach Maßgabe von § 96 Abs 2 die §§ 220 – 233 und 240 AktG sinngemäß anzuwenden.

²⁵² EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 20.

²⁵³ Mangels Rechtsfähigkeit als nicht konkursfähig gelten sohin die stille Gesellschaft und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR); bei diesen wird der Konkurs idR über das Vermögen der einzelnen Gesellschafter eröffnet.

kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung eröffnet werden und führt zu deren Auflösung²⁵⁴. Die Konkursöffnung ist bei Personen- und bei Kapitalgesellschaften ab dem Zeitpunkt ihrer Errichtung, sohin ab Abschluss des Gesellschaftsvertrages, möglich²⁵⁵. Sohin gilt auch die noch nicht ins Firmenbuch eingetragene GmbH (die Vorgesellschaft²⁵⁶) als konkursfähig und kann ein Konkurs gemäß § 68 KO selbst dann noch eröffnet werden, wenn die GmbH bereits aufgelöst oder im Firmenbuch gelöscht ist, sofern sie noch nicht vollbeendet ist.

Unter dem Begriff „Insolvenz“ lassen sich verschiedene Verfahrensarten zusammenfassen, von denen in Bezug auf die gegenständliche Untersuchung nur der eigentliche Konkurs nach KO als Auflösungsgrund der Gesellschaft in Frage kommt, während der Ausgleich nach der AO ausscheidet²⁵⁷. Der Grund ist der, dass nur der Konkurs bzw der im gescheiterten Ausgleichsverfahren eröffnete Anschlusskonkurs auf eine restlose Vermögensverwertung zugunsten der Gläubiger hinauslaufen und diesbezüglich keinerlei Rücksicht auf die weitere wirtschaftliche (bei natürlichen Personen) und überhaupt rechtliche (bei juristischen Personen) Existenz des Schuldners genommen wird. Dagegen strebt ein Ausgleichsverfahren eine Art Kompromiss zwischen Gemeinschuldner und Gläubigern an, der - vereinfacht ausgedrückt - darin besteht, die geschäftliche Tätigkeit bzw das Weiterbestehen des Schuldners gegen vollständige Bezahlung einer Quote bei gleichzeitiger Restschuldbefreiung zu ermöglichen. Die folgenden Ausführungen werden sich daher in erster Linie auf den Konkurs der GmbH nach den Bestimmungen des zweiten Teils der KO (§§ 63 – 180 KO) und den damit in Zusammenhang stehenden Besonderheiten in Bezug auf den Zwangsausgleich beziehen.

²⁵⁴ §§ 131, 161 Abs 2 UGB. Darüber hinaus werden Personengesellschaften nach UGB auch durch die Konkursöffnung über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters aufgelöst, was auf Kapitalkapitalgesellschaften nicht zutrifft.

²⁵⁵ *Koppensteiner in Straube*, HGB Kommentar (1987) § 131 Rz 12; einschränkend gilt dies für die O(H)G, wo Konkursfähigkeit vor Firmenbucheintragung den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes voraussetzt (OGH 3 Ob 575/50, SZ 23/306).

²⁵⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 660.

²⁵⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 666.

a. Grundregel

Mit dem vom Konkursgericht gefassten Beschluss auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft gilt die GmbH gemäß § 84 Abs 1 Z 4 als aufgelöst. Zu beachten ist, dass die Auflösung bereits durch das Fassen des Konkurseröffnungsbeschlusses als bewirkt gilt, ohne dass die Rechtskraft abgewartet werden muss.

b. Voraussetzungen

Ein Konkursverfahren wird nur dann eingeleitet, wenn sowohl die formellen, als auch die materiellen Voraussetzungen gegeben sind:

- Konkursantrag

Das Konkursverfahren wird vom Konkursgericht²⁵⁸ auf Eigenantrag des Schuldners gemäß § 69 Abs 1 KO, auf Gläubigerantrag nach § 70 Abs 1 KO oder von Amts wegen eröffnet; Letzteres dann, wenn die Bemühungen um die Eröffnung eines Ausgleichs oder dessen Erfüllung scheitern²⁵⁹. Beim Eigenantrag genügt die an das Gericht erstattete Anzeige von der Zahlungseinstellung ohne Bescheinigungsmittel²⁶⁰. Der den Antrag stellende Gläubiger muss hingegen substantiiert seine eigene (nicht notwendigerweise fällige) Konkursforderung bescheinigen und die Zahlungsunfähigkeit zumindest glaubhaft machen können²⁶¹.

²⁵⁸ Nach § 63 KO ist bei Kapitalgesellschaften stets jenes Landesgericht (in Wien das Handelsgericht) zuständig, in dessen Sprengel die GmbH ihren Sitz hat.

²⁵⁹ Sog Anschlusskonkurs (*Schubert in Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen in drei Mappen [1997] § 2 Rz 16): Man spricht vom sog echten Anschlusskonkurs (siehe § 2 Abs 2 KO) infolge rechtskräftiger Versagung der Ausgleichsbestätigung nach § 69 iVm § 52 Abs 2 AO bzw infolge rechtskräftiger Einstellung des Ausgleichsverfahrens gemäß § 69 iVm § 67 AO; scheidet hingegen bereits der Ausgleichsantrag, ist nach § 3 Abs 3 AO ebenfalls von Amts wegen über die Konkurseröffnung zu entscheiden (unechter Anschlusskonkurs).

²⁶⁰ Das Gericht geht beim Antrag des Schuldners grundsätzlich davon aus, dass Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung auch tatsächlich gegeben sind und führt nur dann amtliche Erhebungen durch, wenn es Hinweise auf eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Insolvenzverfahrens zur Erlangung einer Schuldbefreiung gibt (*Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht [2003] 28; vgl auch LG Eisenstadt 22.6.2004, 13 R 155/04y). Eine Bescheinigungspflicht kann sich ausnahmsweise nach § 69 Abs 4 KO ergeben.

²⁶¹ Vgl § 70 KO zum Gläubigerantrag. Als Indikator für die Zahlungsunfähigkeit wertet die Jud zB das Scheitern außergerichtlicher Ausgleichsversuche (*Fink*, Insolvenzrecht⁵ [2007] 20).

Der Antrag sollte aus Haftungsgründen spätestens 60 Tage nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung gestellt werden²⁶². Die Pflicht zur rechtzeitigen Antragstellung trifft bei juristischen Personen laut § 69 Abs 3 KO die organschaftlichen Vertreter, in concreto den/die GmbH-Geschäftsführer, und zwar jeden einzelnen²⁶³ unabhängig davon, ob sie gesamtvertretungsbefugt sind oder ob Ressortverteilung besteht²⁶⁴. Verstoßen die Geschäftsführer iZm mit der Konkursantragspflicht gegen die gebotene Sorgfalt, können sie gegenüber der Gesellschaft²⁶⁵ und gegenüber den Gesellschaftsgläubigern²⁶⁶ schadenersatzpflichtig werden²⁶⁷.

- Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung

Allgemeine Konkursöffnungsvoraussetzung ist gemäß § 66 KO die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners²⁶⁸. Das bedeutet, dass er seine Zahlungen eingestellt hat bzw mangels vorhandener liquider Mittel nicht in der Lage ist, sämtliche fällige Verbindlichkeiten zu begleichen. Nach stRsp²⁶⁹ ist ausschlaggebend, dass sich der Schuldner - objektiv betrachtet – die erforderlichen Barmittel „voraussichtlich auch nicht alsbald wird beschaffen

²⁶² Beachte § 69 Abs 2 KO, der festhält, dass die Konkursöffnung bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen „ohne schuldhaftes Zögern“ zu beantragen ist. Insofern ist es für den Schuldner von wesentlicher Bedeutung, die Voraussetzungen für eine mögliche Insolvenz, insbesondere die Zahlungsunfähigkeit, rechtzeitig zu erkennen (*Dellinger in Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 63).

²⁶³ OGH 1 Ob 526/89, wbl 1989, 250.

²⁶⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 661.

²⁶⁵ Siehe § 25 Abs 2, der einen unmittelbaren Anspruch der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern begründet, welcher im Konkurs vom Masseverwalter geltend zu machen ist (OGH 8 Ob 4/91, RdW 1991, 359).

²⁶⁶ Es handelt sich hierbei um einen Schadenersatzanspruch ex delicto; die hA sieht § 69 KO als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger an (*Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 25). Derartige Schadenersatzansprüche zählen nicht zum Gesellschaftsvermögen und können sohin auch nicht vom Masseverwalter eingeklagt werden (OGH 8 Ob 543/87, SZ 60/151; OGH 8 Ob 624/88, SZ 63/124).

²⁶⁷ Die potentielle Ersatzpflicht bezieht sich dabei sowohl auf die sog Altgläubiger bzw deren Schutz vor einer Quotenverschlechterung durch Konkursverschleppung, als auch auf Neugläubiger. Letztere sollen ua vor Vertrauensschäden, die sie „durch eine Gesellschaftsbeteiligung nach dem für die Antragspflicht maßgeblichen Zeitpunkt im Vertrauen auf die Werthaltigkeit ihrer Investition erleiden“, geschützt werden. Solchen Neugesellschaftern ist daher im Fall einer Verletzung des § 69 Abs 2 KO durch den Geschäftsführer einer GmbH der Vertrauensschaden zu ersetzen (vgl OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y).

²⁶⁸ *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 4 ff.

²⁶⁹ OGH 6 Ob 37/01m, ZIK 2001/270 (169); 1 Ob 96/72, JBI 1973/94 ua.

können“, die Zahlungsunfähigkeit also nicht bloß vorübergehend ist. Der OGH²⁷⁰ nimmt eine solche bereits dann an, wenn trotz unregelmäßiger Zahlungen immer wieder neue Schulden entstehen („Loch auf, Loch zu“²⁷¹).

Bei der GmbH (auch bei der GmbH & Co KG im engeren/engsten Sinn) genügt gemäß § 67 KO bereits Überschuldung. Darunter wird eine bilanzielle (rechnerische) Überschuldung, dh ein Überwiegen der Passiva gegenüber den Aktiva, bei gleichzeitiger negativer Fortbestehensprognose verstanden²⁷². Das bedeutet, dass diese (wirtschaftliche) Konkursvoraussetzung bereits dann gegeben und somit die Geschäftsführung zum Handeln verpflichtet sein kann, wenn die GmbH zwar noch zahlungsfähig, diese Liquidität jedoch im Wesentlichen auf eine Fremdfinanzierung zurückzuführen ist²⁷³.

Ist die GmbH bereits in Liquidation, kann der Konkurs grundsätzlich immer noch eröffnet werden. Tritt im Abwicklungsstadium rein rechnerisch Überschuldung ein, wird eine positive Fortbestehensprognose (die letztlich zur Vermeidung eines Konkurses führen könnte) aufgrund der bereits erfolgten Auflösung im Hinblick auf die Vollbeendigung der GmbH aber regelmäßig nicht zu treffen sein, weil die Liquidation der schon aufgelösten GmbH nicht nur wahrscheinlich, sondern an sich zwingend ist²⁷⁴.

- Kostendeckendes Vermögen
Zwingende Voraussetzung für die Eröffnung nahezu eines jeden Konkursverfahrens ist gemäß § 71 KO das „Vorhandensein

²⁷⁰ OGH 7 Ob 526/89, wbl 1989, 194.

²⁷¹ Siehe dazu auch § 66 Abs 2 Satz 3 KO, der klarstellt, dass der Umstand, dass der Schuldner einzelne Gläubiger noch befriedigt, allein nicht ausreicht, um die Annahme der Zahlungsunfähigkeit zu verneinen.

²⁷² *Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht 27; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 36; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 659.

²⁷³ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 74.

²⁷⁴ OLG Wien 28 R 54/03x, ZIK 2003/237 (169).

*kostendeckenden Vermögens*²⁷⁵. Das schuldnerische Vermögen muss ausreichen, um zumindest die sog „*Anlaufkosten des Konkursverfahrens zu decken*“²⁷⁶. Dies prüft das Konkursgericht von Amts wegen, wobei die Praxis üblicherweise von EUR 4.000,00 ausgeht. Stellt sich bei den gerichtlichen Erhebungen heraus, dass kostendeckendes Vermögen beim (Gemein-)Schuldner aller Voraussicht nach nicht vorhanden ist, hat das Konkursgericht dem antragstellenden Schuldner oder Gläubiger gemäß § 71a KO per Beschluss aufzutragen, binnen Frist einen entsprechenden Kostenvorschuss zu erlegen. Dieser Beschluss kann nicht angefochten werden, ist aber auch nicht vollstreckbar. Wird der Kostenvorschuss allerdings nicht rechtzeitig erlegt, ist der Antrag abzuweisen und es kommt zum Verfahren nach § 39 FBG.

In Bezug auf juristische Personen sind hier zusätzlich die Sonderbestimmungen der §§ 72 – 72c KO zu beachten, wonach alle organschaftlichen Vertreter der letzten drei Monate vor Konkurseröffnung – sohin auch ehemalige Geschäftsführer bzw Vorstände – bei Fehlen kostendeckenden Vermögens selbst für die Verfahrensanlaufkosten bis zu einem Betrag in Höhe von EUR 4.000,00 zur ungeteilten Hand haften. Nach § 72b Abs 1 KO hat das Gericht den/die Geschäftsführer der GmbH aufzufordern, binnen 14-Tagesfrist einen festzulegenden Betrag zu zahlen und – sofern dieser nicht geleistet wird - ein Verzeichnis über ihr Privatvermögen vorzulegen. Dieser Beschluss über die Leistung des Kostenvorschusses ist ex lege sofort vollstreckbar. Der Konkurs über das Vermögen der GmbH wird sohin auch dann eröffnet, wenn der/die Geschäftsführer den vom Gericht beschlussmäßig geforderten Vorschuss tatsächlich erlegen²⁷⁷ oder, wenn nach gerichtlichen Erhebungen feststeht, dass die Geschäftsführer über kostendeckendes Vermögen verfügen. In dem

²⁷⁵ Ausnahmen bestehen lediglich in Bezug auf natürliche Personen; bei jenen kann es auch ohne ausreichenden Vermögens zur Verfahrenseröffnung kommen, wenn die Vorgaben des § 183 KO eingehalten werden.

²⁷⁶ Es handelt sich hierbei in erster Linie um Gerichtsgebühren und die Kosten des Masseverwalters bis zur Berichtstagsatzung.

²⁷⁷ Es handelt sich hierbei um eine Masseforderung (§ 72c KO).

Fall hat der Masseverwalter den Kostenvorschuss von den Geschäftsführern einbringlich zu machen²⁷⁸.

c. Wirkungen der Konkureröffnung

Sind die Konkursvoraussetzungen verwirklicht, hat das Gericht den Konkurs sofort per Beschluss zu eröffnen²⁷⁹, der dem Schuldner und dem von Amts wegen zu bestellenden Masseverwalter zuzustellen und gemäß § 74 iVm § 173a KO durch Aufnahme des Edikts in die Insolvenzdatei öffentlich bekannt zu machen zu ist²⁸⁰. Die Rechtswirkungen der Konkureröffnung treten nach § 2 KO mit dem der Veröffentlichung des Edikts im Internet folgenden Tag ein²⁸¹, dh nicht erst mit Rechtskraft des Beschlusses²⁸².

Neben den allgemeinen für alle in Konkurs verfallenen Personen geltenden Rechtsfolgen bewirkt die Konkureröffnung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung die Auflösung der Gesellschaft, ohne deren Bestand als Rechtsperson zu berühren²⁸³. Zwar gehen die Verfügungs- und Vertretungsrechte auf den Masseverwalter über, doch bleibt die organisatorische Struktur der aufgelösten gemeinschuldnerischen GmbH auch während des Konkurses aufrecht²⁸⁴. Die GmbH hat weiterhin Geschäftsführer²⁸⁵, deren Anstellungsverhältnisse zur GmbH durch die

²⁷⁸ Vgl § 72b Abs 3 KO.

²⁷⁹ Vgl §§ 69 Abs 1, 70 Abs 1 KO.

²⁸⁰ Kostenlos abrufbar unter www.edikte.justiz.gv.at. Seit 1.1.2000 werden Insolvenzverfahren nicht mehr an der sog Gerichtstafel angeschlagen, sondern ausschließlich und rechtsverbindlich im Internet bekannt gemacht.

²⁸¹ *Schubert in Konecny/Schubert*, KO § 2 Rz 4.

²⁸² Rekurs kann von allen von einer Konkureröffnung Betroffenen - in erster Linie vom Gemeinschuldner (OGH 20.3.2003, 8 Ob 244/02v) und von Gesellschaftsgläubigern (OGH 22.12.2004, 8 Ob 99/04y), deren Konkursforderungen bescheinigt sind - erhoben werden und hat keine aufschiebende Wirkung (§ 71c KO). Entscheidend ist, dass die Rechtsmittelfrist für jedermann bereits mit dem Tag der Veröffentlichung des Edikts im Internet zu laufen beginnt. Eine spätere individuelle Zustellung hat in dem Sinn keine rechtliche Wirkung (OGH 29.10.1998, 8 Ob 231/98y).

²⁸³ So schon OGH 18.1.1962, 6 Ob 22/62; 18.6.1969, 5 Ob 161/69.

²⁸⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 664.

²⁸⁵ OGH 4.3.1975, 5 Ob 30/75. Wird zB eine Liegenschaft aus der Konkursmasse ausgeschieden, sind diesbezüglich wieder die Gesellschaftsorgane verfassungsbefugt (OGH 2 Ob 542/57, SZ 31/9). Auch die Einberufung von Generalversammlungen sowie das Stellen eines Zwangsausgleichsantrages gehören hierher (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 664).

Konkurseröffnung auch nicht eo ipso enden²⁸⁶; der Masseverwalter darf weder Organe bestellen noch abberufen²⁸⁷. Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern stellen ausschließlich gesellschaftsinterne Vorgänge dar, die als solche ohne jeden Einfluss auf die Vermögensverhältnisse der GmbH sind²⁸⁸. Andererseits unterliegt aber auch der Masseverwalter nicht der Aufsicht der Gesellschaftsorgane²⁸⁹.

Auflösungsgrund ist ausschließlich die Konkurseröffnung über das Vermögen der GmbH, nicht auch jene über das Vermögen eines Gesellschafters, mag er auch Alleingesellschafter sein²⁹⁰. Die Auflösung aufgrund Konkurseröffnung ist nicht extra zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden, sondern hat das Konkursgericht gemäß § 77a KO das Firmenbuchgericht von der Beschlussfassung²⁹¹ zu verständigen. Dieses wiederum verfügt von Amts wegen die erforderlichen Eintragungen²⁹². Die Eintragung ist auch hier bloß rechtsbezeugend und bewirkt nicht die Auflösung, sondern setzt eine solche vielmehr voraus²⁹³. Anstelle des Liquidationsverfahrens folgt auf die Auflösung infolge Konkurseröffnung das Verfahren nach Konkursrecht.

d. Konkursfreies Gesellschaftsvermögen?

Die Konkursmasse²⁹⁴ ist mit Konkurseröffnung der freien Verfügung des Gemeinschuldners entzogen. Davon zu unterscheiden ist das sog konkursfreie

²⁸⁶ Vgl. OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass ein GmbH-Geschäftsführer solange nicht als arbeitslos iSd § 12 AIVG gilt, als er noch im Firmenbuch eingetragen ist und somit für die komplette Dauer der Organstellung – mag auch ein Teil davon in die Zeit des Konkurses der Gesellschaft fallen – keinen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung hat (VwGH 11.2.1997, 96/08/0380).

²⁸⁷ OGH 1 Ob 567/94, SZ 67/168.

²⁸⁸ OGH 8 Ob 139/98v, RdW 1999, 75.

²⁸⁹ OGH 23.4.1996, 1 Ob 2085/96s.

²⁹⁰ Das folgt bereits aus dem das Recht der Kapitalgesellschaften bestimmenden Trennungsprinzip.

²⁹¹ Der Beschluss enthält ua folgende Informationen: Tag der Konkurseröffnung, Name des Masseverwalters, allfällige einstweilige Vorkehrungen nach § 73 KO.

²⁹² Eintragung der Auflösung, Firmenzusatz „in Liqu(idatio)“, Person des Masseverwalters samt dessen Stellvertreter etc.

²⁹³ OLG Wien 28 R 31/96a, NZ 1997, 228.

²⁹⁴ Darunter versteht man gemäß § 1 Abs 1 KO das gesamte dem Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehörende und der Exekution unterworfenen Vermögen sowie jene Vermögenswerte, die er während des Konkurses erwirbt.

Vermögen, welches nicht zur Masse gehört und weiterhin der alleinigen Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners unterliegt.

Unbestritten ist, dass eine natürliche Person konkursfreies Vermögen haben kann. Dazu zählen insb bestimmte unpfändbare Fahrnisse sowie der unpfändbare Teil des Einkommens des unselbständig erwerbstätigen Gemeinschuldners iSv §§ 290a ff EO sowie Gewerberechte²⁹⁵, da diese höchstpersönlicher Natur sind²⁹⁶. Kapitalgesellschaften sind differenzierter zu betrachten. Unternehmensträger ist die Gesellschaft selbst; sie verfällt in Konkurs und wird zur Gemeinschuldnerin. Dementsprechend zählt auch das gesamte Gesellschaftsvermögen zur Konkursmasse²⁹⁷. Höchstpersönliche Rechte, wie sie natürliche Personen haben, gibt es bei der GmbH nicht, weil diese „als Zweckgebilde keine ihr von Natur aus zugewiesene Existenz hat“. Stimmen in der Lehre und Jud verneinen deshalb das Vorhandensein von konkursfreiem Vermögen insolventer Gesellschaften überhaupt und zählen das GmbH-Vermögen in seiner Gesamtheit zur Konkursmasse, welches ausschließlich der Verfügungsberechtigung des Masseverwalters unterliegt²⁹⁸. Für den OGH ist das Vorhandensein von konkursfreiem Vermögen bei Kapitalgesellschaften „nicht denkbar“²⁹⁹. Dies wird im Schrifttum *mE* zu Recht kritisiert; und zwar mit dem Argument, dass es dem Masseverwalter dann auch nicht möglich ist, Vermögensbestandteile aus der Konkursmasse auszuscheiden, selbst wenn dies wirtschaftlich sinnvoll wäre³⁰⁰.

Die Geschäftsführung der GmbH verliert zwar im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Verfügungsfähigkeit über das gesamte in die Konkursmasse fallende Vermögen und wird insofern vom Masseverwalter „verdrängt“. Allerdings anerkannt auch der OGH,

²⁹⁵ Siehe dazu: VwGH 29.3.2006, 2006/08/0028.

²⁹⁶ *Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht 41.

²⁹⁷ OGH 19.5.1993, 8 Ob 17/92.

²⁹⁸ Vgl dazu *Schmidt/Schulz*, Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften? ZIP 1982, 1015 ff. IdZ gilt es zu bedenken, dass nach § 1 Abs 1 dKO im Gegensatz zum österr Konkursrecht (siehe *Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht 40) der sog Neuerwerb gar nicht in die Konkursmasse fällt.

²⁹⁹ OGH 19.5.1993, 8 Ob 17/92.

³⁰⁰ *S. Riel*, Kein konkursfreies Vermögen im GmbH-Konkurs? RdW 1993, 356.

dass es scheinbar doch konkursfreies Vermögen geben muss, welches zB in Nachschüssen, die nach Konkurseröffnung beschlossen wurden, bestehen kann³⁰¹; weiters können Vermögensteile aus der Konkursmasse ausgeschieden und in die Verfügungsgewalt der Gesellschaftsorgane zurück übertragen werden. Denkbar ist auch, den Geschäftsführern die Geltendmachung von Forderungen zu überlassen, deren Einbringlichmachung mit einem hohen Kostenrisiko verbunden ist sowie jene Vermögenswerte aus der Konkursmasse auszuscheiden, bei denen die Kosten der Verwaltung den Nutzen übersteigen bzw aus deren Veräußerung kein Gewinn erzielbar ist oder deren Verwertung mehr kosten würde, als dadurch einbringlich gemacht werden könnte³⁰². Es handelt sich dann um Vermögen, welches nach gesellschaftsrechtlichen Grundätzen zu liquidieren ist, weil die GmbH ja aufgelöst ist. Sofern also nicht zur Konkursmasse gehörendes Vermögen vorhanden sein sollte, müsste dieses nach den allgemeinen Grundsätzen des GmbHG von den Geschäftsführern als Liquidatoren „versilbert“ werden. Praxisbedarf ist jedenfalls gegeben³⁰³.

5. Z 5 Verfügung der Verwaltungsbehörde

Dieser Auflösungsstatbestand wird inhaltlich in § 86 näher ausgeführt³⁰⁴. Der Gesetzgeber verfolgt mit dieser Bestimmung offenbar den Zweck, überdurchschnittlich gravierende Verstöße gegen den gesetzlich zulässigen Wirkungskreis der Gesellschaft bzw strafrechtlich relevantes Verhalten der Organe

³⁰¹ OGH 23.2.1995, 8 Ob 13/93.

³⁰² Nach § 119 Abs 5 KO können Sachen unbedeutenden Wertes sowie Forderungen, deren Eintreibung aussichtslos erscheint, dem Gemeinschuldner per Beschluss des Gläubigerausschusses und nach Zustimmung durch das Konkursgericht zur freien Verfügung überlassen werden. Man halte sich hier zB jenen Fall vor Augen, dass die GmbH als Mieterin in Konkurs verfällt und das Bestandsobjekt gänzlich voll geräumt ist mit wertlosen Fahrnissen. Wenn der Masseverwalter nicht über die finanziellen Mittel zur Räumung verfügt, wird ihm – und somit letztlich auch dem Vermieter als Konkursgläubiger - damit gedient sein, dass die Fahrnisse „freigegeben werden“, damit der Vermieter allenfalls selbst räumen und dann zumindest wieder über das Objekt verfügen kann.

³⁰³ S. Riel, Kein konkursfreies Vermögen im GmbH-Konkurs? RdW 1993, 356.

³⁰⁴ Mit der GmbH-Novelle 1980 wurde die Bestimmung geändert. Gegenüber der Stammfassung entfielen im Abs 1 die Tatbestände nach Z 3 und Z 4, was mit dem Wegfall des Konzessionssystems zusammenhing; angefügt wurde Abs 4, der auf § 6 Abs 4 BWG Bezug nimmt (vgl dazu Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 644).

entsprechend zu ahnden, indem er die Verwaltungsbehörde ermächtigt, eine GmbH per Bescheid aufzulösen³⁰⁵.

a. Grundregel

§ 84 Abs 1 Z 5 iVm § 86 ermächtigt die zuständige Verwaltungsbehörde, die Auflösung einer GmbH per Bescheid³⁰⁶ auszusprechen, wenn einer der Gründe nach § 86 Abs 1 Z 1 oder Z 2 vorliegt oder wenn gemäß § 86 Abs 4 der Fall des § 6 Abs 4 BWG eintritt.

b. Voraussetzungen

- Überschreitung der gesetzlichen Grenzen des Wirkungskreises (§ 86 Abs 1 Z 1)

§ 1 Abs 2 normiert ausdrücklich, dass eine GmbH nicht zum Betrieb von Versicherungsgeschäften gegründet und nicht als politischer Verein tätig werden darf. § 86 Abs 1 Z 1 greift ausschließlich dann ein, wenn die GmbH gegen diese Vorgaben verstößt, ohne gleichzeitig auch andere (gesetzliche) Verstöße miteinzuschließen³⁰⁷. Ein Überschreiten des gesellschaftsvertraglich festgelegten Zwecks berechtigt somit nicht zur verwaltungsbehördlichen Auflösungsverfügung; auch nicht die nichtbewilligte Aufnahme bzw Fortsetzung einer konzessionspflichtigen Tätigkeit durch die GmbH³⁰⁸ oder solcher Tätigkeiten, die gar nicht in der Rechtsform der GmbH ausgeübt werden dürfen³⁰⁹. Auch der Verlust der Gewerbeberechtigung ist vom Tatbestand nicht erfasst. Eine GmbH, die trotz Fehlens einer Berechtigung ein Gewerbe ausübt, begeht eine Verwaltungsübertretung gemäß §§ 366 ff GewO. Dies zieht eine Geldstrafe, die gegen den

³⁰⁵ Laut EB betrifft dies Fälle, in denen die Auflösung aus öffentlichen Rücksichten erfolgte (EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 93, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 94 Rz 1).

³⁰⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 667.

³⁰⁷ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 86 Rz 1.

³⁰⁸ ZB nach BWG oder EisbG 1957; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 666 ff.

³⁰⁹ So sind Ärzte nach dem ÄrzteG nach wie vor nicht berechtigt, ihren Beruf in der Rechtsform einer GmbH auszuüben; § 3 Abs 1 ÄrzteG erlaubt lediglich die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes als Gruppenpraxis in der Rechtsform einer offenen Gesellschaft (OG).

gewerberechtlichen Geschäftsführer zu verhängen ist³¹⁰, nach sich, ermöglicht es jedoch nicht, die Auflösung zu verfügen³¹¹.

- Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung durch einen Geschäftsführer (§ 86 Abs 1 Z 2)
Dieser Auflösungsgrund erfordert, dass ein Geschäftsführer in dieser Funktion im Betrieb des Gesellschaftsunternehmens einen gerichtlich strafbaren Tatbestand³¹² erfüllt und - kumulativ³¹³ – muss in Ansehung der Art der Tat sowie nach Charakter des Unternehmens die Gefahr bestehen, dass durch den Fortbestand der Gesellschaft das Gemeinwohl gefährdet werden könnte³¹⁴.
- Konzessionsentzug eines Kreditunternehmens (§ 6 Abs 4 BWG)
Gemäß § 6 BWG kann bzw hat die Finanzmarktaufsicht (FMA) als zuständige Behörde die dem in der Rechtsform der GmbH betriebenen Kreditinstitut erteilte Konzession nach § 4 Abs 1 BWG unter bestimmten Voraussetzungen zu entziehen³¹⁵. Ein derartiger Bescheid wirkt gemäß § 6 Abs 4 BWG wie ein Auflösungsbeschluss iSv § 84 Abs 1 Z 2, sofern die Gesellschaft nicht binnen einer Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des Bescheides die von ihr betriebenen Bankgeschäfte³¹⁶ einstellt und ihre Firma entsprechend § 94 BWG ändert.

³¹⁰ Siehe § 370 Abs 1 GewO.

³¹¹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 667.

³¹² Zu denken ist insb an das in § 38 BWG festgeschriebene Bankgeheimnis, dessen Verletzung gemäß § 101 BWG gerichtlich strafbar macht. § 51 DSGVO pönalisiert die Verwendung fremder Daten in Gewinn- bzw Schädigungsabsicht mit gerichtlicher Strafe.

³¹³ Vgl EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 91, abgedruckt bei *Kalls/Eckert*, Zentrale Fragen § 86 Rz 1.

³¹⁴ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 86 Rz 1. Schon die Formulierung des Tatbestandes legt *mE* nahe, dass der Anwendungsbereich gering ist.

³¹⁵ Konzessionsrücknahme nach § 6 BWG.

³¹⁶ ISv § 1 Abs 1 BWG.

c. Zuständigkeit und Verfahren

§ 86 Abs 2 legt fest, welche Behörde zuständig ist, über die Auflösung einer GmbH, die gegen § 86 Abs 1 verstößt, zu entscheiden:

- Bundesminister für Finanzen (§ 86 Abs 2 Z 1)
Eine GmbH, die entgegen § 1 Abs 2 Versicherungsgeschäfte betreibt, kann mittels Bescheid des Finanzministers aufgelöst werden. Dagegen ist kein ordentliches Rechtsmittel vorgesehen; der Bescheid wird daher mit seiner Erlassung rechtskräftig³¹⁷. Die Möglichkeit zur Erhebung einer VfGH- und/oder VwGH-Beschwerde steht der betroffenen Partei aber offen³¹⁸.
- Landeshauptmann (§ 86 Abs 2 Z 2)
Dieser ist zuständig, wenn sich eine GmbH als politischer Verein betätigt oder der Geschäftsführer eine Verstoß gegen § 86 Abs 1 Z 2 begeht. Gegen den Bescheid eines Landeshauptmann kann gemäß § 86 Abs 3 binnen zwei Wochen Berufung an den Bundesminister für Inneres erhoben werden³¹⁹.
- FMA (§ 86 Abs 4)
Über den Entzug der Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften entscheidet die FMA. Als Rechtsmittelinstanz entscheidet der Finanzminister. Eine Nachprüfung des die Auflösung verfügenden Bescheides bzw eine Neuentscheidung durch das Firmenbuchgericht scheidet jedenfalls aus³²⁰, weil kein Fall der sog sukzessiven Kompetenz vorliegt. Dies kommt nur dann in Frage, wenn gesetzlich vorgesehen ist, dass die „Entscheidung einer Verwaltungsbehörde durch Anrufung eines Gerichtes ex lege außer Kraft

³¹⁷ Fasching/Schwarz, *Verwaltungsverfahrenrecht im Überblick*² (2005) 61.

³¹⁸ VfGH- bzw VwGH-Beschwerden haben grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Suspensivwirkung muss in der jeweiligen Beschwerde gemäß § 85 VfGG bzw § 30 VwGG beantragt werden.

³¹⁹ Nach § 64 Abs 1 AVG kommt der rechtzeitig eingebrachten und zulässigerweise erhobenen Berufungen idR ex lege aufschiebende Wirkung zu, dh, die Vollstreckbarkeit wird aufgeschoben.

³²⁰ Gellis/Feil, *GmbHG*⁶ § 86 Rz 2.

gesetzt werden kann und das Gericht anschließend in der Sache selbst neu entscheidet“³²¹.

Gemäß § 88 Abs 1 Satz 2 hat die den Auflösungsbescheid erlassende Verwaltungsbehörde das zuständige Firmenbuchgericht zu verständigen, welches dann die entsprechende Eintragung im Register vornimmt.

d. Inhalt der Auflösungsverfügung

Im Spruch des jeweiligen Bescheides hat die Behörde auszuführen, dass die Gesellschaft infolge Verwirklichung eines Auflösungsstatbestandes mit Rechtskraft der Entscheidung als aufgelöst gilt und abzuwickeln ist³²². Gleichzeitig besteht laut § 94 Abs 2 für die den Bescheid erlassende Behörde die Möglichkeit, zusätzlich anzuordnen, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit sofort einzustellen hat.

6. Z 6 Beschluss des Handelsgerichts

Der die Auflösung aussprechende Beschluss wird vom Handelsgericht in Firmenbuchsachen erlassen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, welche in anderen Gesetzesstellen festgeschrieben sind, vorliegen, dh wenn die entsprechenden Auflösungsgründe verwirklicht sind. *ME* handelt sich dabei um § 40 FBG sowie um § 10 Abs 2 und Abs 3 FBG.

a. Grundregel

Die Auflösung der GmbH erfolgt durch Beschluss des Firmenbuchgerichts iSv § 84 Abs 1 Z 6, wenn die Gesellschaft vermögenslos ist bzw kann eine GmbH aus dem Firmenbuch gelöscht werden, wenn die Eintragung aufgrund Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig (geworden) ist; außerdem ist die GmbH unter bestimmten Voraussetzung für nichtig zu erklären.

³²¹ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 558.

³²² Siehe § 94 Abs 1.

b. Voraussetzungen

• Vermögenslosigkeit der Gesellschaft (§ 40 FBG)

Verfügt eine GmbH über keinerlei Vermögenswerte (mehr), kann sie auf Antrag der Wirtschaftskammer als gesetzlicher Interessensvertretung, auf Antrag der Steuerbehörde³²³ oder von Amts wegen per Beschluss des Firmenbuchgerichts gelöscht werden. Hintergrund der Regelung ist der Umstand, dass bei Firmenbuchgerichten und Steuerbehörden oft eine Vielzahl an Gesellschaften registriert ist, obwohl diese ihren Geschäftsbetrieb bereits eingestellt haben und vermögenslos sind. Schon nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich um eine Ermessenbestimmung („kann“)³²⁴. Der Lösungsbeschluss wirkt deklarativ; damit wird nach außen kundgetan, dass die GmbH vermögenslos ist³²⁵. Mit der Löschung gilt die GmbH als aufgelöst und idR auch gleich als vollbeendet und eine Liquidation findet nicht statt³²⁶. Lösungsgrund ist somit die Vermögenslosigkeit als solche³²⁷.

In der Praxis kann es vorkommen, dass eine Gesellschaft, die ihre Tätigkeit bereits eingestellt hat, selbst ein wirtschaftliches Interesse an deren Löschung aus dem Firmenbuch hat. Schließlich könnte sie sich als Schuldnerin durch ihren Untergang als Rechtsperson ihrer Schulden entledigen. Laut OGH dient das Amtslösungsverfahren aber öffentlichen und nicht privaten Interessen der Gesellschaft. Diese kann daher die Einleitung eines amtswegigen Verfahrens auf Löschung zwar anregen, hat aber selbst kein diesbezügliches Antragsrecht³²⁸. Generell besteht weder ein Anspruch auf Einleitung noch auf Fortsetzung eines Verfahrens nach § 40 FBG³²⁹. Die Löschung aus dem Firmenbuch kann unabhängig davon

³²³ Di das zuständige Finanzamt.

³²⁴ Es geht dabei um eine Interessensabwägung: Schutz des Rechtsverkehrs gegen Fortbestandsinteresses der Gesellschaft (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 13).

³²⁵ OGH 20.5.1999, 6 Ob 330/98t.

³²⁶ Dies wäre laut OGH „eine überflüssige Formalität“ (OGH 22.10.1998, 8 ObA 2344/96f).

³²⁷ OLG Wien, 6 R 30/88, NZ 1989, 252.

³²⁸ OGH 14.12.2004, 6 Ob 297/00w.

³²⁹ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 771.

erfolgen, ob die GmbH bereits aus anderen Gründen aufgelöst ist oder sich in Liquidation befindet, sie darf bloß keinerlei Aktivvermögen³³⁰ mehr haben.

Seit der Novelle des FBG durch BGBl I 1999/74 ist zudem die Vermutung gemäß § 40 Abs 1 letzter Satz FBG zu beachten. Wenn das Firmenbuchgericht im Rahmen des Lösungsverfahrens feststellt, dass kein offenkundiges Vermögen vorhanden ist³³¹, gilt bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung der Vermögenslosigkeit, sofern außerdem die Jahresabschlüsse von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren trotz Aufforderung³³² nicht eingereicht wurden³³³. Das Gericht hat die zu löschende Gesellschaft dabei gemäß § 18 FBG von der drohenden Rechtsfolge zu verständigen und sie unter Setzung einer angemessenen, mindestens 14-tägigen Nachfrist zur Äußerung aufzufordern³³⁴. Üblicherweise wird eine vermögenslose GmbH zudem jegliche Tätigkeit operativer wie administrativer Natur eingestellt haben und sind vertretungsbefugte Organe häufig nicht auffindbar. Daher bestimmt § 41 FBG, dass die Aufforderung nach § 40 Abs 1 FBG³³⁵ auch direkt an die

³³⁰ Darunter versteht man Vermögenswerte, die ein sorgfältiger Unternehmer (noch) in seine Bilanz aufnehmen würde (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 724). Dazu gehören zB auch Gewährleistungsansprüche der GmbH als Bestellerin oder Geldansprüche auf Schadenersatz (OGH 26.9.1991, 6 Ob 12/91).

³³¹ Das Gericht hat dabei in alle Richtungen zu prüfen, ob Vermögen vorhanden ist. Das bloße Bestehen von Forderungen allein – mögen diese auch auf Volleinzahlung ausständiger Beträge auf die Stammeinlagen gerichtet sein oder gegenüber Dritten bestehen - kann die Vermutung nicht widerlegen. Selbst der Umstand, dass die GmbH gegenüber dem Alleingesellschafter laut Firmenbuchstand einen Anspruch auf Volleinzahlung der Stammeinlage hat, gilt laut OGH nicht als offenkundiges Vermögen (OGH 7.7.2008, 6 Ob 4/08v). Entscheidend dafür, ob allfällige Forderungen einen Vermögenswert darstellen, soll deren Einbringlichkeit sein (EBRV 1588 BlgNR XX. GP, 6).

³³² Unter dieser Aufforderung nach § 40 Abs 1 S 3 FBG ist laut OGH weder die Androhung noch die Verhängung von Zwangsstrafen gemäß § 283 UGB zu verstehen (OGH 7.7.2008, 6 Ob 4/08v).

³³³ Laut EBRV (1588 BlgNR XX. GP, 6) stellt die wiederholte Nichtvorlage der Jahresabschlüsse trotz gerichtlicher Aufforderung ein bedeutendes Indiz dafür dar, dass die Gesellschaft ihre operative Tätigkeit eingestellt und kein Vermögen mehr hat. Außerdem kann die Einleitung des Lösungsverfahrens auch als Sanktion für die Nichteinhaltung der Offenlegungsbestimmungen angesehen werden, weil dadurch natürlich Druck auf die Gesellschaften ausgeübt werden kann.

³³⁴ Beachte: Gemäß § 18 FBG ist die Gesellschaft – vertreten durch die Geschäftsführung - zu verständigen, weil mit der beabsichtigten Löschung in die Rechte der Gesellschaft als Rechtsperson eingegriffen wird. Die Gesellschafter hingegen haben im Verfahren nach § 40 FBG kein Recht auf Verständigung nach § 18 FBG (OGH 13.9.2001, 6 Ob 183/01g).

³³⁵ Samt Hinweisen nach § 40 S 2 FBG.

Gesellschafter durch einmonatige Aufnahme in die Ediktsdatei zugestellt werden kann³³⁶. Die Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 160 Abs 3 BAO seitens des Finanzamtes ist keine Voraussetzung für die Löschung (mehr)³³⁷. Es besteht also seit der Novelle 1999 eine neue Möglichkeit für die Firmenbuchgerichte, die Vermögenslosigkeit von Gesellschaften festzustellen.

- Unzulässige Firmenbucheintragung (§ 10 Abs 2 FBG)

Das Firmenbuchgericht kann von Amts wegen einen Beschluss fassen, wonach eine Gesellschaft zu löschen ist, wenn deren Eintragung in das Firmenbuch unzulässig (geworden) ist, weil es an einer wesentlichen Voraussetzung mangelt³³⁸.

Unzulässig ist eine Eintragung insbesondere dann, wenn sie sachlich unrichtig ist oder wenn die gesetzlichen Erfordernisse für die Eintragung fehlen. Es handelt sich hierbei um solche, die den Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages nach § 4 betreffen³³⁹. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut können auch von Anfang an unzulässige bzw unrichtige Eintragungen gelöscht werden. Selbst das Rechtssubjekt GmbH als solches kann gelöscht werden. § 10 Abs 2 FBG ermöglicht im Interesse der Richtigkeit des Firmenbuchs eine Durchbrechung der Rechtskraft unrichtiger Eintragungsbeschlüsse³⁴⁰.

³³⁶ Diese Zustellerleichterung soll sicherstellen, dass der Vorgabe nach § 40 Abs 1 FBG entsprochen wird und vermeiden, dass ein Zustellkurator nach § 116 ZPO erforderlich ist, der – um einer potentiellen Haftung zu entgehen – der beabsichtigten Löschung in aller Regel widersprochen hat, zumal er meist keine Möglichkeit hatte, in die Geschäftsbücher Einsicht zu nehmen (*Retschitzegger*, Das neue Amtslöschungsrecht, GesRZ 2000, 155); vgl auch § 25 ZustellG.

³³⁷ Nach § 40 Abs 2 FBG sind Wirtschaftskammer und Steuerbehörde vor der Löschung zu hören, sofern sie den Löschantrag nicht selbst eingebracht haben. Äußern sich diese Stellen binnen einer Frist von 4 Wochen nicht, gilt deren Zustimmung als erteilt.

³³⁸ Siehe auch *Zib*, Das Firmenbuchgesetz, wbl 1991, 44.

³³⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/704 FN 35.

³⁴⁰ OGH 31.8.2006, 6 Ob 156/06v.

Die Norm ist eine Ermessensbestimmung, weil sich das Firmenbuchgericht bei seiner Entscheidung, ob gelöscht wird oder nicht, daran zu orientieren hat, inwieweit die rechtswidrige Eintragung im „Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Interesse an der Richtigkeit des Firmenbuches und den Interessen der Beteiligten liegt“³⁴¹. Eine eigene Antragsbefugnis der Gesellschaft, eines Gesellschafters oder sonstiger Parteien besteht auch hier nicht³⁴².

- Nichtigkeit der Gesellschaft (§ 10 Abs 3 FBG)

Mit Art V Z 3 EU-GesRÄG 1996 wurde § 10 FBG ein dritter Absatz angefügt und § 144 FGG aufgehoben³⁴³. Bis zum Inkrafttreten dieser Bestimmung gab es nur die Möglichkeit der amtswegigen Löschung gemäß § 10 Abs 2 FBG, weil das GmbHG selbst keinerlei Bestimmungen über die Nichtigkeitsklärung einer GmbH enthält; infolgedessen gibt es auch keinen Katalog von Nichtigkeitsgründen³⁴⁴.

Laut EB ist nun § 10 Abs 2 FBG „im Hinblick auf den in Art 11 Z 2 der Zweigniederlassungsrichtlinie³⁴⁵ enthaltenen Maximalkatalog der Nichtigkeitsgründe einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Nichtigkeitsklärung von Gesellschaften nur bei Vorliegen der von der Richtlinie vorgesehenen Gründe erfolgen kann. Im Interesse von Rechtssicherheit und des von der Publizitätsrichtlinie³⁴⁶ besonders hervorgehobenen Drittschutzes, werden die Nichtigkeitsgründe nun ausdrücklich in § 10 Abs 3 FBG geregelt“³⁴⁷. Das Firmenbuchgericht hat somit bei analoger Anwendung von

³⁴¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 15a.

³⁴² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 15b.

³⁴³ Vgl auch: Art 11 Publizitätsrichtlinie vom 9.3.1968 (Celex Nr. 31968L0151); § 75 dGmbHG.

³⁴⁴ EBRV 32 BlgNR XX. GP, 117.

³⁴⁵ RL vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften mit bestimmter Rechtsform errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (Celex Nr. 31989L0666).

³⁴⁶ RL vom 9.3.1968 (Celex Nr. 31968L0151).

³⁴⁷ EBRV 32 BlgNR XX. GP, 118.

§ 216 Abs 1 AktG³⁴⁸ die Nichtigkeit der GmbH einzutragen und gelten für AG und GmbH dieselben Nichtigkeitsgründe³⁴⁹. Laut *Geist* handelt es sich um einen Beschluss des Firmenbuchgerichts, womit die Gesellschaft als „*nichtig gelöscht*“ wird³⁵⁰. Eine Nichtigkeit der eingetragenen Gesellschaft als solcher, die ex tunc wirkt, gibt es nach hA nicht³⁵¹. Vor Eintragung der Nichtigkeit hat das Gericht gemäß § 18 FBG der Gesellschaft die Möglichkeit zur Mängelbehebung nach § 217 AktG einzuräumen.

c. Wirkung des Beschlusses

Mit Eintragung des Beschlusses nach § 40 FBG gilt die GmbH als aufgelöst und, zumal (vermutete) Vermögenslosigkeit die Voraussetzung für die Anwendung dieser Gesetzesstelle ist, wird sie regelmäßig auch als vollbeendet zu betrachten sein. Die Auflösung kann hier also als zeitlich nachgelagerte gesetzliche Folge des Lösungsbeschlusses angesehen werden. Stellt sich nach erfolgter Löschung heraus, dass der Aufteilung unterliegendes Vermögen vorhanden ist, ist gemäß § 40 Abs 4 FBG eine Nachtragsliquidation durchzuführen.

Im Fall des § 10 Abs 2 FBG wird die GmbH ebenfalls durch den die Löschung verfügenden Beschluss aufgelöst. Der Beschluss hat „*auflösungsähnliche Rechtsfolgen*“ und wirkt ex nunc³⁵². Laut OGH³⁵³ erschöpft sich die materiell-rechtliche Gestaltungswirkung dieser Eintragung in der Auflösung der GmbH, ohne deren Bestand als Rechtsperson zu beeinträchtigen. Dies gilt auch im Fall von § 10 Abs 3. Einen Anhaltspunkt hierfür findet man in § 218 AktG, der die Abwicklung nach Eintragung der Nichtigkeit anordnet. Nicht zu Unrecht wird daher im Schrifttum

³⁴⁸ Danach besteht die Möglichkeit, eine AG mittels Klage für nichtig erklären zu lassen, wenn in der Satzung Regeln über die Firma, Höhe des Grundkapitals oder den Unternehmensgegenstand fehlen bzw der Unternehmensgegenstand als solcher rechts- oder sittenwidrig ist.

³⁴⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/712 („Inhaltsmängel“).

³⁵⁰ *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 216 Rz 11.

³⁵¹ *Auer*, Wbl 2001, 248.

³⁵² *Koppensteiner/Rüffler* GmbHG³ § 84 Rz 15.

³⁵³ OGH 20.1.1994, 6 Ob 1020/93.

die Meinung vertreten, dass der Begriff „Nichtigkeit“ iZm § 10 Abs 3 FBG verwirrend ist³⁵⁴. § 10 Abs 3 FBG „stellt eine Einschränkung zu § 10 Abs 2 FBG dar“³⁵⁵.

Koppensteiner vertrat übrigens bis zur zweiten Auflage des GmbH-Kommentars³⁵⁶ noch die Meinung, dass insofern ein Unterschied zwischen einer Löschung nach § 40 FBG (bzw davor: § 2 ALöschG) und jener im Fall des § 10 Abs 2 FBG bestünde, als im Fall von § 40 FBG die Auflösung erst durch die Löschung aus dem Firmenbuch eintreten solle, während die Gesellschaft nach § 10 FBG („*anders als bei § 40 FBG*“) schon durch den Beschluss des Firmenbuchgerichts aufgelöst sein soll. In der Folgeauflage³⁵⁷ ist man von dieser Meinung offensichtlich wieder abgegangen. Tatsächlich bestehen *mE* keinerlei Anhaltspunkte dafür, die Rechtsfolge in den genannten Fällen zu unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten zu lassen.

B. Verstaatlichung § 95 GmbHG

Historisch gesehen gilt § 95 GmbHG seit der Einführung des GmbHG nahezu unverändert³⁵⁸. Laut den Materialien ging der GmbH-Gesetzgeber davon aus, dass ein Abwicklungsverfahren immer dann unterbleiben kann, wenn gewisse öffentliche Körperschaften als Rechtsnachfolger der GmbH eintreten, weil dann angenommen werden kann, dass „eine Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger jedenfalls nicht zu befürchten sei“, weil an die Stelle der GmbH ein mit hinreichender Bonität ausgestatteter Übernehmer tritt³⁵⁹.

1. Grundregel

Die Bestimmung ermöglicht die sog freiwillige³⁶⁰ „Verstaatlichung, Verländerung oder Kommunalisierung“ zur liquidationslosen Vermögensübertragung im Weg der

³⁵⁴ *Auer*, wbl 2001, 248.

³⁵⁵ EBRV 32 BlgNR XX. GP, 118.

³⁵⁶ *Koppensteiner*, GmbHG² (1999) § 84 Rz 15b.

³⁵⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 84 Rz 15b.

³⁵⁸ Mit der GmbHG-Novelle 1980 wurde das Wort „Staat“ durch „Bund“ ersetzt.

³⁵⁹ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 93 (abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 95 Rz 1).

³⁶⁰ Unterscheide davon die zwangsweise oder enteignende Verstaatlichung auf Basis von Sondergesetzen (*Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 235 Rz 1), zB 1. und 2. Verstaatlichungsgesetz (BGBl 1946/168 und BGBl 1947/81).

Universalsukzession³⁶¹, wenn eine österreichische Gebietskörperschaft sämtliche GmbH-Geschäftsanteile oder das Vermögen einer bereits aufgelösten GmbH als Ganzes erwirbt. Diese Form der Vermögensübertragung ist ebenso wie jene nach § 235 AktG auf die unmittelbare Übertragung des Unternehmens einer Kapitalgesellschaft in das Eigentum der öffentlichen Hand als Einzelunternehmer gerichtet³⁶².

2. Voraussetzungen

a. Österr Gebietskörperschaft

Allgemeine Voraussetzung für beide Varianten ist, dass es sich bei der erwerbenden Gebietskörperschaft um eine inländische handelt; also die Republik Österreich, ein österr Bundesland oder eine Gemeinde³⁶³; andere öffentlich-rechtliche Körperschaften oder ausländische Gebietskörperschaften scheiden als Übernehmer ebenso aus, wie ein von diesen bloß kontrollierter Rechtsträger³⁶⁴.

- Gebietskörperschaft als Alleingesellschafterin (Fall 1)

Die Gebietskörperschaft erwirbt alle Geschäftsanteile der werbenden GmbH; entweder unter einem oder nach und nach und wird so zur einzige Gesellschafterin der GmbH³⁶⁵. Das Gesetz spricht idZ davon, dass die Anteile „zwecks Auflösung“ erworben werden, dh also, dass der Kaufentschluss daraus motiviert sein muss, die GmbH liquidieren zu wollen. Dies kann *mE* nur dahingehend verstanden werden, dass sich die Körperschaft nicht bloß auf ihre Rolle als Alleingesellschafterin zurückziehen darf, sondern letztlich eben selbst als eigene Rechtsperson an die Stelle der voll zu beendenden GmbH zu treten hat; nur dann kann auf die Liquidation verzichtet werden.

³⁶¹ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 728.

³⁶² Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist im Grund nicht vorhanden (Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 448).

³⁶³ Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 95 Rz 1; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 728; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 95 Rz 2.

³⁶⁴ Szep in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 235 Rz 7.

³⁶⁵ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 729.

- Erwerb des gesamten Vermögens durch Vertrag (Fall 2)
 Alternativ zu Fall 1 sieht § 95 Abs 1 vor, dass eine Gebietskörperschaft das gesamte Vermögen einschließlich Passiva einer bereits aufgelösten GmbH unter Ausschluss der Abwicklung durch Vertrag erwerben kann³⁶⁶. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut muss es sich um das Vermögen einer bereits aufgelösten Gesellschaft handeln³⁶⁷. Es bedarf eines Vermögensveräußerungs-/übernahmevertrages zwischen der Gebietskörperschaft und der übertragenden Gesellschaft. Aufgrund der gesetzlichen Vorgabe, wonach es sich in diesem Fall um eine aufgelöste GmbH handeln muss, wird diese von den Liquidatoren vertreten. Der Vertrag ist an die Genehmigung der Gesellschafter gebunden. Da es sich inhaltlich betrachtet um ein Totalveräußerung des Unternehmens handelt, bedarf es hierfür gemäß § 90 Abs 4 eines mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefassten Gesellschafterbeschlusses³⁶⁸.

b. Abgabe einer umfassenden „Nachfolge-Erklärung“

Damit die Abwicklung unterbleiben kann, sind in beiden Fällen seitens der übernehmenden Gebietskörperschaft gegenüber der GmbH³⁶⁹ noch die Erklärungen abzugeben, „in sämtliche Verpflichtungen der übertragenden GmbH einzutreten“ und „auf die Durchführung der Liquidation zu verzichten“; sowie zusätzlich bei der vertraglichen Vermögensübernahme „die Befriedigung der Gesellschafter zu bewirken“³⁷⁰.

³⁶⁶ Die Parallelbestimmung im Aktienrecht ist § 235 AktG.

³⁶⁷ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 729; Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 95 Rz 4; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 95 Rz 4.

³⁶⁸ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 729; aA Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 95 Rz 3 – mE deshalb verfehlt, weil nach dieser zweiten Variante ja nicht die Anteile an der Gesellschaft, sondern das Vermögen als Ganzes veräußert wird.

³⁶⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 95 Rz 3.

³⁷⁰ Vgl § 95 Abs 1.

3. **Verfahrensablauf**

Die Verstaatlichung ist von den Liquidatoren³⁷¹ zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden. Nach dem Gesetz ist im Fall 1 die Auflösung ohne Liquidation und im Fall 2 die vertragmäßige Vermögensübernahme anzumelden; in beiden Fällen verbunden mit dem Antrag auf Löschung der Gesellschaft³⁷². Der Firmenbucheingabe sind die geforderten Erklärungen bzw der Vertrag samt Genehmigungsbeschluss beizulegen. Eingebracht wird schließlich die Löschung der Gesellschaft. Im Zeitpunkt der Eintragung der Löschung ist die GmbH als vollbeendet anzusehen und das Vermögen sowie die Passiva gehen im zweiten Fall gemäß § 95 Abs 3 auf die übernehmende Gebietskörperschaft durch Universalsukzession über. Insoweit wirkt die Eintragung konstitutiv³⁷³.

C. Nichteröffnung des Konkurses § 39 FBG

Die Bestimmung regelt die kapitalgesellschaftsrechtlichen Folgen der Abweisung eines Konkursantrages mangels Masse³⁷⁴. § 39 FBG trat gemäß Artikel II Abs 2 BGBl I 1999/74 mit 1.7.1999 in Kraft. Ziel war es laut Materialien³⁷⁵, „die amtswegige Löschung insolventer Gesellschaften effizienter zu gestalten und zugleich eine rechtssystematisch sinnvolle Rechtsbereinigung zu schaffen“. Gegenüber der Vorgängerbestimmung § 1 AmtsLG³⁷⁶ sind vom Anwendungsbereich der Folgenorm nicht mehr ausschließlich Kapitalgesellschaften erfasst, sondern richtet sich § 39 FBG auch an insolvente Personengesellschaften und EWIV³⁷⁷.

³⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 95 Rz 6.

³⁷² *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 95 Rz 5; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 730.

³⁷³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 95 Rz 7; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 730; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 95 Rz 5.

³⁷⁴ Laut Insolvenzstatistik des KSV (einsehbar unter www.ksv.at) für das erste Halbjahr 2006 übertraf die Anzahl jener Konkurse, die mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wurde, jene, die zu einer Verfahrenseröffnung geführt haben, um ca 20 Prozent.

³⁷⁵ EBRV (1588 BlgNR XX. GP, 3).

³⁷⁶ Das AmtsLG wurde in Österreich durch die 4. EVHGB, dRGBI I 1938 = GBl Ö 86/1939, eingeführt.

³⁷⁷ Vgl den Wortlaut der Bestimmung: „Jede in das Firmenbuch einzutragende Gesellschaft...“.

1. Grundregel

Wird nach § 71b KO per Beschluss des Konkursgerichtes rechtskräftig ausgesprochen, dass das vorhandene Vermögen des Schuldners nicht einmal ausreicht, um die voraussichtlichen Anlaufkosten eines Insolvenzverfahrens zu decken, besteht die Rechtsfolge in der Auflösung jeder im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaft, welche nach § 39 Abs 2 FBG von Amts wegen einzutragen ist³⁷⁸.

2. Voraussetzungen

a. Gerichtsbeschluss

Liegt ein Konkursantrag über das Vermögen der GmbH vor, fehlt es jedoch an kostendeckendem Vermögen, hat das Konkursgericht darüber einen Beschluss zu fassen, dessen Spruch einen Hinweis auf diesen Umstand zu enthalten hat³⁷⁹, welcher gemäß § 71c KO von allen Personen, die dadurch in ihren Rechten beeinträchtigt werden könnten, angefochten werden kann und der nach Eintritt der Rechtskraft in der Ediktsdatei öffentlich bekannt gemacht wird.

Bei der Erlassung des § 39 FBG hat der Gesetzgeber auch auf § 70 Abs 4 KO, wonach ein zwischenzeitlich wieder zurückgezogener Eröffnungsantrag für das Gericht bei seiner Entscheidung über die Konkurseröffnung unbeachtlich ist, Rücksicht genommen, indem er das in § 1 Abs 1 AmtsLG enthaltene Tatbestandmerkmal der „*Abweisung eines Antrages auf Konkurseröffnung*“ nicht in die Neuregelung überführt hat³⁸⁰. Formalistisch betrachtet hätte so nämlich ein Eröffnungsantrag, der wieder zurückgezogen wird, gar nicht mehr abgewiesen werden und die intendierte Folge – Auflösung der Gesellschaft – nicht mehr eintreten können; schließlich besteht der Zweck der Bestimmung darin, praktisch vermögenslose Gesellschaften im allgemeinen Interesse von der weiteren Teilnahme

³⁷⁸ Diese Eintragung der Auflösung ist sohin nicht von einer Antragstellung abhängig. Zur Erhaltung des inhaltlichen Zusammenhangs zwischen Auflösungsgrund und der entsprechenden Firmenbucheintragung wurde die Klarstellung nach § 39 Abs 2 FBG aus § 1 Abs 2 letzter Satz AmtsLG übernommen (EBRV 1588 BlgNR XX. GP, 5).

³⁷⁹ Siehe § 71b KO.

³⁸⁰ Vgl EBRV 1588 BlgNR XX. GP, 5

am Geschäftsverkehr auszuschließen³⁸¹. Nach geltender Rechtslage hat das Konkursgericht die Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung in jedem Fall zu prüfen und auch dann darüber zu entscheiden, wenn der Antrag wieder zurückgezogen wird. Die Textierung von § 39 FBG trägt dem Rechnung³⁸².

b. Information des Firmenbuchgerichts

Die für Firmenbuchangelegenheiten zuständige Geschäftsabteilung wird vielleicht keine Kenntnis davon haben, dass die Gesellschaft infolge Rechtskraft eines Beschlusses nach § 71b KO aufgelöst ist. Die Pflicht zur Verständigung des Firmenbuchs ergibt sich aus § 77a Abs 1 Z 6 KO³⁸³. Dieses verfügt daraufhin amtswegig per Beschluss die Eintragung der Auflösung³⁸⁴ samt Firmenzusatz „in Liqu“; weiters ist einzutragen, wer als Liquidator zu fungieren hat. Die Eintragung der Auflösung im Firmenbuch wirkt wie üblich deklarativ³⁸⁵.

3. Bindung des Firmenbuchgerichts an den Beschluss im Konkursverfahren?

§ 39 FBG setzt einen rechtskräftigen Abweisungsbeschluss im Konkursverfahren voraus. Laut OGH ist das Firmenbuch an diesen Beschluss grundsätzlich gebunden³⁸⁶. Dennoch besteht mitunter die Möglichkeit, im Rahmen der Rekurerhebung gegen den Beschluss des Firmenbuchgerichts, mit dem die Eintragung der Auflösung verfügt wird, die Rechtskraft des Beschlusses nach § 71b KO, was – wie erwähnt – Voraussetzung für ein Vorgehen nach § 39 FBG ist, zu relevieren:

³⁸¹ OGH 6 Ob 14/92, GesRZ 1992, 286 (287).

³⁸² OGH 6 Ob 131/98, ecolex 1999, 97.

³⁸³ In § 1 Abs 2 Satz 1 AmtsLG war noch ausdrücklich geregelt, dass die Geschäftsstelle des Konkursgerichtes dem für die Führung des Firmenbuch zuständigen Gericht eine Ausfertigung des Abweisungsbeschlusses samt Rechtskraftbestätigung zu übersenden hat.

³⁸⁴ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 767.

³⁸⁵ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 5.

³⁸⁶ OGH 24.2.2000, 6 Ob 309/99f (hier wurde vom Revisionswerber allerdings gar nicht bezweifelt, dass eine derartige Bindung besteht). Siehe auch: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 17; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 767 mwN in FN 1732; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 5.

Zum einen kann vorgebracht werden, dass der Beschluss im Konkursverfahren deshalb nicht rechtskräftig ist, weil – mag sich dies auch erst nachträglich herausgestellt haben – letztlich doch rechtzeitig Rekurs gegen den Beschluss auf Abweisung der Konkursöffnung mangels Masse erhoben wurde. Dies betrifft somit einen formellen Einwand, wenn zB der angefochtene Beschluss im Konkursverfahren durch Hinterlegung zugestellt wurde und dann der Nachweis gelingt, dass der Geschäftsführer tatsächlich ortsabwesend war. In der Zwischenzeit erging dann der (ebenfalls bekämpfte) Beschluss im Firmenbuchverfahren, für den aber nun die Voraussetzung der Rechtskraft des konkursrechtlichen Beschlusses nicht gegeben war³⁸⁷. Weiters stellt die Behauptung im firmenbuchrechtlichen Rekursverfahren, dass der den Konkursantrag abweisende Beschluss deshalb nicht rechtskräftig geworden ist, weil der Rekurswerber erst durch den letztlich angefochtenen Beschluss des Firmenbuches davon Kenntnis erlangt hat, dass über den Konkursantrag bereits (vermeintlich rechtskräftig) entschieden wurde, eine „zulässige Neuerung“³⁸⁸ dar. Auch hier kann ein Zustellmangel geltend gemacht werden, der – Erfolg vorausgesetzt – letztlich zur Beseitigung des Beschlusses im firmenbuchrechtlichen Verfahren geeignet ist³⁸⁹.

Der materiell-rechtliche Einwand hingegen, dass entgegen der Rechtsansicht des Konkursgerichtes doch (kostendeckendes) Vermögen vorhanden wäre, ist nicht geeignet, im Firmenbuchverfahren zu obsiegen, denn die Frage der Rechtmäßigkeit des Beschlusses nach § 71b KO kann im Firmenbuchverfahren keinesfalls überprüft werden³⁹⁰.

4. Löschung aus dem Firmenbuch

Die GmbH selbst hat keinen Anspruch auf Löschung aus dem Firmenbuch, wenn deren Auflösung nach § 39 FBG bewirkt und eingetragen wurde. Gesellschafter oder Geschäftsführer können die Einleitung des amtswegigen Lösungsverfahrens nach

³⁸⁷ Siehe dazu OLG Wien 6 R 91/94, NZ 1996, 98.

³⁸⁸ In *Gellis/Feil GmbHG*⁶ (§ 84 Rz 5) auf Seite 799, Absatz 1 offensichtlich falsch wiedergegeben!

³⁸⁹ OLG Wien 6 R 77/95, NZ 1996, 280.

³⁹⁰ OLG Wien 28 R 31/96a, NZ 1997, 228.

§ 40 FBG nur anregen³⁹¹. Nun besteht unbestrittenermaßen ein Bedürfnis dahingehend, dass Kapitalgesellschaften ohne jeglichen Haftungsfond die Rechtssubjektivität abgesprochen wird, um zu verhindern, dass sie weiterhin am Wirtschaftsleben teilnehmen und durch das Eingehen von neuen Rechtsgeschäften möglicherweise die Gläubiger schädigen. Es wäre daher wünschenswert, wenn die gerichtliche Praxis insofern konsequent wäre, als durch den zuständigen Rechtspfleger nach Eintragung der Auflösung infolge Nichteröffnung des Konkurses mangels Masse gleich daran anschließend das amtswegige Lösungsverfahren eingeleitet wird³⁹².

D. Umgründung (§§ 2 und 5 UmwG, § 14 SpaltG)

Unter Umgründung werden allgemein unternehmensreorganisatorische Maßnahmen verstanden. Für das in der vorliegenden Arbeit interessierende Thema sind in erster Linie zwei Teilbereiche relevant, die de facto eine Auflösung bedingen und idR gleichzeitig zur Vollbeendigung führen:

- Die sog übertragende Umwandlung³⁹³ nach dem UmwG 1996, welche in den Erscheinungsformen der verschmelzenden und der errichtenden Umwandlung ausgestaltet sein kann.
- Die Aufspaltung³⁹⁴ nach SpaltG 1996.

In beiden Fällen geht der ursprüngliche Rechtsträger (die Kapitalgesellschaft) unter und tritt an dessen Stelle ein neues, bereits bestehendes oder neu gegründetes

³⁹¹ OGH 14.12.2000, 6 Ob 297/00w.

³⁹² Siehe dazu: Praxistipp bei *Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht 92.

³⁹³ Man spricht deshalb von übertragender Umwandlung, weil das Vermögen der Kapitalgesellschaft per Universalsukzession ohne Liquidation auf einen Einzelunternehmer oder eine Personengesellschaft gegen Abfindung des/der ausscheidenden Gesellschafter(s) übertragen wird (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 977) und unterscheidet davon die formwechselnde Umwandlung einer AG in eine GmbH nach §§ 239 – 244 AktG bzw einer GmbH in eine AG entsprechend den §§ 245 – 253 AktG, bei welcher der ursprüngliche Rechtsträger erhalten bleibt (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 101 Rz 9).

³⁹⁴ Hier wird das gesamte Vermögen unter Berücksichtigung sämtlicher vermögenswerter Rechte der GmbH zur Neugründung oder zur Aufnahme aufgespaltet (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 1034 f).

Rechtssubjekt und sind in beiden Fällen Austrittsrechte zugunsten von Minderheitsgesellschaftern vorgesehen. Im Folgenden soll der Vollständigkeit wegen jeweils kurz auf diese Tatbestände eingegangen werden³⁹⁵.

1. §§ 2 und 5 UmwG

Nach § 1 UmwG können Kapitalgesellschaften ihr gesamtes Vermögen unter Ausschluss der Abwicklung im Weg der Universalsukzession auf einen Nachfolgerechtsträger übertragen³⁹⁶; es kommt also zu einer Auswechslung des Unternehmensträgers³⁹⁷. Seit Inkrafttreten des GesRÄG 2007 gilt in Bezug auf solche Vorgänge die Devise „*Verlassen der Kapitalgesellschaft in Richtung Personengesellschaft oder Einzelunternehmer*“³⁹⁸, weil sich der Gesetzgeber im Rahmen der Novelle dazu entschieden hat, verschmelzende Umwandlungen auf in- oder ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in einem EU/EWR-Staat nicht mehr zuzulassen³⁹⁹. Es lassen sich zwei Umwandlungsarten unterscheiden:

- Verschmelzende Umwandlung

Im Rahmen dieser „Umwandlung durch Übertragung des Unternehmens auf den Hauptgesellschafter“ wird das Vermögen auf den ursprünglichen Hauptgesellschafter, der nach § 2 Abs 1 UmwG zu mindestens 90% am Stammkapital beteiligt sein muss und keine Kapitalgesellschaft im Sinn von § 1 Abs 2 EU-VerschG mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU bzw einem solchen eines EWR-Vertragsstaates⁴⁰⁰ sein darf, übertragen⁴⁰¹.

³⁹⁵ Im Detail siehe zB *Kalss*, Handbuch zur Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997).

³⁹⁶ Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, können die steuerlichen Begünstigungen nach Art II UmgrStG in Anspruch genommen werden. Im Wesentlichen wird damit bezweckt, dass die stillen Reserven nicht aufgedeckt werden, sodass eine Liquidationsbesteuerung unterbleibt (*Doralt*, Steuerrecht 2007 Rz 251).

³⁹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 101 Rz 20.

³⁹⁸ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 976.

³⁹⁹ Vgl § 2 Abs 1 Satz 1 UmwG idF BGBl I 2007/72 (gilt für Umwandlungen, die nach dem 1.12.2007 zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldet werden). Als Ausgleich dafür wurden die Möglichkeiten einer rechtsformwechselnden Verschmelzung erweitert (vgl dazu EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 21).

⁴⁰⁰ § 1 Abs 3 EU-VerschG.

⁴⁰¹ Soll der Hauptgesellschafter, auf den verschmelzend umgewandelt werden soll, eine Kapitalgesellschaft sein, ist dies also nur dann zulässig, wenn dieser GmbH/AG-Hauptgesellschafter seinen Sitz in einem Drittstaat hat.

- Errichtende Umwandlung

Hier geht das Vermögen der umzuwandelnden bzw übertragenden GmbH gemäß § 5 UmwG auf eine zur gleichen Zeit entstehende Personengesellschaft (OG, KG) über, an welcher Personen, deren Anteilsrechte zumindest 90% des Stammkapitals der umgewandelten GmbH gehalten haben, wiederum beteiligt sein müssen, wobei die relativen Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter untereinander seit Inkrafttreten des ÜBRÄG 2006 nicht mehr beibehalten werden müssen⁴⁰². Die Nachfolge-Personengesellschaft entsteht gemäß § 5 Abs 5 Satz 2 UmwG erst mit Eintragung des Umwandlungsbeschlusses im Firmenbuch.

- a. Grundregel

Die übertragende Gesellschaft erlischt liquidationslos mit Eintragung bzw Durchführung der Umwandlung im Firmenbuch. Einer gesonderten Löschung bedarf es nicht.

- b. Voraussetzungen

Erforderlich ist wie bei der Fusion zunächst ein Umwandlungsvertrag iSd zweiseitigen Rechtsgeschäfts, der wiederum den Titel für den Eigentumserwerb des Nachfolgerechtsträgers am übertragenen Vermögen darstellt⁴⁰³. Der Vertrag ist von der Geschäftsführung der umzuwandelnden GmbH und der (organschaftlichen) Vertretung des Nachfolgerechtsträgers zu unterzeichnen⁴⁰⁴. Statt eines Verschmelzungsberichts bedarf es eines Umwandlungsberichts. Der nach hA notariell zu beurkundende Umwandlungsbeschluss genehmigt den

⁴⁰² Zu den verschiedenen Varianten vgl *Umfahrer, GmbH*⁶ Rz 1010. Zu den Beteiligungsverhältnissen siehe *Birnbaumer, Errichtende Umwandlung nach dem UmwG idF ÜBRÄG 2006, BGBl I 2006/75, Musteranmeldungen zum Firmenbuch, Ges 2006, 404.*

⁴⁰³ Die Terminologie wurde durch BGBl I 2006/75 geändert; bis dahin sprach das Gesetz von „Umwandlungsplan“.

⁴⁰⁴ Beachte idZ, dass die Nachfolge-OG/KG gemäß § 5 Abs 5 S 2 UmwG erst mit Eintragung der Umwandlung ins Firmenbuch entsteht. Hält man sich an die gängige Terminologie, wonach die Gesellschaft mit Abschluss eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages als errichtet gilt (und mit Firmenbucheintragung entsteht), könnten *mE* die Gesellschafter der Nachfolge-OG/KG als Vorgesellschaft den Vertrag für diese unterzeichnen (siehe Schummer, Personengesellschaften⁶ 26). Die Errichtung eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages ist bei Personengesellschaften zwar grundsätzlich nicht vorgesehen, doch gerade in diesem Fall absolut zu empfehlen (siehe dazu auch: *Umfahrer, GmbH*⁶ Rz 979, 1011).

Umwandlungsvertrag⁴⁰⁵, bedarf einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen und zusätzlich der Genehmigung des Hauptgesellschafter⁴⁰⁶. Der genehmigte Beschluss ist gemäß § 3 UmwG zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden. Zuständig ist das Gericht, bei dem die übertragende Gesellschaft registriert ist.

c. Rechtswirkungen der Umwandlung

Die Rechtsfolgen der Umwandlung treten nach § 2 Abs 2 UmwG mit Eintragung des Umwandlungsbeschlusses im Firmenbuch ein. Bewilligt das Firmenbuchgericht die Eintragung, bedeutet dies für die übertragende GmbH die Auflösung bei gleichzeitiger Vollbeendigung ohne Liquidation⁴⁰⁷. Weil somit die unter einer bestimmten Firmenbuchnummer registrierte GmbH als solche umgewandelt wird, bedarf es keiner gesonderten Löschung⁴⁰⁸. Aus dogmatischer Sicht bleibt *mE* kein Platz dafür, den Zeitpunkt der Auflösung von jenem der Vollbeendigung zu trennen.

2. § 14 SpaltG

Gemäß § 1 SpaltG kann eine Kapitalgesellschaft ihr Vermögen aufspalten, indem sie dieses *uno acto* auf eine gleichzeitig neu gegründete (Aufspaltung zur Neugründung) oder eine bereits existierende GmbH oder AG (Aufspaltung zur Aufnahme) überträgt.

a. Grundregel

Die ihr gesamtes Vermögen aufspaltende GmbH ist nach § 1 Abs 2 Z 1 SpaltG iVm § 14 Abs 2 Z 2 Hs 1 SpaltG mit Eintragung der Aufspaltung ins Firmenbuch vollbeendet.

⁴⁰⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 101 Rz 24.

⁴⁰⁶ Vgl § 2 Abs 1 S 1 UmwG.

⁴⁰⁷ OLG Wien 5 R 86/84, NZ 1983, 61.

⁴⁰⁸ So auch *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 1006.

b. Voraussetzungen

Es muss ein Spaltungsplan⁴⁰⁹ - vergleichbar mit dem Umwandlungsvertrag - erstellt werden⁴¹⁰ und von den Geschäftsführern ist ein Spaltungsbericht zu erstatten. Die Gesellschafter haben gemäß § 8 SpaltG über die Spaltung einen entsprechenden Beschluss zu fassen, der dann wiederum zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden ist⁴¹¹. Allfällige im Rahmen der Aufspaltung neu errichtete Gesellschaften sind gleichzeitig im Firmenbuch einzutragen⁴¹².

c. Rechtswirkungen der Aufspaltung

Die übertragende GmbH erlischt mit rechtswirksamer Eintragung des Spaltungsbeschlusses im Firmenbuch des Gerichtes, in dessen Sprengel sie ihren Sitz hat⁴¹³. Eine Liquidation findet nicht statt. Der Vermögensübergang vollzieht sich durch Universalsukzession in sämtliche Rechte und Pflichten der aufgespalteten GmbH⁴¹⁴.

E. Außergesetzliche Tatbestände § 84 Abs 2 GmbHG

„Im Gesellschaftsvertrag können weitere Auflösungsgründe festgesetzt werden“. Diese in § 84 Abs 2 allgemein gehaltene Formulierung bildet die kompetenzrechtliche Grundlage dafür, im GmbH-Statut weitere Tatbestände zu verankern, die zur Auflösung führen (können).

1. Einteilung

Abhängig davon, ob die Auflösung als unmittelbare Folge eintritt oder, ob es eines weiteren rechtsgeschäftlichen Aktes in Form einer abzugebenden Erklärung bedarf, um eine solche Rechtsfolge herbeizuführen, unterscheiden sich innerhalb der

⁴⁰⁹ Koppsteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 101, Rz 27.

⁴¹⁰ Das ist dann die Basis für den Spaltungsvorgang (vgl OGH 21.12.2004, 4 Ob 241/04a); der Spaltungsplan ist nach § 5 SpaltG zu prüfen.

⁴¹¹ Mitzuwirken haben sämtliche Geschäftsführer der übertragenden wie des/der Nachfolgerechtsträger (§ 12 Abs 1 S 1 SpaltG).

⁴¹² Unter Hinweis auf die Firmenbuchnummer der übertragenden Gesellschaft ist einzutragen, dass die neue Gesellschaft aus einer Spaltung hervorgegangen ist (vgl § 12 SpaltG).

⁴¹³ § 14 Abs 2 Z 2 SpaltG.

⁴¹⁴ OGH 31.1.1995, 5 Ob 2/95.

Gruppe der statutarische Auflösungsgründe eo ipso-Auflösungsgründe von Kündigungsklauseln⁴¹⁵:

a. eo ipso-Auflösungsgründe

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag regeln, wodurch die GmbH, zusätzlich neben dem Eintritt von gesetzlichen Auflösungsgründe, „automatisch“ aufgelöst sein soll. Der Eintritt von solchen „selbstwirkenden Tatbeständen“⁴¹⁶ führt im Sinn einer Auflösungsautomatik dazu, dass die GmbH ipso iur zu einer Abwicklungsgesellschaft wird⁴¹⁷.

b. Kündigungsklauseln

Solche Vertragsklauseln können inhaltlich so ausgestaltet sein, dass der Berechtigte bei Abgabe der Kündigungserklärung lediglich Fristen und Termine einzuhalten hat, oder aber es bedarf zusätzlich eines bestimmten Grundes. Der wesentliche Unterschied zu den als eo ipso-Auflösungsgründe bezeichneten Vertragsklauseln besteht darin, dass es bei Verwirklichung eines einer Kündigungsklausel zugrundeliegenden Sachverhalts nicht automatisch zur Auflösung der GmbH kommt, sondern ist dann erst eine Situation eingetreten, die dazu berechtigen kann, die Auflösung der Gesellschaft zu erklären⁴¹⁸. Dh also, dass es in diesem Fall noch zusätzlich einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung der dazu berechtigten Person bedarf, den Gesellschaftsvertrag⁴¹⁹ als das die Bestehensgrundlage der GmbH ausmachende Dauerrechtsverhältnis aufzukündigen bzw auflösen zu wollen.

2. Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag

Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit von außergesetzlichen Auflösungstatbestände bzw Kündigungsklauseln ist deren Festschreibung im Gesellschaftsvertrag; es muss sich also zwingend um statutarische Regelungen

⁴¹⁵ Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar¹⁵ (2000) § 60 Rz 26; K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 74.

⁴¹⁶ Rasner in Rowedder, GmbHG § 60 Rz 32.

⁴¹⁷ Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar¹⁵ § 60 Rz 26.

⁴¹⁸ K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 77.

⁴¹⁹ Umfahrer, GmbH⁶ Rz 776.

handeln, damit die vom Willen der Gesellschafter abhängige Wirkung – eo ipso-Auflösung oder Kündigungsrecht - gegenüber der GmbH unmittelbar eintreten kann⁴²⁰. Rein dogmatisch betrachtet heißt das, dass es nicht möglich ist, einen Auflösungsgrund mit unmittelbarer Wirkung nur im Rahmen einer Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, also außerhalb der Satzung beispielsweise in Form eines bloßen Beschlusses – mag dieser auch von sämtlichen Gesellschaftern mitgetragen werden -, zu schaffen⁴²¹. Allenfalls müsste auf Basis eines solchen Gesellschafterbeschlusses der Gesellschaftsvertrag entsprechend geändert werden. In der Literatur wird idZ zutreffend darauf hingewiesen, dass außerhalb der Satzung festgelegte Gründe dennoch insoweit Wirksamkeit entfalten können, als diese die Gesellschafter in weiterer Folge zur Fassung eines Auflösungsbeschlusses binden sollen⁴²².

3. Beispiele

Sowohl bei den hier als eo ipso-Auflösungsgründe bezeichneten Umständen als auch bei den Kündigungsklauseln handelt es sich um Anwendungsfälle des § 84 Abs 2. Den Gesellschaftern steht es im Rahmen des zwingenden Rechts⁴²³ frei, all das als statutarischen Auflösungsgrund festzulegen, was das Gesetz nicht ohnehin schon in § 84 Abs 1 z 1 – 6 berücksichtigt hat:

- Tod/Geschäftsunfähigkeit oder Konkurs eines Gesellschafters⁴²⁴
- Ausscheiden eines bestimmten Gesellschafters⁴²⁵
- Einstellung des Geschäftsbetriebes

⁴²⁰ *Ulmer in Hachenburg, GmbHG Band III*⁸ (1997) § 60 Rz 63 mwN in FN 102; siehe auch für die Folgeauflage *Casper in Ulmer, GmbHG III* (2008) § 60 Rz 108 und 110.

⁴²¹ *Umfahrer, GmbH*⁶ Rz 774; *Rasner in Rowedder, GmbHG* § 60 Rz 32.

⁴²² Eine derartige Auslegung entspricht wohl am ehesten jener in Bezug auf Syndikatsvereinbarungen (siehe *K. Schmidt in Scholz, GmbHG II*⁹ § 60 Rz 74 mwN); *Casper in Ulmer, GmbHG III* § 60 Rz 110.

⁴²³ Hier ist in erster Linie an die Sittenwidrigkeit zu denken (*Fritz, Wie gründe ich eine GmbH richtig?*² [2007] Rz 436).

⁴²⁴ *Rasner in Rowedder, GmbHG* § 60 Rz 32.

⁴²⁵ Oft kommt es darauf an, dass eben eine bestimmte Person Gesellschafter ist; dass sich diese Person in die operative Tätigkeit der GmbH beispielsweise aufgrund ihrer speziellen Kenntnisse einbringt oder repräsentative Aufgaben übernimmt. Nicht selten „steht und fällt“ eine Gesellschaft mit einer einzigen Person.

- Erreichung des Unternehmensziels⁴²⁶
- Mangel an finanziellen Mitteln zur Fortsetzung der unternehmerischen Tätigkeit
- Entzug der Gewerbeberichtigung oder einer sonstigen behördlichen Erlaubnis
- Verlust einer Lizenz, Ablauf der Schutzdauer eines Patents⁴²⁷ oder eines sonstigen Schutzrechts⁴²⁸
- Feststellung einer Unterbilanz oder eines Bilanzverlusts in bestimmtem Umfang⁴²⁹
- Nichterreichen von Umsatzzielen⁴³⁰
- Nichtverlängerung eines befristeten Vertrages⁴³¹
- Nichterlangung eines Auftrages (respektive dessen Vergabe an einen anderen Rechträger)

4. Bestimmtheitsgebot

Insbesondere in Bezug auf eo ipso-Auflösungsgründe gilt es zu berücksichtigen, dass selbst dann, wenn ein Umstand ausdrücklich als Auflösungsgrund bezeichnet wird und sich in der Folge (vermeintlich) verwirklicht hat, dies nicht unbedingt bedeuten muss, dass die Gesellschaft tatsächlich bereits als aufgelöst zu betrachten ist. Der Grund liegt darin, dass das Bestimmtheitsgebot strenge Anforderungen an das Maß der Konkretisierung stellt.

Von grundlegender Bedeutung bei der Erstellung eines Kataloges an Auflösungsgründen ist daher, dass der Vertragserrichter die einzelnen Tatbestände nach den Wünschen der Gesellschafter klar und deutlich definiert und entsprechend

⁴²⁶ *Meister in Römermann*, MAH GmbH-Recht 1228.

⁴²⁷ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 763.

⁴²⁸ *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 75. Dies ließe sich *mE* allerdings auch als zeitliche Befristung charakterisieren.

⁴²⁹ *Weitbrecht in Priester/Mayer*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechtes, Band 3 (1996) 1054; *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 75.

⁴³⁰ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 445.

⁴³¹ ZB: Bestandverhältnis.

genau verfasst. Es soll für die Gesellschafter, das Firmenbuchgericht und Dritte schließlich eindeutig feststellbar sein, wann bzw ab wann die Gesellschaft als aufgelöst gilt⁴³². Es muss objektiv nachvollziehbar sein, ob ein Auflösungsgrund vorliegt oder nicht. Der einzelne Tatbestand ist dabei hinsichtlich seiner Auflösungswirkung streng auszulegen⁴³³. Als diesem Bestimmtheitsgebot beispielsweise nicht genügend wird angesehen⁴³⁴:

- Eine Regelung, wonach die GmbH bei Vorliegen „wichtiger Gründe“ aufgelöst sein soll⁴³⁵, ohne diese Gründe gleichzeitig zu definieren;
- es genügt weiters nicht, im Gesellschaftsvertrag vorzusehen, dass die GmbH aufgelöst ist, wenn sie „unrentabel“ geführt wird⁴³⁶, ohne die Unrentabilität von objektiv überprüfbaren Faktoren abhängig zu machen;
- auch die Unmöglichkeit der Zweckerreichung ist zu ungenau⁴³⁷.

Auch in Bezug auf Kündigungsklauseln, insbesondere im Hinblick auf deren Wirkung, gilt es, Unklarheiten möglichst zu vermeiden⁴³⁸. Die Definition dessen, was aus Sicht der Gesellschafter einen wichtigen Grund darstellt, ist selbstredend auch bei den zu einer (insofern außerordentlichen) Aufkündigung berechtigenden Gründen

⁴³² Casper in Ulmer, GmbHG III § 60 Rz 111.

⁴³³ K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 75.

⁴³⁴ Rasner in Rowedder, GmbHG § 60 Rz 33.

⁴³⁵ Ulmer in Hachenburg, GmbHG III⁸ § 60 Rz 64.

⁴³⁶ Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar¹⁵ § 60 Rz 26 (strittig), K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 76.

⁴³⁷ Dies mag im Hinblick auf § 726 dBGB bzw § 1205 ABGB strittig sein, doch wird dieser Tatbestand va im dt Schrifttum (vgl K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 76) als „zu unbestimmt“ qualifiziert, um als eo ipso-Auflösungsgrund anerkannt zu werden. Daran vermöge auch der Umstand, dass die Unmöglichkeit der Zweckerreichung als selbstwirkender Auflösungsgrund für die GesBR gilt, nichts zu ändern (vgl Ulmer in Hachenburg, GmbHG III⁸ § 60 Rz 66 mwN in FN 108), zumal § 726 BGB nicht auf Kapitalgesellschaften anwendbar sei. Für den Bereich der österr Rechtsordnung gilt § 1205 ABGB, der ebenfalls dahingehend ausgelegt wird, dass die offenbare Unmöglichkeit der Zweckerreichung die GesBR eo ipso auflöst (vgl Grillberger in Rummel, ABGB³ § 1205 Rz 3). Bei der GmbH wird der Gesellschaftszweck nicht ins Firmenbuch eingetragen. In aller Regel wird daher die bloße Nichterreichung des Gesellschaftszweckes mangels objektiver Nachvollziehbarkeit wohl als zu ungenau anzusehen sein.

⁴³⁸ Burgstaller, Viechtbauer, Zur Kündigung der GmbH – Unvollständige Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, GesRZ 1999, 13.

überdurchschnittlich wichtig⁴³⁹. Als ausreichend bestimmt wird man jedenfalls jene Sachverhalte anerkennen müssen, die dem Bestimmtheitsgebot in Bezug auf die automatisch wirkenden Auflösungsgründe genügen⁴⁴⁰.

5. Auslegung undeutlicher Auflösungsstatbestände

An das Gebot hinreichender inhaltlicher Determination knüpft sich die Frage, wie undeutliche Auflösungsstatbestände im Hinblick auf ihre Rechtsfolgenwirkung auszulegen sind.

Bei der Lösung dieser Frage wird man sich zunächst am Wortlaut der entsprechende Stelle im Gesellschaftsvertrag zu orientieren haben. Ergibt die Interpretation kein eindeutiges Ergebnis in Richtung Auflösung eo ipso, dann dürfen diese Klauseln jedenfalls nicht als unbeachtlich ignoriert werden, sondern sind teleologisch interpretiert in einen Kündigungsgrund umzudeuten⁴⁴¹. Dh also, dass die GmbH dann (noch) nicht aufgelöst ist und vorerst als verbende Gesellschaft weiter besteht, mag auch ein zur Kündigung berechtigender Umstand vorliegen. Diese Auslegung kommt der ursprünglichen Intention bei der Festlegung als Auflösungsgrund *mE* am nächsten. Wird von der Kündigungsmöglichkeit in der Folge gar kein Gebrauch gemacht, besteht natürlich kein Bedürfnis, auf die Auflösung der Gesellschaft zu bestehen.

Zusätzlich könnte Unklarheit in Bezug die Kündigungswirkung bestehen. Es muss dann erörtert werden, ob der Gesellschafter berechtigt ist, die Gesellschaft aufzulösen oder, ob ihm die statutarische Regelung einen Austritt erlaubt⁴⁴². Der OGH hält dazu – wenig überraschend - fest, dass es stets eine Frage der Interpretation der jeweiligen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages ist, welche

⁴³⁹ *Rasner in Rowedder, GmbHG § 60 Rz 38; Ulmer in Hachenburg, GmbHG III⁸ § 60 Rz 71, Erle in Müller/Hense, Beck GmbH-HB 1018.*

⁴⁴⁰ Wie zB Tod oder Ausscheiden eines bestimmten Gesellschafters, das Herabsinken des Umsatzes im Geschäftsjahr unter eine bestimmte Schwelle usw; daneben kommen das Erreichen eines bestimmten Alters eines Gesellschafters oder das Nichterreichen eines bestimmten Mindestgewinns in Frage (vgl *Fritz, Wie gründe ich eine GmbH richtig? Rz 419*).

⁴⁴¹ Vgl *K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 60 Rz 76; Ulmer in Hachenburg, GmbHG III⁸ § 60 Rz 64.*

⁴⁴² ZB in Form einer Übernahmepflicht der Mitgesellschafter.

Wirkung die Kündigungserklärung letztlich haben soll⁴⁴³, wobei die überwiegende Meinung in der Lehre davon ausgeht, dass die Folge einer Kündigungserklärung die Auflösung der Gesellschaft ist⁴⁴⁴, sodass sie jedenfalls im Zweifel zur Auflösung führt⁴⁴⁵, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorgesehen ist⁴⁴⁶.

Allgemein empfiehlt es sich, neben der Verankerung des Kündigungsrechtes oder von anderen statutarischen Auflösungsgründen auch die damit in Zusammenhang stehenden Modalitäten und Verfahrensabläufe, wie zB Fristen und Termine, festzulegen. In der Praxis wird es aber selbst dem sorgfältigsten Vertragsverfasser nicht möglich sein, sämtliche Risiken durch entsprechende Vertragsbestimmungen abzufedern und begnügt man sich in der Mehrzahl der Gesellschaftsverträge mit einfachen Kündigungsklauseln, ohne den konkreten Kündigungsvollzug und die daran anknüpfenden Wirkungen genauer zu bestimmen oder sich gar mit komplizierten Exit-Szenarien detailliert auseinander zu setzen⁴⁴⁷. Als Folge davon, kommt es in der Praxis häufig zu Streitigkeiten und zeigt sich bereits hier die Wichtigkeit eines problembewusst verfassten Gesellschaftsvertrages.

⁴⁴³ OGH 4 Ob 596/73, HS IX/2.

⁴⁴⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 25.

⁴⁴⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 677 mwN.

⁴⁴⁶ Siehe dazu ausführlich *Casper* in *Ulmer*, GmbHG III § 60 Rz 114 ff; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 76.

⁴⁴⁷ *Burgstaller/Viechtbauer*, Zur Kündigung der GmbH – Unvollständige Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, GesRZ 1999, 13 (14).

BEENDIGUNG DER MITGLIEDSCHAFT ZUR GMBH – REGELUNGSBEDARF?

I. Gesetzlicher Status quo

Im gesetzten österreichischen GmbH-Recht gibt es keinerlei Bestimmungen im Hinblick auf ein ordentliches oder ein außerordentliches Kündigungsrecht und besteht auch kein Recht der Gesellschafter oder sonstiger Personen auf Auflösung der GmbH aus wichtigem Grund zu klagen. Die Geltung einer Auflösungsklage aus wichtigem Grund lässt sich dem bestehenden Recht nicht ableiten und wird vom OGH bis dato eindeutig abgelehnt⁴⁴⁸. Ein allgemeines Austrittsrecht des GmbH-Gesellschafters gibt es nicht und Normen betreffend einen Ausschluss aus dem Gesellschaftsverband finden sich mit Ausnahme der Kaduzierungsbestimmungen⁴⁴⁹ im GmbHG auch nicht, sondern nur in sondergesetzlichen Vorschriften⁴⁵⁰, wo sie sich auf spezielle Sachverhalte beziehen.

Dagegen besteht nach hM aber grundsätzlich die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag auf bestmögliche Art und Weise für diverse Exit-Szenarien vorzusorgen; die Zulässigkeit der Festschreibung von Austritts- und Ausschlussvarianten im Statut wird allgemein anerkannt. Ohne vertragliche Vorsorge hat ein GmbH-Gesellschafter, der seine Mitgliedschaft zum Verband aktiv beenden will, nach geltendem GmbHG grundsätzlich aber nur zwei Möglichkeiten, um einen Ausstieg zu erreichen, nämlich die Anteilsübertragung und die Gesellschaftsauflösung per Beschluss. Passiv gesehen ist ein Ausschluss nach GmbHG nur dort vorgesehen, wo der Gesellschafter seine Zahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft nicht erfüllt.

⁴⁴⁸ OGH 3 Ob 57/00d, SZ 74/13.

⁴⁴⁹ Vgl §§ 66 – 70 und § 73; *Kaltenegger*, Ausschluss eines lästigen Gesellschafters: gesellschaftsrechtliche Grundlagen, Auswirkungen im Bilanz- und Steuerrecht (1998) 93.

⁴⁵⁰ SpaltG, GesAusG, UmwG, EU-VerschG, SEG.

A. Anteilsübertragung

GmbH-Geschäftsanteile sind nach § 76 grundsätzlich frei übertragbar und vererblich. Das Recht zur Anteilsübertragung wird jedoch in der Praxis in der überwiegenden Anzahl der Fälle insofern beschränkt, als es von der Zustimmung der Gesellschaft (Geschäftsführer, Aufsichtsrat) abhängig gemacht wird (sog Vinkulierung)⁴⁵¹. Sollte diese Zustimmung grundlos nicht erteilt werden, kann der veräußerungswillige Gesellschafter zwar (immerhin) versuchen, seinen Anspruch mittels Antrag nach § 77 durchzusetzen, doch darf hier nicht übersehen werden, dass diese zwangsweise Durchsetzbarkeit der Übertragung, die *mE* ohne jeden Zweifel zu Recht als zwingende, weil notwendige Norm aufgefasst wird⁴⁵², nur dann ein wirksames Instrument sein wird, wenn der einschreitende Gesellschafter bereits einen Käufer für seinen Geschäftsanteil gefunden hat⁴⁵³.

Faktum ist und bleibt in dem Zusammenhang, dass der Veräußerungswille und die Durchsetzbarkeit desselben streng von der tatsächlichen Veräußerungsmöglichkeit zu trennen sind. Das Risiko, überhaupt einen Käufer zu finden, trägt immer der, der verkaufen will und vermag § 77 dies auch nicht abzufedern. Entspricht nun die Nachfrage nicht dem Angebot und ist dem Gesellschafter aber gleichzeitig die weitere Mitgliedschaft in der GmbH nicht zuzumuten, wird ihm dieser Rechtsbehelf nichts nützen und die Frage nach der Geltung eines Austrittsrechtes aus wichtigem Grund iSe „allgemeinen Lösungsrechtes“ drängt sich auf⁴⁵⁴.

B. Auflösungsbeschluss

Verfügt ein auflösungswilliger Gesellschafter über die erforderliche einfache Mehrheit im Verband, hat er von Gesetzes wegen die Möglichkeit, entweder selbst einen Auflösungsbeschluss zu fassen, oder er kann versuchen, die Mehrheit von seinem Vorhaben zu überzeugen. Trifft das nicht zu bzw kann er die Majorität nicht für

⁴⁵¹ *Hannak*, GmbH – Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 132.

⁴⁵² *Auer*, Doppelvinkulierung bei GmbH & Co KG, wbl 2002, 253 (254).

⁴⁵³ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 16. ÖJT Band II/1 (2006) 283.

⁴⁵⁴ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff; *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 283.

„seine“ Idee gewinnen, wird ein Auflösungsbeschluss aber nicht zustande kommen und scheidet auch dieser Exit aus. Kann er dann – gegen den Willen der Mitgesellschafter – austreten oder auf Auflösung klagen?

C. Kaduzierung

Nach der kapitalgesellschaftsrechtlichen Konzeption besteht die primäre Pflicht des Gesellschafters⁴⁵⁵ darin, den Kapitalbetrag zu leisten, zu dessen Erbringung er sich im Gesellschaftsvertrag verpflichtet hat⁴⁵⁶. Im GmbHG ist die Ausschließung des Gesellschafters gemäß § 66 nur bei Verletzung dieser Pflicht vorgesehen; daneben besteht die Möglichkeit, einen Gesellschafter, der mit der Erbringung von gesellschaftsvertraglich vereinbarten Nachschüssen iSv § 72 säumig ist, gemäß § 73 auszuschließen. „Squeeze out-Effekte“ lassen sich zwar in gewissen Umfang im Rahmen von umgründungsrechtlichen Verfahren erzielen⁴⁵⁷, doch gibt es sonst de lege lata keine Chance, den Lästigen auszuschließen, wenn dafür nicht entsprechende Vertragsklauseln vorgesehen sind.

D. Regelungsbedarf?

Es zeigt sich, dass es grundsätzlich gerechtfertigt ist, zu hinterfragen, ob die vorhandenen Rechtsinstrumente dem praktischen Bedarf nach Lösungsmöglichkeiten gerecht werden. Fest steht nach dem bisher Erörterten, dass das geltende Recht dem Gesellschafter wenig handfeste Mittel zur Verfügung stellt, um sich erforderlichenfalls aktiv (Stichwort: Austritt, Auflösungsklage) aus der dauernden gesellschaftlichen Verbundenheit zu lösen und, dass es im umgekehrten Fall aus Sicht der Mitgesellschafter (passiv) idR auch nicht möglich ist, sich einfach eines lästigen Gesellschafters zu entledigen. Es bleibt – de lege lata - in erster Linie Aufgabe des verständigen Vertragerrichters, für alle (un-)möglichen Ausstiegsszenarien durch Aufnahme entsprechender Regelungen in das Statut bestmöglich vorzusorgen.

⁴⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 2.

⁴⁵⁶ Vgl § 63.

⁴⁵⁷ *Kaltenegger*, Ausschluss eines lästigen Gesellschafters 98; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 973.

Was soll jedoch gelten, wenn das Statut in Situationen, in denen die Konflikte zwischen den Gesellschaftern nicht mehr steuerbar sind und daraus ein die Existenz der Gesellschaft bedrohender Zustand entsteht, keine geeigneten Lösungsvorschläge bereit hält? Das zwischenmenschliche Konfliktpotential – das ist einerseits evident und zeigt andererseits die rechtsanwaltschaftliche Praxis – ist enorm; neben Beziehungs- und Wertekonflikten gibt es Interessens- und Organisationsstreitigkeiten und vieles mehr. Die Ursachen können mangelndes Vertrauen, häufig auch unzureichende Kommunikation untereinander und die Ausübung von faktischen Machtverhältnissen oder Zukunftsängste udgl sein⁴⁵⁸. Einigkeit herrscht darüber, dass sich im (Wirtschafts-)Leben Situationen ergeben können, die eine Aufrechterhaltung der gesellschaftsvertraglichen Verbindung schlichtweg unzumutbar machen⁴⁵⁹ - „eine Gesellschaft kann wie eine Ehe zerrüttet sein“⁴⁶⁰. Dann ist aber der Handlungsbedarf umso größer und müssen mangels statutarischer Regeln anderweitige Lösungen gefunden werden.

II. Kündigung

A. Allgemeines

Allgemein handelt es sich bei der Kündigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das durch die Abgabe der Willenserklärung einer Partei zustande kommt. Grundsätzlich ist es nur erlaubt, verbindlich die eigenen Rechtsverhältnisse zu regeln. Bei der Kündigung wird jedoch nicht nur der Rechtsbereich des Kündigenden selbst beeinflusst, sondern gleichzeitig auch in die Rechtssphäre des Vertragspartners und allenfalls auch in jener Dritter eingegriffen. Eine Kündigung ist daher nur dann zulässig, wenn sie entweder auf einer gesetzlichen oder auf ein vertraglichen Ermächtigung beruht⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Vgl dazu: *Fritz*, Und wenn es schon einmal Streit zwischen den Gesellschaftern gibt... Voraussetzungen für die erfolgreiche Konfliktregelung, Bilanzbuchhalter 20/04, 39 (40).

⁴⁵⁹ *Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 177.

⁴⁶⁰ *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, *ÖJZ* 1952, 183.

⁴⁶¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 113.

B. Die Kündigung im Gesellschaftsrecht

Ein Vergleich des GmbHG mit dem für andere Gesellschaftsformen geltenden Recht im Hinblick auf das Vorhandensein von Möglichkeiten zur (außer-)ordentlichen Kündigung zeigt wesentliche Unterschiede auf⁴⁶²:

1. Offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft - UGB

Laut § 131 Z 6 UGB wird die OG durch Kündigung oder gerichtliche Entscheidung aufgelöst. Dies gilt iVm § 161 Abs 2 UGB auch für die KG. In beiden Fällen handelt es sich um Auflösungskündigungen⁴⁶³. In § 132 UGB⁴⁶⁴ ist für Personengesellschaften, die auf unbestimmte Zeit eingegangen sind⁴⁶⁵, die freie Kündbarkeit iSe ordentlichen, auf Auflösung gerichteten Kündigungsrechts festgeschrieben. Das Kündigungsrecht steht nach dem Gesetz jedem einzelnen Gesellschafter zu, der unter Einhaltung einer bestimmten Frist zu einem bestimmten Termin einseitig kündigen kann, wobei das Recht nicht von einem wichtigen Grund abhängt und laut Abs 2 leg cit auch „nicht vertraglich ausgeschlossen oder auf andere Weise als durch eine angemessene Verlängerung der Kündigungsfrist erschwert“ werden darf. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Speziell darf dieses Kündigungsrecht auch nicht auf die Fälle der außerordentlichen Kündigung vertraglich reduziert werden⁴⁶⁶.

Darüber hinaus ist in § 133 UGB⁴⁶⁷ das zwingende Recht eines jeden Komplementärs oder Kommanditisten vorgesehen, die auf bestimmte oder

⁴⁶² Siehe dazu ausführlich: *Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 175 ff.

⁴⁶³ Dies geht schon aus der Überschrift der Norm hervor. Unterscheide davon die Ausschlussklage nach § 140 UGB, mit der das zwangsweise Ausscheiden eines Gesellschafter gegen dessen Willen erreicht werden kann, wobei der wichtige Grund nach den *verba legalia* in der Person des auszuschließenden Gesellschafter liegen muss. Die Rechtsfolge besteht darin, dass die Gesellschaft dann nicht als aufgelöst gilt, sondern unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird.

⁴⁶⁴ Die Gesetzesstelle ist die inhaltliche Konkretisierung der ersten Variante von § 131 Z 6 UGB.

⁴⁶⁵ Nach hA ist § 132 UGB nur auf die auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft anwendbar (vgl *Koppensteiner* in *Straube*, HGB § 132 Rz 1, *Schummer*, Personengesellschaften⁶ [2007] 52).

⁴⁶⁶ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB (2007) § 132 Rz 1.

⁴⁶⁷ Dieser Paragraph bezieht sich auf § 131 Z 6 2. Fall UGB.

unbestimmte Zeit errichtete Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes⁴⁶⁸ mittels Rechtsgestaltungsklage⁴⁶⁹ für aufgelöst erklären zu lassen⁴⁷⁰. Die Klage ist gegen sämtliche übrigen Gesellschafter⁴⁷¹ zu richten und ist dieses Recht zur außerordentlichen Kündigung satzungsfest; Vereinbarungen, die es ausschließen oder einschränken, sind gemäß § 133 Abs 3 UGB nichtig.

Davon zu unterscheiden ist die in § 135 UGB enthaltene „Kündigung durch einen Privatgläubiger“. Der Gläubiger eines Personengesellschafters⁴⁷² hat gemäß § 124 Abs 3 UGB nicht die Möglichkeit, eine Forderung, die er gegenüber diesem konkreten Gesellschafter hat, in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken zu lassen. Nach erfolglosem Exekutionsversuch⁴⁷³ in das Privatvermögen dieses Gesellschafters kann der Gläubiger aber die Gesellschaft gemäß § 135 UGB aufkündigen, um so auf die gesellschaftlich gebundenen Vermögenswerte seines Schuldners – hier die Liquidationsquote - greifen zu können⁴⁷⁴. Dem Zweck der Vorschrift entsprechend kann die Rechtsfolge einer Aufkündigung nach § 135 UGB nur in der Auflösung bestehen.

2. Gesellschaft nach bürgerlichem Recht - ABGB

§ 1212 ABGB gewährt für die auf unbestimmte Dauer errichtete GesBR ein ordentliches Kündigungsrecht für jeden Gesellschafter mit der einzigen

⁴⁶⁸ ZB: grob fahrlässige bzw vorsätzliche Pflichtverletzung durch einen Gesellschafter, Unmöglichkeit der Erfüllung einer gesellschaftsvertraglich festgelegten Pflicht (§ 133 Abs 2 UGB).

⁴⁶⁹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 118 (FN 17).

⁴⁷⁰ Der Umstand, dass bei Vorliegen eines wichtigen Grundes immer erst ein Rechtsgestaltungsurteil erwirkt werden muss, um die Gesellschaft aufzulösen, ist aber insofern dispositiv, als es den Gesellschaftern frei steht, im Statut zu vereinbaren, dass zB ein Schiedsgericht entscheiden soll, oder dass eine einfache Willenserklärung ausreicht (*Koppensteiner* in *Straube*, HGB § 133 Rz 16). Dh, die verfahrenrechtliche Regelung ist im Wesentlichen frei vereinbar.

⁴⁷¹ Vgl bereits: *Koppensteiner* in *Straube*, HGB § 133 Rz 10 („Die Gesellschaft ist Objekt, nicht Subjekt des Rechtsstreits“); *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 52 f.

⁴⁷² Nur ein Gläubiger, der nicht zugleich Gläubiger der Gesellschaft ist, ist im Sinn von § 135 UGB aktivlegitimiert. Andernfalls würden ihm die (übrigen) Gesellschafter nach § 128 UGB persönlich haften und bestünde gar kein Bedürfnis nach einer Gesellschaftsaufkündigung (*Schummer*, Personengesellschaften⁶, 53).

⁴⁷³ Siehe § 47 Abs 2 EO: Innerhalb der letzten sechs Monate muss ergebnislos versucht worden sein, in das bewegliche Vermögen des Schuldners Exekution zu führen, dh Fahrnis- und/oder Forderungsexekution haben nicht zur Befriedigung der Gläubiger geführt.

⁴⁷⁴ *Koppensteiner* in *Straube*, HGB § 135 Rz 3.

Einschränkung, dass die Kündigung nicht arglistig, also rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen⁴⁷⁵ oder zur Unzeit⁴⁷⁶ ausgesprochen werden darf. Nach hA ist die Ausübung dieses Kündigungsrechtes auch nicht an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gebunden⁴⁷⁷; ob eine Kündigungsfrist eingehalten werden muss, ist hingegen strittig⁴⁷⁸. Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist diese gegenüber den übrigen Gesellschaftern abzugeben und wird mit Zugang wirksam⁴⁷⁹.

Nicht einig sind sich Schrifttum und Lehre hinsichtlich der Wirkung einer nach § 1212 ABGB ausgesprochenen Kündigungserklärung. Es ist anerkannt, dass im Gesellschaftsvertrag geregelt werden kann, welche Wirkung die Kündigung haben soll⁴⁸⁰. Für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag nichts vorsieht, geht die hM davon aus, dass die Rechtsfolge der Kündigung in der Auflösung der GesBR besteht. Danach wird also der Gesellschaftsvertrag als solcher aufgekündigt und nicht bloß die einzelne Mitgliedschaft des Aufkündigenden zur Gesellschaft (der Gesellschaftervertrag des Aufkündigenden)⁴⁸¹; im letzteren Fall würde man von einer Austrittskündigung sprechen.

⁴⁷⁵ Grillberger in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band §§ 1175 – 1502, Nebengesetze, 3. Auflage (2004) § 1212 Rz 8.

⁴⁷⁶ „Unzeit“ liegt laut Jud nur bei objektiven, das gemeinsame Interesse aller Gesellschafter berührenden Umstände vor (vgl. Dittich/Tades, Manz Große Ausgabe der Österreichischen Gesetze, 2. Band ABGB, 35. Auflage [1999] § 1212 E 2).

⁴⁷⁷ Dafür spricht schon der Gesetzeswortlaut, wonach jeder Gesellschafter „den Vertrag nach Willkür aufkündigen“ kann (§ 1212 ABGB).

⁴⁷⁸ Der Wortlaut des Gesetzes spricht mE dagegen (so auch Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 73) und geht auch der OGH in seiner Entscheidung vom 13.11.1985 zu 1 Ob 629/85, GesRZ 1986, 30, davon aus, dass die unbefristete GesBR nur „nicht zur Unzeit gekündigt werden darf, darüber hinaus aber die Einhaltung einer Frist keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist“; aA Grillberger in Rummel, ABGB³ § 1212 Rz 9 und 10 mwN.

⁴⁷⁹ Grillberger in Rummel, ABGB³ § 1212 Rz 1.

⁴⁸⁰ Siehe OLG Wien, 13 R 33/84, GesRZ 1984, 102.

⁴⁸¹ Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 72 mwN in FN 16; siehe auch Grillberger in Rummel, ABGB³ § 1212 Rz 2 mwN.

Der OGH vertritt idZ die Meinung, dass ein Austritt aus der GesBR nur in den Fällen der §§ 834 und 1189 ABGB in Frage kommt⁴⁸² und geht davon aus, dass die Gesellschaft in den übrigen Fällen aufgelöst wird⁴⁸³.

§ 1211 ABGB regelt die Kündigung der befristeten GesBR und verlangt das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinn einer außerordentlichen Kündigung. Zwar nennt das ABGB in § 1211 nur den Fall, dass ein Gesellschafter, von dem das Funktionieren der Geschäftsbetriebes in erster Linie abhängt, ausscheidet, doch gilt dies nicht als der einzige wichtige Grund⁴⁸⁴. Die Rechtsfolge besteht wieder in der Auflösung der GesBR samt nachfolgender finanzieller Auseinandersetzung⁴⁸⁵.

3. AG - AktG

Die Auflösung der AG durch Kündigung ist im Aktienrecht nicht vorgesehen. Auch der Aktionär kann seine Mitgliedschaft zur AG nicht aufkündigen, um auf diesem Weg die Rückzahlung seiner Einlage zu erreichen⁴⁸⁶. Darüber hinaus stellt § 203 Abs 2 AktG auch keine taugliche Grundlage für die Verankerung einer Kündigungsmöglichkeit in der Satzung dar und kann diese Bestimmung nicht mit der Ermächtigung nach § 84 Abs 2 gleichgesetzt werden⁴⁸⁷. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass man den Aktionären kein „den Bestand der AG gefährdendes Individualrecht“ einräumen dürfe⁴⁸⁸, zumal schon der von der Hauptversammlung zu fassende Auflösungsbeschluss jedenfalls einer qualifizierten 3/4-Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erfordert und

⁴⁸² Wenn der Gesellschafter bei wichtigen Veränderungen iSv § 834 ABGB überstimmt wird und wenn sich die Mehrheit weigert, dem Überstimmtten eine Sicherstellung für allfällige Schäden zu leisten (vgl dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 297, 298) bzw dann, wenn der Gesellschafter, der eine zur Erreichung des Gesellschaftszweck beschlossene Kapitalerhöhung nicht mittragen will (besonderes Austrittsrecht nach § 1189 ABGB aus wichtigem Grund).

⁴⁸³ OGH 1 Ob 125/69, SZ 42/117; aA *Strasser*, Die Beendigung der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (1963), 29 ff.

⁴⁸⁴ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 73 f.

⁴⁸⁵ AA *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1212 Rz 2, 3 mwN.

⁴⁸⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 286.

⁴⁸⁷ *C. Nowotny*, Die Auflösung der Aktiengesellschaft durch Kündigung, NZ 1974, 105.

⁴⁸⁸ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 321.

die gesetzlichen Annahmeerfordernisse durch die Satzung nur erschwert werden dürfen⁴⁸⁹.

Es ist auf den ersten Blick tatsächlich nicht leicht nachvollziehbar, warum es zulässig sein sollte, einen Aktionär über die Satzung mit der Macht auszustatten, die AG aufzukündigen und somit auflösen zu können. Die der gesetzlichen Regelung zugrundeliegende Wertung mag im Hinblick auf die börsennotierte AG ihre Berechtigung haben. Bei dieser rechtfertigen es Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern und Gesellschaftern, die Gestaltungsfreiheit einzuschränken⁴⁹⁰ und besteht bei diesen nicht zuletzt deshalb kein unbedingter Bedarf nach Zulassung einer Kündigung, weil der Aktionär jederzeit die Möglichkeit hat, seinen Anteil an der Gesellschaft am Aktienmarkt zu veräußern. Die Praxis zeigt jedoch, dass die Anzahl der nicht börsennotierten AGen bei etwa 90% liegt und somit die Zahl jener, deren Anteile an der Börse gehandelt werden bei weitem übersteigt. Somit nähert sich aber der größte Teil der AGen in ihrer insofern personalistischen Struktur der GmbH und erscheint es angebracht auch hier über die Etablierung von Kündigungsrechten zumindest nachzudenken⁴⁹¹.

4. Dt GmbH-Recht

Der Katalog des § 60 Abs 1 dGmbHG enthält keine Kündigungsbestimmung; auf Grundlage von § 60 Abs 2 dGmbHG ist es jedoch ebenso wie nach § 84 Abs 2 möglich, Kündigungsrechte im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Insoweit entsprechen einander also die dt und die österr Rechtslage.

C. Kategorien

Die Gruppe der gesellschaftsvertraglich verankerten Kündigungsklauseln kann man nach verschiedenen Kriterien einteilen:

⁴⁸⁹ Geist in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 203 Rz 19.

⁴⁹⁰ C. Nowotny, Die Auflösung der Aktiengesellschaft durch Kündigung, NZ 1974, 105 (107).

⁴⁹¹ Elsner, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 175 (177).

1. Ordentliche vs außerordentliche Kündigung

Inhaltlich betrachtet kann das Recht zur Aufkündigung im Vertrag unbedingt eingeräumt sein oder von bestimmten Voraussetzungen, den Kündigungsgründen, anhängen:

a. ordentliche Kündigung

„Jeder Gesellschafter ist berechtigt, die Gesellschaft (unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zum Ende eines jeden Geschäfts-/Kalenderjahres) aufzukündigen“⁴⁹².

Das vertraglich eingeräumte ordentliche Kündigungsrecht besteht seinem Wesen nach darin, die Gesellschaft, in concreto den Gesellschaftsvertrag, mit sofortiger Wirkung oder unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist zu einem bestimmten Termin auflösen zu können⁴⁹³. Insbesondere ist keine Begründung im Sinn eines Kündigungsgrundes erforderlich; es müssen sich also keinerlei im Statut vordefinierte Ereignisse verwirklicht haben.

Der sorgfältige Gesellschaftsvertragserrichter wird jedenfalls darauf achten bzw rechtsberatend darauf hinweisen, dass de lege lata keine Kündigungsmöglichkeit besteht; dass es jedoch den Gründern und den Gesellschaftern im Rahmen einer späteren Vertragsänderung unbenommen ist, ein derartiges Recht in das Statut zu schreiben, um individuell dafür Vorsorge zu treffen, dass es irgendwann einmal nicht zum einem sog „dead lock“ kommt, wobei hier insb bei dem in der Praxis häufig vorkommenden GmbH-Typus⁴⁹⁴, an dem zwei Gesellschaftern zu gleichen Teilen beteiligt sind⁴⁹⁵, Vorsicht geboten ist.

⁴⁹² Für weitere Muster siehe *Fritz*, GmbH-Praxis I Muster 1.2901 bis 1.2906, 132 ff.

⁴⁹³ *Fritz*, Wie gründe ich eine GmbH richtig? Rz 419. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 675.

⁴⁹⁴ Vgl *Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz 382.

⁴⁹⁵ Schon *Hannak* weist darauf hin, dass nahezu die Hälfte aller GmbHen lediglich aus zwei Gesellschaftern besteht (vgl *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 ff).

b. außerordentliche Kündigung

„Jeder Gesellschafter ist berechtigt, die Gesellschaft unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zum Ende eines jeden Geschäfts-/Kalenderjahres aufzukündigen, wenn... (ein Kündigungsgrund verwirklicht ist)“⁴⁹⁶.

Nach *K. Schmidt* kann auch eine im Statut verankerte Kündigungsmöglichkeit, welche das Vorliegen eines wichtigen Grundes erfordert, als außerordentliche Kündigung bezeichnet werden⁴⁹⁷ und verbindet man mit dem Begriff „Außerordentlichkeit“ *mE* bestenfalls das Erfordernis eines wichtigen Grundes und grenzt anhand des Kriteriums „wichtiger Grund“ die ordentliche von der außerordentlichen Kündigungsklausel ab⁴⁹⁸. *Reich-Rohrwig* bezeichnet dagegen offensichtlich nur die jedenfalls nicht gesellschaftsvertraglich vorgesehene Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, die gerichtlich mittels Klage geltend zu machen ist, als außerordentliche Kündigung⁴⁹⁹.

Von der ein Rechtsgestaltungsurteil erfordernden und insofern „außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund“ (Auflösungsklage), die nicht auf einer vertraglichen Bestimmung beruht, kann man die hier als außerordentlich bezeichnete dadurch unterscheiden, dass Letztere schon dadurch in Vollzug gesetzt werden kann, indem die entsprechende Willenserklärung abgegeben bzw wirksam wird und gerade nicht die Geltendmachung mittels Klage verlangt. Die Tatsache, dass die Geltendmachung einen wichtigen Grund verlangt, bedeutet dann eben noch nicht, dass ein die Rechtslage erst gestaltendes Urteil gefällt werden muss⁵⁰⁰. Das

⁴⁹⁶ Hier könnte man *mE* diejenigen Umstände als wichtige Gründe einfügen, die als Beispiele für statutarische Auflösungsgründe im Sinn von § 84 Abs 2 angeführt sind.

⁴⁹⁷ *K. Schmidt* in *Scholz, GmbHG II*⁹ § 60 Rz 77 ff, siehe auch *Priester/Mayer*, MHB des Gesellschaftsrechtes 1057.

⁴⁹⁸ OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g; 21.1.2003, 5 Ob 306/02i; 16.9.1993, 8 Ob 12/93; 26.11.1987, 6 Ob 671/87; 28.1.1987, 3 Ob 616/86; 22.1.1986, 3 Ob 609/85; 12.2.1986, 1 Ob 629/85; 28.8.1980, 7 Ob 632/80; 19.3.1980, 6 Ob 791/79 uvam.

⁴⁹⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 673.

⁵⁰⁰ Einen weiteren Anhaltspunkt dafür kann man *mE* aus § 184 Abs 1 UGB (früher § 339 HGB) entnehmen; hier ist für die stille Gesellschaft ein außerordentliches Kündigungsrecht normiert und wird die stille Gesellschaft mit dem wirksamen Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung sofort als aufgelöst angesehen (vgl OGH 3 Ob 616/86, SZ 60/14), wobei sich das auch schon aus dem Gesetz ableiten lässt - § 184 UGB verweist auf §§ 132, 134 und 135 UGB, nicht aber auf § 133 UGB, der zweifelsfrei eine Rechtsgestaltungsklage erfordert.

Unterscheidungsmerkmal ist demnach die Art der Geltendmachung. Fest steht, dass man immer dann, wenn das Vorliegen eines Grundes erforderlich ist, von einer außerordentlichen Kündigung sprechen kann, selbst wenn diese Möglichkeit gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist⁵⁰¹.

2. Einschränkung in der Ausübung - Treuepflichten?

Hat man die in vielen Fällen notwendige Kündigungsmöglichkeit statutarisch geschaffen, bedeutet dies noch nicht, dass der daraus dem Grund nach Berechtigte die Gesellschaft auch tatsächlich jederzeit oder – allgemein formuliert – willkürlich aufkündigen darf bzw dies rechtswirksam tun kann; dagegen sprechen *mE* mehrere Gründe:

Schranken können sich im Rahmen der Ausübung des Kündigungsrechtes zunächst aus der die Gesellschafter bindenden Treuepflicht⁵⁰² ergeben. Diese Treue- oder Loyalitätspflicht⁵⁰³ besteht zum einen gegenüber der GmbH, zum anderen gegenüber den Mitgesellschaftern und ist dem Grund nach bereits seit Anfang der 1980er Jahre anerkannt. *Reich-Rohrwig* sieht darin die Pflicht, auf die Interessen der Minderheit Rücksicht zu nehmen, wenn es der Mehrheit möglich ist, durch Einflussnahme die Interessen der Minderheitsgesellschafter zu beeinträchtigen bzw deren Rechtsposition mit zu gestalten⁵⁰⁴. Die Auswirkungen, die mehrheitlich getragene Entscheidungen auf die überstimmte Minderheit haben, lässt ein gewisses Maß an Treuepflicht *mE* schon deshalb als gerechtfertigt erscheinen und kann dies insoweit als Ausgleich für das Abgehen vom Einstimmigkeitsprinzip angesehen werden⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ *K. Schmidt* (in *Scholz, GmbHG II*⁹ § 60 Rz 77) lässt auch die außerordentliche Kündigung nur aufgrund des Gesellschaftsvertrages zu.

⁵⁰² Vgl *K. Schmidt* in *Scholz, GmbHG II*⁹ § 60 Rz 77, der die Ausübung des Kündigungsrechtes in die durch das Schikaneverbot vorgegebenen Grenzen verweist und die mitgliedschaftliche Treuepflicht hervorhebt; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*⁵, 12 f.

⁵⁰³ *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³, § 61 Rz 8.

⁵⁰⁴ *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141.

⁵⁰⁵ BGH II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18.

Laut OGH⁵⁰⁶ ist die Treuepflicht „die Folge der engen gemeinschaftlichen Bindung der Gesellschafter und beruht auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs sowie auf Treu und Glauben“. Sie manifestiert sich darin, dass die Gesellschafter das „Wohl der Gesellschaft zu beachten und auf die persönlichen Interessen der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen haben, soweit der Gesellschaftszweck dies verlangt bzw die Zusammenarbeit der Gesellschafter es erfordert.“ Laut Jud ist zudem anerkannt, dass die Intensität der zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treuepflicht umso stärker ist, je mehr die GmbH personalistisch strukturiert ist⁵⁰⁷. In der dt Jud wird die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht seit der sog ITT-Entscheidung des BGH vom 5.6.1975⁵⁰⁸ anerkannt und wurde danach in weiteren Entscheidungen bestätigt⁵⁰⁹.

Eine allgemeine Determination dessen, was die Treuepflicht inhaltlich ausmacht besteht, soweit überblickbar, nicht. Im weitesten Sinn lassen sich Rücksichtsnahme- und Loyalitätspflichten der Gesellschafter darunter verstehen. Ein Schädigungs- und Schikaneverbot wird man *mE* jedenfalls auch unter die Treuepflicht subsumieren können, ebenso den Gleichbehandlungsgrundsatz⁵¹⁰ und ein Missbrauchsverbot. Insbesondere aus dem Missbrauchsverbot kann lässt sich ableiten, dass ein Gesellschafter von dem ihm vertraglich eingeräumten Kündigungsrecht in Ansehung des Gesellschaftszwecks der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft jedenfalls nicht zur sog Unzeit oder arglistig Gebrauch machen darf⁵¹¹.

⁵⁰⁶ Vgl OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87; in dem Fall ging es um eine Klage auf Mitwirkung von Gesellschaftern an einer Abberufungsklage gegen einen Geschäftsführer.

⁵⁰⁷ OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88; 10.4.2008, 6 Ob 37/08x.

⁵⁰⁸ BGH II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18.

⁵⁰⁹ BGH 1.2.1988, II ZR 75/87.

⁵¹⁰ Vgl OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80. Siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 8 ff.

⁵¹¹ Nach § 1212 ABGB ist die Einschränkung des ordentlichen Kündigungsrechtes bei der GesBR dann vorgesehen, wenn sie zB in Schädigungsabsicht erfolgt, oder wenn die Kündigung im Zeitpunkt ihres Ausspruches die übrigen Gesellschafter wesentlich benachteiligen würde und sich solche Nachteile bereits durch einen kurzen Aufschub beseitigen ließen (vgl *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1212 Rz 8 f). Siehe auch *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 77.

In der E vom 28.4.2003 hat der OGH - es ging um die Aufkündigung eines Syndikatsvertrages - festgehalten⁵¹², dass „die freie Kündbarkeit eines nicht auf bestimmte Zeit eingegangenen Dauerrechtsverhältnisses zwar die grundsätzliche Regel darstellt, wobei aber gleichzeitig stets auch die Parteienabsicht maßgeblich ist, welche uU darauf ausgerichtet sein kann, die jederzeitige Kündbarkeit ohne positive Begründung nicht zuzulassen“. Die Absicht wird man idR durch Auslegung zu ermitteln haben. Bereits 1985 hat der OGH⁵¹³ festgehalten, dass sich ein zeitlicher befristeter Ausschluss des Kündigungsrechtes schlüssig aus dem Vertragszweck ergeben kann, wenn dieser nur mit einer längerfristigen Bindung der Parteien zu vereinbaren ist.

Anerkennt man nun weiters, dass die GmbH ein Dauerrechtsverhältnis darstellt⁵¹⁴, was *mE* nicht grundsätzlich von der Hand zu weisen ist, wenn man sich die allgemeine Definition der GmbH vor Augen hält⁵¹⁵, lässt sich diese Einschränkung der jederzeitigen Kündigung auch auf GmbH übertragen und wird somit beachtlich. Allfälliger Kritik, die zitierten Entscheidungen würden sich ausschließlich auf Gesellschaften nach bürgerlichem Recht beziehen und dürften nicht unreflektiert auf die GmbH als Kapitalgesellschaft übertragen werden, könnte man *mE* am besten mit dem mehrfach geäußerten Argument entgegenen, dass die bestehende Treuepflicht nicht speziell auf Personengesellschaften zugeschnitten ist, sondern handelt es sich nach *K. Schmidt* um einen „allgemeinen verbandsrechtlichen Grundsatz, der ungeachtet der personalistischen oder kapitalistischen Ausgestaltung der

⁵¹² OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g.

⁵¹³ Siehe OGH 13.11.1985, 1 Ob 629/85; auch hier ging es um einen Syndikatsvertrag und somit um eine GesBR. Laut dem der E zugrundeliegenden Sachverhalt waren die Parteien zu gleichen Teilen an einer GmbH beteiligt. Ein Prozent hatten sie zur Sicherung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft auf einen weisungsfreien Treuhänder übertragen, dessen Treuhandschaft nur von beiden Teilen gemeinsam kündbar war. Daraus wurde vom OGH geschlossen, dass die Vereinbarung, sollte sie in Konfliktfällen ihre Funktion erfüllen, gerade nicht ohne wichtigen Grund einseitig kündbar sein könne und daher die ordentliche Kündigung für die Dauer der gleich hohen Beteiligung der Parteien ausgeschlossen.

⁵¹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 21, *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 669, *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 12; siehe auch *Schinas*, Rechtsfolgen des Verzugs des Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Erwerbsgesellschaft mit seiner Beitragspflicht, JBI 1981, 349 (357).

⁵¹⁵ Vgl die Definition des „vorübergehenden Schuldverhältnisses“ bei *Otto v. Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 64 (1914), 355 (357).

Gesellschaftsform“ gelten soll⁵¹⁶. Unabhängig davon, dass die GmbH praktisch in vielen Fällen hinsichtlich ihrer Organisation und Struktur ohnehin den Personengesellschaften angenähert ist, könnte also die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in Ausnahmefällen durchaus als Grundlage dafür angesehen werden, die jederzeitige freie Aufkündbarkeit zu beschränken.

3. Allgemeines Kündigungsrecht vs Sonderrecht

Dieses Begriffspaar unterscheidet nach der Person des bzw der Berechtigten, also danach, wem das Recht zur Aufkündigung nach der Satzung zusteht⁵¹⁷:

a. Gleiches Kündigungsrecht

Das Recht zu kündigen, steht allen Gesellschaftern frei und ohne jegliche Einschränkung zur Verfügung bzw gelten allfällige Beschränkungen, insbesondere Fristen und Termine oder das Erfordernis eines wichtigen Grundes, für alle Gesellschafter gleichermaßen. Einzige Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines solchen Kündigungsrechtes muss sein, dass der Kündigende im Zeitpunkt der Erklärung Gesellschafter ist.

b. Kündigung als Sonderrecht⁵¹⁸

„Dem Gesellschafter XY wird als Sonderrecht das Recht eingeräumt, die Gesellschaft unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zum Ende eines jeden Geschäfts-/Kalenderjahres/Monats oÄ aufzukündigen, (wenn... [ein Kündigungsgrund verwirklicht ist])“⁵¹⁹.

⁵¹⁶ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 589 ff. Siehe auch Reich-Rohrwig, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141.

⁵¹⁷ Fritz, Wie gründe ich eine GmbH richtig? Rz 419. Auch diese Festlegung obliegt den Gesellschaftern und ist Sache der vertraglichen Ausgestaltung (Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 675).

⁵¹⁸ Als Sonderrecht kann man „ein einem einzelnen Gesellschafter ohne erkennbare Gegenleistung gewährtes Recht verstehen, das anderen Gesellschaftern nicht zusteht“ (vgl zB Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 6 Rz 25 und § 50 Rz 12). Voraussetzung für ein die Gesellschaft bindendes Sonderrecht ist aber, dass dieses dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen ist (OGH 22.11.1988, 5 Ob 626/88).

⁵¹⁹ Siehe zB Fritz, GmbH-Praxis I Muster 1.3001, 135.

Es wird als zulässig erachtet, das Kündigungsrecht auch nur einem einzigen Gesellschafter einzuräumen und andere davon auszuschließen⁵²⁰ und kann auch geregelt sein, dass nur eine bestimmte Mehrheit – an Köpfen oder an Kapital berechnet – aufkündigen darf⁵²¹.

D. Inhaltliche Ausgestaltung

Im Interesse der Rechtssicherheit ist es geboten, gesellschaftsvertraglich durch die Aufnahme detaillierter Bestimmungen festzulegen, wie sich die Inanspruchnahme eines Kündigungsrechtes zu vollziehen hat; speziell geht es um die Klärung folgender Fragen:

- Wem steht ein Kündigungsrecht überhaupt zu (Aktivlegitimation)?
- Welche Fristen und Termine sind einzuhalten (Frist, Termin)?
- Wem gegenüber ist die Kündigung zu erklären (Erklärungsgegner)?
- Welche Form ist dabei einzuhalten (Form)?
- Welche Wirkung hat die Kündigung (Wirkung)?
- Wie soll sich ein allfälliges Ausscheiden vollziehen (Vollzug)?
- Wie erfolgt die finanzielle Auseinandersetzung (Abfindung)?

Auf die Aktivlegitimation wurde bereits eingegangen. In welcher Form der Berechtigte die Kündigung auszusprechen hat, ist vertraglich festzulegen. Empfohlen wird Schriftlichkeit, bestenfalls verbunden mit einem Zugangsnachweis⁵²². Es ist üblich und empfehlenswert, eine Kündigungsfrist samt Termin vorzusehen; dies liegt idR im Interesse aller Beteiligten, um geeignete Nachfolgeregelungen treffen zu können. Man sollte im Übrigen auch regeln, unter welchen Voraussetzungen die Frist zur Abgabe der Kündigungserklärung gewahrt ist⁵²³. So hat man einen konkreten

⁵²⁰ *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 84 Rz 25. Insbesondere dieser Aspekt macht ein Kündigungsrecht zu einem Sonderrecht.

⁵²¹ *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht* 675.

⁵²² Häufig finden sich Klauseln, wonach ein eingeschriebener Brief erforderlich ist. Dieser kann mit einem sog Rückschein aufgegeben werden; *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht* 675.

⁵²³ ZB: Die Frist ist gewahrt, wenn der eingeschriebene Brief spätestens am letzten Tag vor Beginn der Kündigungsfrist zur Post gegeben wird.

Nachweis für die Rechtzeitigkeit. Sollte eine derartige Regelung nicht enthalten sein, muss die Kündigung dem richtigen Kündigungsadressaten vor Beginn der Kündigungsfrist zugehen und trägt der Aufkündigende insofern das Risiko der Rechtzeitigkeit⁵²⁴.

Als einseitige Willenserklärung⁵²⁵ wird die Kündigung nicht schon deshalb wirksam, weil sie – in welcher Form auch immer – geäußert wird, dh die Sphäre des Erklärenden verlassen hat. Nach der sog Empfangstheorie gilt, dass Willenserklärungen erst dann rechtlich wirksam werden, wenn sie zugegangen sind⁵²⁶. Hier gilt es festzulegen, wem gegenüber aufzukündigen ist. Möglich ist die Erklärung der Aufkündigung gegenüber der Gesellschaft selbst; dann ist sie an den oder die Geschäftsführer zu richten⁵²⁷. Es ist aber auch zulässig, vorzusehen, dass die Kündigung sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber allen anderen Gesellschaftern erklärt werden muss⁵²⁸. Das wird vor allem dann Sinn machen, wenn im Rahmen der Aufkündigung Aufgriffsrechte und / oder -pflichten vorgesehen sind, oder wenn die Möglichkeit zur Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses gegeben ist, zumal diese Entscheidung in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafter fällt. Wirksam wird die Kündigung dann, wenn sie fristgerecht dem letzten Erklärungsgegner zugegangen ist⁵²⁹.

Wie aufgezeigt, ist der gesellschaftsvertragliche Regelungsspielraum groß und sollte dies *mE* auch ausgenützt werden. Oft entstehen Streitigkeiten erst viele Jahre nach Abfassen des Statuts, und je detaillierter die Regelungen in Bezug auf das

⁵²⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 112.

⁵²⁵ *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, 380.

⁵²⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 111.

⁵²⁷ Um Probleme zu vermeiden sollte die Kündigung gegenüber allen Geschäftsführern abgegeben werden.

⁵²⁸ Siehe Muster für die verschiedensten Vertragsklauseln bei *Fritz*, GmbH-Praxis I Muster 1.3401 und 1.3402, 155. Alternative dazu könnte die Verpflichtung der Geschäftsführer zur unverzüglichen Verständigung der Gesellschafter vorgesehen werden; *mE* ist es jedoch sicherer, den Kündigungsadressaten eindeutig dahingehend zu determinieren, dass gegenüber sämtlichen Gesellschaftern aufzukündigen ist.

⁵²⁹ *Weitbrecht* in *Priester/Mayer*, MHB des Gesellschaftsrechtes 1055, 1056.

Kündigungsrecht ausgestaltet sind, desto einfacher ist die klare Rechtsanwendung im Bedarfsfall.

E. Wirkung der Kündigung

Wenn Kündigungsklauseln gesellschaftsvertraglich vorgesehen sind, können sie weiters dahingehend unterschieden werden, welche Rechtsfolgen mit ihrer Geltendmachung verbunden sind. Grundsätzlich hat sich die Lösung der Frage nach der Kündigungswirkung danach zu richten, was der Gesellschaftsvertrag diesbezüglich vorsieht. Die Kündigungswirkung sollte daher möglichst klar und eindeutig feststellbar sein. In Frage kommen⁵³⁰:

1. Auflösung vs Austritt

a. Auflösungskündigung

Die Rechtsfolge besteht darin, dass die GmbH mit Wirksamwerden der Kündigungserklärung als aufgelöst gilt, in das Abwicklungsstadium eintritt und zu liquidieren ist.

b. Austrittskündigung

Die Kündigungsfolge könnte im Vertrag auch so geregelt werden, dass die Erklärung des Ausscheidungswilligen als Austritt gewertet wird, der den Bestand der GmbH als Rechtssubjekt prinzipiell unberührt lässt. In vielen Fällen wird es nicht sinnvoll oder gewollt sein, dass die Aufkündigung durch einen Gesellschafter notwendigerweise dazu führt, die gesamte GmbH liquidieren zu müssen; die Interessen des einen gleichen in der Regel nicht jenen des anderen Gesellschafters. Dies muss umso mehr gelten, wenn nur einer von mehreren das Kündigungsrecht in Anspruch nimmt. Da jedoch positivierte Normen für eine Austrittskündigung fehlen, kommt eine solche Rechtsfolgendeutung grundsätzlich nur dann in Frage, wenn es entsprechende Regelungen in der Satzung, va im Hinblick auf die Abfindungsfinanzierung und die

⁵³⁰ Nach *K. Schmidt in Scholz, GmbHG II* § 60 Rz 77 gibt es drei Varianten; neben Auflösung und Austritt gibt es als dritte Art eine „Ausschlusskündigung“ iSe Hinauskündigung.

Übernahme des frei werdenden Geschäftsanteiles, gibt⁵³¹. Eine Vertragsklausel mit Austrittswirkung könnte in etwa lauten wie folgt⁵³²:

- „Die Aufkündigung des Gesellschaftsvertrages hat nicht die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zur Folge. Die verbleibenden Gesellschafter haben das Recht, den Geschäftsanteil des Aufkündigenden innerhalb einer Frist von ... zu einem Preis von ... (Bewertungsmethode) zu übernehmen“; oder – ergänzend bzw daran anschließend -:
- „Die Kündigung hat nicht die Auflösung zur Folge, wenn der / die übrigen Gesellschafter binnen einer Frist von ... die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen und den Austretenden abfinden“.

Dh immer dann, wenn der Vertrag Aufgriffsrechte bzw Aufgriffspflichten zugunsten von Mitgesellschaftern oder Dritten oder eine Fortsetzungsklausel verbunden mit Abfindungsmechanismen enthält, wird eine Kündigung den Bestand der GmbH zumindest vorerst nicht berühren und die Erklärung faktisch als Austritt zu werten sein⁵³³. Erst nach ergebnislosem Verstreichen der Frist ist die GmbH aufgelöst und zu liquidieren⁵³⁴. Die Austrittskündigung verliert somit nicht ihre Wirkung, sondern ist in eine Auflösungskündigung umzudeuten, wenn schlussendlich keine Nachfolgeregelung im Hinblick auf den Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters gefunden werden kann⁵³⁵.

2. Exkurs: Aufgriffsrechte und Übernahmepflichten

Man kann Aufgriffsrechte aus der Sicht des daraus Berechtigten als Übernahmrechte, die die Verpflichtung eines Gesellschafters zur zukünftigen

⁵³¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 25.

⁵³² Für diverse Mustervertragsklauseln siehe *Fritz*, GmbH-Praxis I Muster 1.2901 bis 1.2906.

⁵³³ *Burgstaller/Viechtbauer*, Zur Kündigung der GmbH – unvollständige Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, GesRz 1999, 17; *Fritz*, Wie gründe ich ein GmbH richtig? Rz 416.

⁵³⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 677.

⁵³⁵ Siehe *Burgstaller/Viechtbauer*, Zur Kündigung der GmbH – unvollständige Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, GesRz 1999, 14.

Übertragung von dessen Geschäftsanteil darstellen, bezeichnen. Es ist zulässig, derartige Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren⁵³⁶.

Häufig wird einem, mehreren oder allen übrigen Gesellschafter anteilmäßig im Zusammenhang mit der Verankerung von Kündigungsrechten im Statut das Recht eingeräumt, den Geschäftsanteil des Kündigenden zu übernehmen. Im Vordergrund steht also das Recht der Mitgesellschafter, welches mit einer Pflicht des ausscheidungswilligen Gesellschafters einhergeht⁵³⁷. Das Aufgriffsrecht des einen entspricht der Übertragungspflicht des anderen Gesellschafters⁵³⁸. Inhaltlich betrachtet handelt es sich bei einem solchen Recht um ein Vorkaufsrecht nach §§ 1072 ABGB⁵³⁹, welches aber gleichzeitig ein Abtretungsverbot bewirkt, das erst durch den „Verzicht oder die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes erlischt und bis dahin absolute Wirkung entfaltet“. Wird der Geschäftsanteil an einen Dritten abgetreten, ohne diesen davor dem oder den Berechtigten zum Erwerb angeboten zu haben – wird also das vereinbarte Aufgriffsrecht missachtet –, hat dies die Nichtigkeit des der Abtretung zugrundeliegenden Verfügungsgeschäftes zur Folge und steht der betreffende Geschäftsanteil nach wie vor im Eigentum des Veräußerers, sodass der übergangenen Aufgriffsberechtigte seine Ansprüche (nach wie vor) gegenüber dem rechtswidrig Abtretenden durchzusetzen hätte; nur gegenüber diesem kann er mit Leistungsklage vorgehen⁵⁴⁰. Für den Fall, dass der Erwerber – egal ob gut- oder bösgläubig – bereits als Gesellschafter ins Firmenbuch eingetragen worden sein sollte, kann diese Eintragung als materiell unrichtig gelöscht werden⁵⁴¹.

Davon ist das Andienungsrecht des Ausscheidungswilligen zu trennen. Bei diesem liegt die Betonung auf einem Gestaltungsrecht desjenigen, der die Gesellschaft

⁵³⁶ *Frizberg/Frizberg*, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH-Anteile durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluss, *ecolex* 1996, 753.

⁵³⁷ *Karollus/Geist*, Aufgriffs- oder Andienungsrecht? Zur Auslegung mehrdeutiger Regelungen in einem GmbH-Vertrag, *NZ* 1997, 1 (3).

⁵³⁸ OGH 1.7.1971, 1Ob 116/71.

⁵³⁹ OGH 6 Ob 205/04x, *ecolex* 2005, 772.

⁵⁴⁰ OGH 8 Ob 631/90, *SZ* 65/60.

⁵⁴¹ OGH 6 Ob 289/05a, *ecolex* 2006, 664.

verlassen will⁵⁴². Im Zusammenhang mit einer Kündigung lässt sich eine solche Regelung als Übernahmespflicht eines, mehrerer oder von allen übrigen Gesellschaftern anteilmäßig verstehen⁵⁴³, die dem Kündigenden jedenfalls das Tor zur finanziell – dem Grund nach - gesicherten Lösung aus der GmbH öffnet, was man materiell *mE* auch als Austrittsrecht verstehen kann⁵⁴⁴.

Der Sinn und Zweck von derartigen Regelungen besteht darin, zu verhindern, dass die Normalrechtsfolge der Kündigung – die Gesellschaftsauflösung – eintritt und die GmbH zu liquidieren ist. Im Zusammenhang mit gesellschaftsvertraglichen Kündigungsklauseln wird man daher sehr häufig zulässigen Regelungen begegnen, deren Ziel der Weiterbestand der Gesellschaft bei gleichzeitiger Verhinderung der Liquidation ist, ohne das Kündigungsrecht auszuschließen⁵⁴⁵. In allen Fällen ist eine exakte Formulierung im Vertrag unbedingt erforderlich.

3. Das Problem der unvollständigen Kündigungsklauseln

Man spricht von sog einfachen Kündigungsklauseln, die nur das Recht zur Kündigung als solches, gegebenenfalls noch in Kombination mit der Regelung von Fristen und Terminen, statuieren, ohne jedoch die Wirkung der Kündigungserklärung zu konkretisieren⁵⁴⁶. Der Rechtsanwender wird sich nicht selten mit der Auslegung von Kündigungsklauseln auseinandersetzen müssen, zumal das Kündigungsrecht in Gesellschafterverträgen – dies zeigt die Praxis – oft nur rudimentär geregelt ist und nicht der gesellschaftlichen Struktur der konkreten GmbH angepasst wird⁵⁴⁷. Dann muss versucht werden, über die Auslegung zu Lösungen zu kommen.

⁵⁴² *Karollus/Geist*, Aufgriffs- oder Andienungsrecht? Zur Auslegung mehrdeutiger Regelungen in einem GmbH-Vertrag, NZ 1997, 1 (3)

⁵⁴³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 676.

⁵⁴⁴ *Fritz*, Wie gründe ich eine GmbH richtig? Rz 413.

⁵⁴⁵ *Fritz*, Wie gründe ich eine GmbH richtig? Rz 416; *Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 175 (177); OGH 25.9.2003, 2 Ob 189/01k.

⁵⁴⁶ Siehe *Burgstaller/Viechtbauer*, Zur Kündigung der GmbH – unvollständige Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, *GesRz* 1999, 14 FN 8.

⁵⁴⁷ Stichwort: „dead lock“.

„Welche Wirkung eine einfache Kündigungsklausel haben soll“, ist laut OGH grundsätzlich „eine Frage der Vertragsauslegung“; es „kommt dabei entscheidend auf den Geschäftszweck des Vertrages an, wobei die einzelnen Bestimmungen im Zusammenhalt mit dem übrigen Vertragsinhalt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, aus denen sich die Absicht der Vertragsparteien schließen lässt, zu beurteilen sind. Im Zweifel ist jener Interpretation der Vorzug zu geben, die eine wirksame und sinnvolle Anwendung der strittigen Bestimmung ermöglicht“⁵⁴⁸.

Nach derzeit wohl hA kann man sagen, dass die Kündigung der GmbH im Zweifel die Auflösung der Gesellschaft bedingt⁵⁴⁹. Es gibt dagegen Meinungen im Schrifttum, die dafür eintreten, dass die Kündigung im Zweifelsfall nicht die Auflösung bewirke, sondern als Austritt zu werten sei; dies insbesondere deshalb, weil der Austritt „schwächer wirken“ soll, als die Auflösung und dürfe es nicht der Willkür des Einzelnen überlassen werden, einen (lebenden) wirtschaftlichen Verband zu zerschlagen⁵⁵⁰. *ME* kann die Deutung der Kündigung im Sinn einer bloßen Austrittskündigung aus folgenden Gründen nicht richtig sein:

Dass die Normalrechtsfolge der Kündigung in der Gesellschaftsauflösung gesehen werden muss, sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht, ergibt sich *mE* schon daraus, dass die Vereinbarung eines Kündigungsrechtes geradezu als Paradebeispiel eines nach § 84 Abs 2 vereinbarten Auflösungsgrundes angesehen wird, also auf eine Beendigung des Rechtssubjektes hinauslaufen soll⁵⁵¹.

Ein weiterer Anhaltspunkt für diese Auffassung lässt sich mit Hilfe der Auslegung des Wortes „Kündigung“ gewinnen, welches üblicherweise in dem Sinn verwendet wird, als es dazu dient, die Beendigung eines Rechtsverhältnisses zu umschreiben bzw

⁵⁴⁸ OGH 4 Ob 596/73, HS IX/2 mwN. Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen: *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 15 ff.

⁵⁴⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 677; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 776; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 25, wohl auch *Gellis/Feil*, GmbHG³ § 84 Rz 12 (*mE* undeutlich gehalten); OGH HS IX/2. Seit der 7. Auflage von *Scholz*, GmbHG, wird auch wieder die Rechtsansicht vertreten, dass die ein Kündigungsrecht einräumende Vertragsbestimmung, die nicht erkennbar als Austritt zu werten ist, eine Auflösungsnorm ist (*K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 77).

⁵⁵⁰ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius 516.

⁵⁵¹ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90, abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1

verwendet wird, wenn es darum geht, dessen Auflösung herbeizuführen. So gilt die Aufkündigung zB als Regelfall der Auflösung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandverhältnisses⁵⁵². Schon *Gierke* führt 1914 dazu treffend aus, dass „*dauernde Schuldverhältnisse*“ mittels Kündigung zum Erlöschen gebracht werden können und kann die GmbH *mE* wohl schwerlich als Zielschuldverhältnis betrachten werden⁵⁵³.

Im Recht der Personengesellschaften ist die Kündigung in § 131 Z 6 UGB explizit als Auflösungsgrund verankert. Daran anknüpfend regelt § 141 UGB, dass die Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft deren Fortbestand beschließen können, sofern die Auflösung nicht die Folge der Konkureröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters ist⁵⁵⁴. Die grundsätzliche Fortsetzungsmöglichkeit der aufgelösten Gesellschaft wurde also im UGB auch gesetzlich verankert und folgt daraus, dass die Auflösung die Regel darstellt.

Wünsch vertritt dagegen die Ansicht, dass die (ausgesprochene) Kündigung nicht notwendigerweise bedeuten muss, dass die GmbH aufgelöst ist. Er argumentiert in erster Linie damit, dass man dem einzelnen Gesellschafter nicht die Zerschlagung des Unternehmens ermöglichen dürfe, weshalb der Austrittswirkung als der schwächeren Folge der Vorzug zu geben sei. *Wünsch* behandelt das Thema aber unter Zugrundelegung der Annahme, dass dem Ausscheidungswilligen die Abfindung unter Berücksichtigung der zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften zukommt bzw für deren Bezahlung entsprechende Vorsorge getroffen wurde⁵⁵⁵. Ist das so, dann scheint es *mE* natürlich nicht schwierig in Richtung Austrittswirkung zu argumentieren. Gleichzeitig ist daraus zu schließen, dass auch *Wünsch* nur dann für eine Austrittswirkung eintritt, wenn die Abfindung sichergestellt ist. Da es aber hierfür nun keine zwingenden Anhaltspunkte gibt, insbesondere keine Pflicht der übrigen

⁵⁵² *Dirnbacher*, MRG idF der WRN 2006 (2007), 367.

⁵⁵³ *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, 355 (379 ff).

⁵⁵⁴ § 141 Abs 3 UGB; in diesem Fall wäre § 144 UGB anzuwenden.

⁵⁵⁵ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS-Demelius 509 (516, 517).

Gesellschafter zur Abschichtung des Kündigenden auszumachen ist, kann man *mE* nicht davon sprechen, dass die Kündigung jedenfalls im Zweifel zum Austritt führt⁵⁵⁶.

Auch aus den Hinweisen auf die strukturellen Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften⁵⁵⁷, insbesondere hinsichtlich der unterschiedlichen Haftungsordnungen, dem grundsätzlich vom Gesellschafterwechsel unabhängigen Bestandscharakter der Kapitalgesellschaften und einer Rücksichtnahmepflicht auf öffentliche Interessen, lässt sich *mE* keine zwingende Zweifelsregel im Hinblick auf eine Austrittswirkung ableiten; im Gegenteil sprechen diese Aspekte *mE* eher für die Auflösung. Zudem anerkennt *Wünsch* selbst, dass die Frage, „was mit dem Geschäftsanteil des Kündigenden geschehen soll“, wenn dieser aus der GmbH ausscheidet, völlig ungeklärt ist⁵⁵⁸. Würde man dessen Zweifelsregel gelten lassen, müsste es letztlich gesetzliche Bestimmungen geben, die mangels statutarischer Regelung subsidiär eingreifen und vorsehen, wie die Abfindung in einem solchen Fall zu gewährleisten ist. Da das österr GmbH-Recht solche Regeln aber nun einmal (noch) nicht zur Verfügung stellt, verdient *mE* die Auflösungswirkung als Zweifelsregel eindeutig den Vorzug⁵⁵⁹.

4. Feststellungsklage

Es wurde bereits festgestellt, dass die vertraglich vorgesehene außer-/ordentliche Kündigung dann wirksam wird, wenn die Kündigungserklärung als einseitige Willenserklärung die Rechtssphäre des Erklärungsempfänger (fristgerecht) erreicht. Das Kriterium der Geltendmachung im Rahmen einer Rechtsgestaltungsklage wurde herangezogen um die außerordentliche Auflösung iS der Auflösungsklage von der vertraglich verankerten Kündigungsmöglichkeit abzugrenzen. Bei der

⁵⁵⁶ Den von *Wünsch* erwähnten „schützenswerten Belangen der Allgemeinheit bzw der Mitgesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens“ (Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS-Demelius 515) ist im Übrigen auch mit der Bestimmung des § 84 Abs 1 Z 2 nicht Genüge getan und kann eine Auflösung idR auch ohne Bedachtnahme auf die Interessen der Allgemeinheit beschlossen werden.

⁵⁵⁷ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius 514.

⁵⁵⁸ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius 509 (517).

⁵⁵⁹ So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 25.

Auflösungsklage wird also die Rechtslage erst durch das rechtskräftige Urteil neu gestaltet und so die begehrte Rechtsfolge hergestellt⁵⁶⁰.

Dagegen begehrt der Kläger mit der Feststellungsklage die Feststellung des Nicht-/Bestehens eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses⁵⁶¹. Im gegenständlichen Zusammenhang bedeutet das, dass der Kündigende, dessen Erklärung ordnungsgemäß abgegeben und wirksam geworden ist, typischerweise dann, wenn die Kündigung seitens der Gesellschaft nicht angenommen wird, auf Feststellung der Rechtswirksamkeit dieser Kündigung klagen müssen; beklagte Partei dieses Rechtsstreites wäre die GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer⁵⁶².

Praktisch muss die Auflösung der GmbH von den Geschäftsführern zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldet werden⁵⁶³. Weigern sich diese trotz Vorliegens eines rechtskräftigen Feststellungsurteils die erforderlichen Schritte zu setzen, können sie nach § 89 entweder per Beschluss der Gesellschafter oder – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes⁵⁶⁴ - durch Beschluss des Firmenbuchgerichtes auf Antrag des Aufsichtsrates oder von Gesellschaftern, die mindestens 10% des Stammkapitals repräsentieren, abberufen und durch neue Liquidatoren ersetzt werden⁵⁶⁵, die dann ihrerseits die erforderlichen Schritte in die Wege zu leiten haben.

III. Austritt

A. Allgemeines

Der historische GmbH-Gesetzgeber hat – scheinbar zwar bewusst, aber auch zu Recht? - kein Austrittsrecht eingeplant und beruft sich dabei auf die „Konstruktion der GmbH als Zweckvermögen“ und auf die Probleme bei der Festlegung des wichtigen

⁵⁶⁰ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren, Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁴ (2005) Rz 87.

⁵⁶¹ Vgl § 228 ZPO.

⁵⁶² *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 679.

⁵⁶³ Siehe § 88.

⁵⁶⁴ ZB bei grundloser Weigerung zur Einbringung der Firmenbuchanmeldung nach Auflösung (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 18).

⁵⁶⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 677; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 793 f.

Grundes zur Rechtfertigung der Lösung aus dem Verband⁵⁶⁶. Diese Bedenken finden sich bei den Erläuterungen dazu, warum es der GmbH-Gesetzgeber von 1906 nicht für erforderlich gehalten hat, eine Auflösungsklage aus wichtigem Grund, ähnlich § 61 dGmbHG, vorzusehen. Daraus lässt sich *mE* ableiten, dass das Instrument „Austritt“ rechtstechnisch unter den Übergriff „Kündigung“ zu subsumieren ist, sodass der Austretende unter Weiterbestand des Rechtssubjektes im Grund nur seine Mitgliedschaft zur GmbH kündigt.

Nach *Kalss/Schauer* handelt es sich bei der außerordentlichen Kündigung(sklage) und dem hier behandelten Austrittsrecht um zwei „verschiedene Erscheinungsformen eines einzigen Lösungsrechtes“, wobei in beiden Fällen (aus Sicht des austretenden bzw des auf Auflösung klagenden Gesellschafters) das Vorliegen eines wichtigen Grundes erforderlich ist; die Rechtsfolgen sind jedoch unterschiedlich⁵⁶⁷. Der Austritt unterscheidet sich aber schon begrifflich von der außer-/ordentlichen Kündigung dadurch, dass er eben nicht auf die Verbandsauflösung zielt, sondern die Lösung eines Gesellschafters aus der Gemeinschaft der übrigen bezweckt.

Neben dieser strukturellen Ähnlichkeit mit der Kündigung kann man dem Austritt als Gegenpart den zwangsweisen Ausschluss auf Initiative der Mitgesellschafter gegenüber stellen. *Kastner* bringt es *mE* auf den Punkt, wenn er festhält, dass „*vorzeitige Auflösung der Gesellschaft*⁵⁶⁸, *Ausschließung und Austritt eines Gesellschafters zusammen gehören*“, weil jedes Dauerrechtsverhältnis aus wichtigem Grund lösbar sein muss; und zwar „*ohne und sogar gegen den Willen der Vertragsparteien*“⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90 (abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1).

⁵⁶⁷ Insb im Hinblick auf die finanzielle Auseinandersetzung: Beteiligung am Liquidationserlös bei Auflösung und schuldrechtlicher Abfindungsanspruch bei bloßem Austritt (*Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 290).

⁵⁶⁸ Gemeint: außerordentliche Kündigung.

⁵⁶⁹ *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafter einer GmbH, ÖJZ 1952, 184; siehe dazu auch: *Schneider*, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191 f.

B. Rechtsinhalt

1. Abfindungsanspruch

Bei der Frage nach der Geltung eines allgemeinen, nicht in Spezialgesetzen oder im Gesellschaftsvertrag geregelten Austrittsrechtes geht es *mE* in erster Linie darum, zu prüfen, ob sich eine Pflicht oder eine Möglichkeit der GmbH als Gesellschaft gegenüber dem ausscheidungswilligen Gesellschafter zu dessen angemessener finanzieller Abfindung mit den zwingenden Rechtsvorschriften vereinbaren lässt, bzw ob die übrigen Gesellschafter bei Vorliegen ganz gewichtiger Gründe persönlich dazu verhalten werden können, den Austretenden finanziell schadlos zu halten. Immer wird die Lösung auf eine Abwägung von gegensätzlichen Interessen hinauslaufen müssen. In Bezug auf eine Zahlungspflicht der GmbH werden die Interessen der Gläubiger zu berücksichtigen sein; und im Hinblick auf die persönlich in die Pflicht zu nehmenden Mitgesellschafter wird man das Spannungsverhältnis zwischen deren eigenen Interessen und dem (möglicherweise) berechtigten Abfindungsanspruch des Austretenden zu beachten haben⁵⁷⁰.

2. Preisgaberecht als adäquater Ersatz?

Nach *Reich-Rohrwig* steht jedem Gesellschafter zwar ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund zu, dies jedoch bloß im Sinn eines Preisgaberechts⁵⁷¹ im Hinblick auf den Geschäftsanteil, sodass der Gesellschafter austreten kann, wenn die Stammeinlage voll einbezahlt ist und auf eine angemessene Abfindung gegenüber der GmbH bzw den übrigen Gesellschaftern insofern verzichtet wird, als eben kein Anspruch auf eine der Höhe nach angemessene finanzielle Abschichtung geltend gemacht wird; außerdem darf dieser Schritt nur als ultima ratio-Maßnahme gesetzt werden⁵⁷². Zur Begründung beruft sich *Reich-Rohrwig* – wohl nicht ganz zu Unrecht – auf den Gläubigerschutz. Unter einem Preisgaberecht kann man daher die (wenig wirksame⁵⁷³) Möglichkeit verstehen, der Gesellschaft den Geschäftsanteil zur Verfügung zu stellen, welche diesen dann für Rechnung dieses Gesellschafters

⁵⁷⁰ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff.

⁵⁷¹ Siehe auch §§ 244 und 253 AktG idF vor Inkrafttreten des GesRÄG 2007.

⁵⁷² *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 685.

⁵⁷³ Vgl idZ auch die Materialien zum GesRÄG 2007 (EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 21).

verkauft⁵⁷⁴. Aufgrund dessen, dass das Risiko für den Erhalt eines dem Wert des Geschäftsanteils entsprechenden Verkaufserlös dann aber jedenfalls beim austretenden Gesellschafter verbleibt, kann man das „Recht zum Abandon“ grundsätzlich nicht als vollständiges Äquivalent zum „echten“ Austrittsrecht, wie dies vielfach gefordert wird, betrachten⁵⁷⁵.

C. Bestehende Rechtslage

1. Allgemeines

Das geltende österr GmbHG regelt den Austritt aus der Gesellschaft, wie er hier verstanden wird, ebenso wenig wie das Aktienrecht für die AG, weil sich eine Verpflichtung zur angemessenen Abfindung des Austretenden nicht mit den Kapitalerhaltungsvorschriften und dem Trennungsprinzip vereinbaren lässt. Zudem fehlt bis dato Judikatur betreffend die Anerkennung eines solchen Rechts außerhalb einer gesellschaftsvertraglichen Grundlage⁵⁷⁶. Auch im dt GmbH-Recht gibt es kein positiviertes Recht zum Austritt, doch ist der Austritt aus wichtigem Grund dort von der Lehre und der Judikatur allgemein als Rechtsbehelf anerkannt⁵⁷⁷.

Erneut wird deutlich, dass das Grundproblem bei der Gewährung eines Austrittsrechtes darin liegt, dass die Statuierung einer Abfindungspflicht der GmbH als Verband - *de lege lata* – gegen die zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen würde und, dass sich eine über die vollständige Erbringung der Stammeinlagenzahlungspflicht hinausgehende Pflicht der Gesellschafter zur

⁵⁷⁴ *Straube/Rauter*, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007, JAP 2007/2008/11, 109.

⁵⁷⁵ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff; *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 283. Vgl zur Rechtslage vor Inkrafttreten des GesRÄG 2007 auch: *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 244 Rz 2.

⁵⁷⁶ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff.

⁵⁷⁷ *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG I Anh § 34 Rz 46; *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz Band I¹⁰ Anh § 34 Rz 3 mwN. Zu beachten gilt es jedoch, dass § 34 dGmbHG die Einziehung des Geschäftsanteils auf Initiative der Gesellschaft ermöglicht (sog „Amortisation“), und zwar mit oder gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters, sofern dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (*Jula*, Der GmbH-Gesellschafter² [2004] 299ff); eine korrespondierende Regelung fehlt in Österreich; siehe dazu auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 19.

Abfindungszahlung (allenfalls verbunden mit einem quotenmäßigen Anteilserwerb⁵⁷⁸) mit Zuschüssen aus ihrem Privatvermögen⁵⁷⁹, aus dem geltenden Recht auch nicht ableiten lässt und somit nur möglich wäre, wenn der Gesellschaftsvertrag zB Nachschüsse vorsehen würde⁵⁸⁰. Dies folgt aus der Wertung der Regelung nach § 50 Abs 4, wonach grundsätzlich keinen Gesellschafter die Pflicht trifft, mehr zu leisten als gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist, sowie aus § 72, der für Nachschusspflichten eine vertragliche Regel voraussetzt. *Koppensteiner/Rüffler* führen als weitere Argumente gegen eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Abfindungszahlung die für diese ex lege geltenden Haftungsbestimmungen nach §§ 70, 73 und § 83 Abs 3 an⁵⁸¹.

In der österr Lehre und im Schrifttum ist seit langem anerkannt, dass eine Austrittsregelung gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden kann⁵⁸². Auch der OGH hat bereits in einem obiter dictum zu seiner Entscheidung vom 5.2.1974 festgehalten, dass „ein Austritt eines Gesellschafters unter Zurücklassung der Stammeinlage und des damit verbundenen Geschäftsanteils möglich ist“⁵⁸³; aus dieser Nebenbemerkung des Höchstgerichtes ist aber nun *mE* nicht viel für das hier vertretene Verständnis des Austritts iSe echten und angemessenen Abfindungsrechtes, das gegen den Willen der Mitgesellschafter durchsetzbar ist und im Endeffekt auf ein zwangsweise Übernahmepflicht hinausläuft, gewonnen, zumal dies nicht anders bedeutet, als ein bloßes Abandonrecht.

⁵⁷⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 686.

⁵⁷⁹ *Koppensteiner*, wbl 1988, 2.

⁵⁸⁰ ZB als Nachusspflicht iSv § 72.

⁵⁸¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §Anh § 71 Rz 26; gemeint ist, dass eine weitere Haftung über die Tatbestände der genannten Bestimmungen hinaus nicht vorgesehen ist.

⁵⁸² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 24 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 685; *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366. Siehe auch *Karollus/Geist*, Aufgriffs- oder Andienungsrecht? Zur Auslegung mehrdeutiger Regelungen in einem GmbH-Vertrag, NZ 1997, 1 (4).

⁵⁸³ OGH 4 Ob 596/73, HS IX/2.

2. Positivierte Austrittsrechte

Allgemein zeigt die gesetzgeberische Tätigkeit der letzten Jahre, dass vermehrt bestimmte Sachverhalte im Interesse des Minderheitenschutzes⁵⁸⁴ als für so gewichtig erachtet werden, um Handlungs- bzw Regelungsbedarf im Hinblick auf die Gewährung von Austrittsregelungen auszulösen. Austrittsrechte wurden positiviert in:

a. AktG (GmbHG)

Seit Inkrafttreten des GesRÄG 2007 ist ein mit einem Barabfindungsanspruch verbundenes Austrittsrecht explizit in § 234b Abs 3 AktG verankert, welche Bestimmung gemäß den Verweisungsnormen auch im GmbH-Recht gilt. Schlagend wird dieses Austrittsrecht der Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft⁵⁸⁵ im Gegenzug für die Hingabe der Geschäftsanteile in allen Fällen der rechtsformübergreifenden Verschmelzung, also auch bei der neu zugelassenen „rechtsformabsteigenden Verschmelzung“⁵⁸⁶, sofern die Austrittswilligen Widerspruch gegen die Fusion zu Protokoll erklärt haben; der Anspruch auf Barabfindung richtet sich gegen die übernehmende (oder die neue) Gesellschaft bzw gegen den eine Barabfindung anbietenden Dritten.

Mit der Einführung von § 234b AktG wurde somit der Minderheitenschutz durch Verankerung eines Austrittsrechtes nach § 234b Abs 3 AktG für Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft gestärkt⁵⁸⁷. Zu beachten ist, dass dieses Recht bei der GmbH gemäß § 234b Abs 4 AktG im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann⁵⁸⁸. Der Grund dafür ist, dass die Gewährung eines Abfindungsrechtes uU mit einem erheblichen Kapitalbedarf für die GmbH verbunden

⁵⁸⁴ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 289.

⁵⁸⁵ Die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft haben kein solches Recht; dies ist *mE* insofern gerechtfertigt, als es für diese ja zu keinem Rechtsformwechsel kommt (so auch: *Straube/Rauter*, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007, JAP 2007/2008/11, 108).

⁵⁸⁶ Vgl EBRV 172 BlgNR XXIII. GP, 20 f.

⁵⁸⁷ Mit diesem Austrittsrecht würdigt der Gesetzgeber nun einerseits das schützenswürdige Interesse der Minderheit daran, nicht gegen ihren Willen in eine andere Rechtsform gezwungen zu werden; gleichzeitig wird damit jedoch den als Kapitalgesellschaften organisierten Unternehmen nicht die notwendige Anpassungsfähigkeit genommen, wobei gerade „der Wechsel der GmbH in eine AG als notwendige Entwicklungsstufe auf dem Weg in eine börsennotierte Gesellschaft angesehen wird“ (EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 21).

⁵⁸⁸ Dies gilt gemäß § 253 AktG auch bei einer Umwandlung einer GmbH in eine AG.

sein kann, also zu einem massiven Kapitalabfluss und somit dazu führen kann, dass die geplante Umgründungsmaßnahme unterbleiben müsste; dies wollte man vermeiden⁵⁸⁹. Die Satzung einer AG kann hingegen ein solches Recht nicht wirksam abbedingen, weshalb § 234b Abs 3 AktG für diese wohl zwingend ist. Soll das Austrittsrecht durch eine nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, bedarf es hierfür seit 1.1.2009 der Zustimmung aller Gesellschafter⁵⁹⁰.

Ebenfalls hier einzuordnen sind die durch das GesRÄG 2007 neugefassten Bestimmungen der §§ 244 und 253 AktG, welche in den Fällen eines schlichten Rechtsformwechsels gelten und nunmehr – „um Wertungswidersprüche mit der rechtsformändernden Verschmelzung zu vermeiden“ – ebenfalls einen Anspruch auf Barabfindung statuieren⁵⁹¹.

b. ABGB

Für die GesBR⁵⁹² geht die hA davon aus, dass es ein allgemeines Recht zum vorzeitigen Austritt aus der Gesellschaft gibt, wenn wichtige Gründe vorliegen und das begehrte Rechtsschutzziel mit einem Ausschluss nicht verwirklicht werden kann⁵⁹³. Nach *Schinas* hat darüber hinaus jeder GesBR-Gesellschafter ein Austrittsrecht, wenn ein Mitgesellschafter mit der Erbringung seiner Beitragsverpflichtung in Verzug ist⁵⁹⁴. Der OGH hat dagegen bereits 1969 ausgesprochen, dass ein „Austritt aus der ansonsten bestehen bleibenden Gesellschaft nur im Fall der Statuierung einer Nachschusspflicht oder sonst wichtiger Veränderungen durch die Gesellschaftermehrheit möglich ist“; das Höchstgericht

⁵⁸⁹ *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 (232).

⁵⁹⁰ Siehe dazu auch § 253 Abs 13 AktG.

⁵⁹¹ Laut Materialen (EBRV 172 BlgNR XXIII. GP, 21) wurde damit das „bisher wenig wirksame Preisgaberecht durch ein Austrittsrecht des widersprechenden Minderheitsgesellschafters ersetzt“.

⁵⁹² Vgl auch die Überschrift zu den §§ 1205 – 1214 ABGB „Auflösung der Gesellschaft und Austritt aus derselben“.

⁵⁹³ *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1210 Rz 14 mwN.

⁵⁹⁴ *Schinas*, Rechtsfolgen des Verzugs des Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Erwerbsgesellschaft mit seiner Beitragspflicht, JBI 1981, 349 (361).

beschränkt damit jene Gründe, die einen Austritt rechtfertigen, auf die Fälle nach §§ 834 und 1189 ABGB⁵⁹⁵.

c. SpaltG

Nach § 9 SpaltG hat der Gesellschafter, der einer nicht verhältnismäßigen Spaltung widerspricht und der (zumindest) im Zeitraum zwischen Fassen des Spaltungsbeschlusses und der Geltendmachung seines Rechtes Gesellschafter war, einen Abfindungsanspruch gegenüber der GmbH⁵⁹⁶; ebenso nach § 11 SpaltG, welcher ein Barabfindungsangebot bei der rechtsformübergreifenden Spaltung vorsieht⁵⁹⁷.

d. EU-VerschG⁵⁹⁸

§ 10 EU-VerschG gewährt Minderheitsgesellschaftern, die die grenzüberschreitende Hinausverschmelzung ablehnen, ein Austrittsrecht, „das den Schutzbestimmungen im Rahmen der Regeln für die Gründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) durch Verschmelzung nachgebildet ist“⁵⁹⁹. Auch hierbei handelt es sich um einen Barabfindungsanspruch gegen Hingabe der Geschäftsanteile ähnlich der Regelung nach § 9 SpaltG.

e. SEG⁶⁰⁰

Gemäß § 5 Abs 2 SEG kann eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz in Österreich ihre Hauptverwaltung in einen anderen Staat verlegen⁶⁰¹. § 12 SEG sieht

⁵⁹⁵ OGH 1 Ob 125/69, SZ 42/117.

⁵⁹⁶ Vgl § 8 Abs 3 SpaltG.

⁵⁹⁷ § 11 S 2 SpaltG erklärt § 9 SpaltG für sinngemäß anwendbar, wenn „*die neue Gesellschaft eine andere Rechtsform als die übertragende Gesellschaft hat*“.

⁵⁹⁸ Eingeführt durch Art I GesRÄG 2007. Mit diesem Gesetz wurde die Richtlinie 2005/56/EG *über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten* umgesetzt; damit sollte „die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erleichtert werden“ (vgl EBRV 172 BlgNR XXIII. GP, 1 ff).

⁵⁹⁹ EBRV 172 BlgNR XXIII. GP, 14.

⁶⁰⁰ Das Bundesgesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europea – SE) – SEG - wurde durch Art I GesRÄG 2004 (BGBl I 2004/67,) eingeführt. Damit wurde die Verordnung (EG) des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) umgesetzt.

⁶⁰¹ Vgl Art 8 SE-VO.

dann ein Austrittsrecht in Form einer Barabfindung vor⁶⁰². Anspruchsvoraussetzung ist ein Widerspruch gegen den maßgeblichen Hauptversammlungsbeschluss, der logisch die vorherige ablehnende Stimmabgabe voraussetzt. Eine Austrittserklärung muss außerdem gesondert abgegeben werden; der Aktionär hat bis zu einem Monat nach der Hauptversammlung dafür Zeit⁶⁰³.

f. UmwG

Bei der übertragenden Umwandlung nach UmwG ist es möglich, dass eine zumindest 90% repräsentierende Mehrheit die maximal 10%ige Minderheit ausschließt, indem sie diese nicht am Nachfolgerechtsträger beteiligt; der Minderheitsgesellschafter hat kein Zustimmungsrecht zu der mehrheitlich beschlossenen Umwandlung, ist jedoch als Ausgleich dafür sowohl bei der verschmelzenden Umwandlung nach § 2 UmwG, als auch bei der errichtenden Umwandlung gemäß § 5 UmwG bar abzufinden⁶⁰⁴. Betrachtet man diese Vorgänge nun aus dem Blickwinkel des Minderheitsgesellschafters, der gar kein Interesse an der Beteiligung am Nachfolgerechtsträger hat und der nach hM vom Hauptgesellschafter nicht gezwungen werden kann, Gesellschafter der Personengesellschaft zu werden, zeigt sich auch hier ein Austrittsrecht der Minderheit der übertragenden Gesellschaft⁶⁰⁵.

D. Durchführung des Austritts

Das Preisgaberecht nach *Reich-Rohrwig* ist in Form einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung auszuüben, ohne dass es einer Rechtsgestaltungsklage bedarf. *Koppensteiner/Rüffler* teilen diese Ansicht mit einem Hinweis darauf, dass die „Wirkung der Austrittserklärung darauf beschränkt sei, den

⁶⁰² Siehe auch Art 8 Abs 5 SE-VO (Ermächtigung zum Minderheitenschutz).

⁶⁰³ EBRV 466 BlgNR XXII. GP, 11 f.

⁶⁰⁴ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, Band II - §§ 125 – 273 (2003), Exkurs Umwandlung § 1 E 7; Minderheitsgesellschafter, die insgesamt zu nicht mehr als 10% an der das Unternehmen übertragenden Kapitalgesellschaft beteiligt sind, haben keinen Anspruch auf weitere Beteiligung am Nachfolgerechtsträger; werden sie nach dem Willen des Hauptgesellschafters ausgeschlossen steht ihnen aber eine angemessene Barabfindung zu.

⁶⁰⁵ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 288.

Abfindungsanspruch auszulösen“⁶⁰⁶. Für das Erfordernis einer Rechtsgestaltungsklage spricht, dass in aller Regel nachgeprüft werden müsste, ob tatsächlich ein wichtiger Grund vorliegt, wie dies zB auch für die Abberufung eines Geschäftsführers nach § 16 Abs 2 aus wichtigem Grund durch „gerichtliche Entscheidung“ vorgesehen ist.

Wenn man den Austritt nach *Reich-Rohrwig* auf ein Preisgaberecht reduziert, wird eine bloße Erklärung *mE* ausreichen, zumal der Austretende in diesem Fall ohnehin nur den Erlös bekommt, der durch einen Verkauf auf dessen Rechnung eingenommen wird. Unter Zugrundelegung der Annahme, dass es sich bei dem Austrittsrecht rechtstechnisch um eine Form der Kündigung – hier eben eine Austrittskündigung – handelt, ist es *mE* ebenfalls konsequent, eine einfache Erklärung als ausreichend anzusehen.

*Kalss/Schauer*⁶⁰⁷ verlangen auch für ein echtes Austrittsrechts samt angemessenem Abfindungsanspruch keine Rechtsgestaltungsklage; und zwar mit dem durchaus nachvollziehbaren Argument, dass die Frage nach der Austrittsberechtigung ohnehin erörtert werden muss, wenn sich der Abfindungsschuldner weigert, den Ausgetretenen finanziell abzuschichten. Dann müsste nämlich der ausgetretene Gesellschafter letztlich auf Zahlung klagen und wäre im Rahmen des Prozesses dann als Vorfrage zu prüfen, ob der Anspruch dem Grund nach überhaupt zu Recht besteht⁶⁰⁸. Wird der Austritt statutarisch vorgesehen, spricht *mE* jedenfalls nichts dagegen, eine Erklärung zur Geltendmachung vorzusehen. Wie bei der Auflösungskündigung muss dann der Vertrag die weiteren Bestimmungen des Vollzuges bereit stellen.

Die konkrete Umsetzung des Austritts verbunden mit einer Empfehlung zur gesetzlichen Festschreibung skizzieren *Kalss/Schauer* in der Form, als ein zweistufiges Verfahren vorgesehen werden sollte, auf dessen erster Stufe das

⁶⁰⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 27.

⁶⁰⁷ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 290, 291.

⁶⁰⁸ Es muss also geklärt werden, ob ein wichtiger Grund vorliegt bzw das Interesse des Ausgetretenen höher zu bewerten ist, als jenes der GmbH oder der Mitgesellschafter.

Vorliegen des wichtigen Grundes geklärt und die Höhe der Abfindung im streitigen Verfahren festzusetzen sei, um danach im Verfahren außer Streitsachen vor dem Firmenbuchgericht prüfen zu lassen, ob die Abfindung gegen Hingabe des Geschäftsanteils aus freien Mitteln der Gesellschaft bezahlt werden kann. Sollte dies nicht möglich sein, weil zB die Dotierung der freien Rücklagen nicht ausreicht, sollen die übrigen Gesellschafter den Geschäftsanteil des Ausscheidenden (verhältnismäßig) übernehmen können. Scheitert auch die Übernahme durch die Mitgesellschafter, führt der letzte Weg in die Auflösung, der vom Firmenbuchgericht beschlossen werden könnte⁶⁰⁹. So würden letztlich (bei Zerschlagung des Unternehmens) alle Gesellschafter gleichberechtigt am Liquidationserlös partizipieren und keiner wäre benachteiligt. *ME* wird idZ vorausgesetzt, dass es der Gesellschaft grundsätzlich erlaubt sei, den frei werdenden Geschäftsanteil zu übernehmen (oder einzuziehen) und, dass Mittel der Gesellschaft (!) zur Abfindungsfinanzierung vorhanden sind⁶¹⁰.

E. Weitergehender Bedarf?

1. Ausgangspunkt

Ausgehend von der geschilderten Rechtslage ist zu hinterfragen, ob zusätzlich zu den mit Inkrafttreten des GesRÄG 2007 etablierten Austrittsrechten ein weitergehender Bedarf nach einem mit einem Barabfindungsanspruch verbundenen Austrittsrecht besteht, und ob es gerechtfertigt ist, eine Art allgemeinen Rechtssatz in diese Richtung zu statuieren. In der Lehre wird dies durchwegs bejaht⁶¹¹.

Wenn sich der Rechtsanwender vor Augen hält, dass das mit einem Austritt vorrangig verfolgte Ziel jenes ist, den Gesellschafter aus dem Verband zu lösen ohne den Bestand der Gesellschaft zu beeinträchtigen, ließe sich als Gegenargument

⁶⁰⁹ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 291 ff.

⁶¹⁰ „*Liberalisiertes Konzept der Kapitalerhaltung*“ nach *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 291.

⁶¹¹ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 282 ff; *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 25 f; *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 (232 f); *Fleischer* in *Doralt/Kalss*, Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts (2004) 128 („appraisal rights“).

zunächst einwenden, dass der Geschäftsanteil ohnehin ex lege frei veräußerlich ist und im Fall einer Vinkulierung die erforderliche Zustimmung allenfalls durch das Gericht substituierbar ist. Dadurch relativiert sich der Bedarf, ohne das Problem zu beseitigen, wenn der Ausscheidungswillige keinen Käufer findet, der bereit ist, einen angemessenen Abtretungspreis zu zahlen⁶¹²; insofern trägt er jedenfalls das Marktrisiko⁶¹³. Ist dies nun allein schon Rechtfertigung genug, oder müssen darüber hinaus gehende, besonders schützenswerte Interessen und Umstände hinzutreten, um das Risiko auf die GmbH oder die anderen Gesellschafter zu verlagern?

Der GmbH-Geschäftsanteil lässt sich bekanntlich schon formell nicht ähnlich einfach veräußern wie eine Aktie. Das Ausscheiden durch Übertragung der Mitgliedschaft an einer AG ist im Gegensatz zur GmbH formfrei und somit wesentlich vereinfacht⁶¹⁴. Sofern das Unternehmen an der Börse gelistet ist⁶¹⁵, können Aktien außerdem relativ einfach gehandelt und idR rasch verkauft werden⁶¹⁶, wobei der Preis durch Angebot und Nachfrage am Kapitalmarkt bestimmt wird. Nach § 75 Abs 3 und 4 dürfen hingegen über GmbH-Geschäftsanteile keine Wertpapiere ausgestellt werden, sodass ein Handel an der Börse ausscheidet und ist die einfache Übertragbarkeit durch das Erfordernis nach einem Notariatsakt gemäß § 76 Abs 2 zusätzlich erschwert. Da es also für GmbH-Geschäftsanteile keinen mit der Wertpapierbörse vergleichbaren Handelsplatz gibt, wird sich das Bedürfnis nach einem Austrittsrecht zunächst bei jenen kapitalmarktfernen Unternehmen – GmbHen und AGen – stellen, die nicht börsennotiert sind, weil bei diesen ein einfacher und rascher Exit idR nicht möglich ist⁶¹⁷.

⁶¹² *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 275 (283).

⁶¹³ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366.

⁶¹⁴ Der dabei einzuhaltende Modus hängt davon ab, ob es sich um echte Inhaberaktien (Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen) oder um Namensaktien (Übertragung entsprechend den für Wertpapiere geltenden Vorschriften) handelt. In Frage kommt noch eine Zession, wenn keine Aktienurkunde ausgestellt wurde.

⁶¹⁵ Laut Homepage der Wiener Börse (www.wienerboerse.at) sind derzeit ca 100 Unternehmen börsennotiert.

⁶¹⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 177.

⁶¹⁷ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff sowie *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 283.

2. Wichtige Gründe

Denkt man – wie in der Lehre gefordert⁶¹⁸ – über die Verankerung eines allgemeinen Austrittsrechtes aus wichtigem Grund nach, müssen die dazu berechtigenden Gründe unzweifelhaft entsprechend gewichtig sein, wenn sie letztlich dazu führen sollen, dass die GmbH (sofern aufgrund des Gläubigerschutzes überhaupt zulässig) bzw die übrigen Gesellschafter die Abfindung zahlen sollen oder sogar zu einer Gesellschaftsliquidation führen könnten. Das einfache Marktrisiko genügt *mE* jedenfalls nicht. Im Grund muss jedem Teilnehmer am Wirtschaftsleben klar sein, dass er mit seinem Engagement als Gesellschafter einer GmbH ein gewisses Risiko eingeht, und dass er seinen Geschäftsanteil nicht ähnlich leicht verkaufen kann, wie Fahrnisse des täglichen Lebens oder Aktien⁶¹⁹. In Zeiten guten Geschäftsgangs wird es ihm nicht allzu schwer fallen, einen Käufer zu finden. Verliert der Geschäftsanteil an Wert, wird eine Abtretung natürlich ungleich schwerer bzw nur gegen einen entsprechend geminderten Erlös durchführbar sein. Das wirtschaftliche Risiko bleibt im Grund stets beim austrittswilligen Gesellschafter und darf dies *mE* nicht über Gesetzesänderungen mittels Etablierung von Austrittsrechten zwangsweise auf andere, und schon gar nicht auf die Gesellschaftsgläubiger, verlagert werden. Sieht das Statut für eine bloß willentliche Abtretung nichts vor, ist es daher *mE* gerechtfertigt, dieses Risiko beim einzelnen Gesellschafter zu belassen⁶²⁰. *„Wer sich an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, weiß, dass das Ausscheiden aus dem Verband nach gesetzlicher Regel nur durch Anteilsveräußerung möglich ist“*⁶²¹.

Dem folgt offenbar auch der Gesetzgeber, indem er zwar für bestimmte Sachverhalte in den diversen Gesetzen Austrittsrechte unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht, die jedoch im Grund nichts mit dem Wechselspiel zwischen Angebot und Nachfrage zu haben und aus diesem Aspekt betrachtet auch nicht verallgemeinerungsfähig erscheinen. Sie betreffen in erster Linie Fälle, in denen es auf Basis von Mehrheitsentscheidungen zu gravierenden Eingriffen in die

⁶¹⁸ Siehe dazu bereits *Kastner*, Zur Reform des GmbH-Rechtes, JBl 1973, 169 (175).

⁶¹⁹ So auch *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG I Anh § 34 Rz 46.

⁶²⁰ AA *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff.

⁶²¹ *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG I Anh § 34 Rz 46.

Fundamente der Gesellschaft als solcher kommt, welche dann auf den einzelnen Gesellschafter durchschlagen. Hat ein Gesellschafter solche Veränderungen zu dulden, weil er zB nicht über die erforderliche Stimmenmehrheit verfügt, um dagegen wirksame Schritte setzen zu können, wird er sich uU mit Bedingungen konfrontiert sehen, die nicht jenen entsprechen, unter denen er sich ursprünglich als Gesellschafter an der GmbH beteiligt hat. Hierher gehören jedenfalls die diversen umgründungsrechtlichen Vorgänge⁶²². Wenn jemand für sich – aus welchem Grund auch immer – entschieden hat, dass er/sie Gesellschafter/in einer GmbH sein möchte, dann erscheint es nicht als gerecht, ihn/sie in die Position eines Aktionär zu zwingen. Dieser Auffassung hat der Gesetzgeber bei der GmbH spätestens durch das GesRÄG 2007 Rechnung getragen, indem für die Fälle des Rechtsformwechsels umfassend Austrittsrechte etabliert wurden⁶²³.

Es ist auch nicht einzusehen, dass ein Gesellschafter weiter dazu verhalten werden soll, Mitglied einer GmbH zu sein, die ihren Sitz gegen seinen Willen ins Ausland verlegt. Auch wenn solche Eingriffe zu dulden sind, gewährt das Gesetz Austrittsrechte⁶²⁴.

Ein weiterer das Austrittsrecht auslösender Tatbestand kann in der Konzernierung iSe eines „Konzerneingangsschutzes“, welcher für AGen im ÜbG⁶²⁵ verwirklicht ist, gesehen werden⁶²⁶. Ändern sich Beteiligungsverhältnisse und kommt es zu einem

⁶²² Va die nicht verhältnismäßige und die rechtformübergreifende Spaltung und der schlichte Rechtsformwechsel.

⁶²³ Hier geht es um den „Schutz des Investorenvertrauens auf die Beibehaltung der Gesellschaftsstruktur“ (Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 288).

⁶²⁴ Siehe § 12 SEG und § 10 EU-VerschG.

⁶²⁵ Das ÜbG, BGBl I 1998/127, ist am 1.1.1999 in Kraft getreten und sollte damit „das österreichische Kapitalmarktrecht an internationale Standards angepasst“ werden. „Das Hauptanliegen des ÜbG liegt in erster Linie darin, ein geordnetes Verfahren für öffentliche Übernahmeangebote bereitzustellen sowie in der Sicherung der Interessen der Aktionäre bei einem Kontrollwechsel“ (vgl Jahresbericht 2004 der Übernahmekommission – Austrian Takeover Commission, www.takeover.at, 5). Zum gesetzlichen Anwendungsbereich siehe § 2 ÜbG.

⁶²⁶ Unter dem sog Konzerneingangsschutz versteht man, dass „nach Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung an einer österr börsennotierten AG den Minderheitsaktionären durch ein Pflichtangebot das Recht der eigenen Entscheidung über den Verbleib oder den Austritt aus der AG zukommt“ (vgl Jahresbericht 2004 der Übernahmekommission – Austrian Takeover Commission, www.takover.at, 5).

Kontrollwechsel bzw wird der Einfluss des Gesellschafters verwässert, ist es sachgerecht, als Ausgleich dafür die Möglichkeit zum Austritt vorzusehen⁶²⁷.

Allen diesen Anwendungstatbeständen ist gemein, dass das Austrittsrecht dafür gewährt wird, dass Entscheidungen nach dem Mehrheitsprinzip gefasst werden können. *Kalss/Eckert* halten idZ treffend fest, dass Austrittsrechte eine „*alternative Lösungsmöglichkeit zur Einstimmigkeit bei tiefgreifenden Einschnitten in die Mitgliedschaft*“ darstellen⁶²⁸. Damit stehen einander gesellschaftsrechtlich demokratisch getroffene Entscheidungen und deren Auswirkungen auf die überstimmte Minderheit gegenüber. Erreichen diese Wirkungen eine gewisse Intensität, die sich nicht mehr mit den Interessen der Minderheiten vereinbaren lassen, dann kann man vom Vorliegen wichtiger Gründe sprechen und erscheint es angebracht, Rechtsinstrumente zum Ausstieg aus der GmbH zur Verfügung zu stellen⁶²⁹.

3. Weiterentwicklung

Es ist verständlich und nachvollziehbar, wenn versucht wird, aus den vorhandenen, bereits positivierten Normen einen Tenor einer Interessensabwägung im Hinblick auf echte Austrittsrechte herauszulesen, um einen allgemein gültigen Rechtssatz zu entwickeln⁶³⁰. Es kann grundsätzlich nicht falsch sein, im Weg der Analogie Austrittsmöglichkeiten auf Sachverhalte zu erstrecken, die jenen der Tatbestände in den gesetzlichen Regelungen von der Gewichtung her entsprechen bzw nahe kommen. Das Rechtsschutzbedürfnis wird im Bedarfsfall stets dasselbe sein und sollten deshalb geeignete Instrumentarien grundsätzlich auch allen Rechtsschutzsuchenden in vergleichbaren Situationen zugänglich sein. Zu bedenken gilt es auch, dass es wohl nie möglich sein wird, mit positivierten Normen in einzelnen Gesetzen alle jene Sachverhalte abzudecken, in denen sich der

⁶²⁷ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff.

⁶²⁸ *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 (231).

⁶²⁹ *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff.

⁶³⁰ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 284.

gerechtfertigte Bedarf nach einem Austritt zumindest genau so intensiv manifestiert, wie eben dort, wo der Gesetzgeber Lösungsrechte zur Verfügung stellt.

Immer wird ein wichtiger Grund das Austrittsrecht rechtfertigen müssen, wobei dieser Grund beim Austritt in der Sphäre der Gesellschaft bzw der übrigen Gesellschafter gelegen sein muss⁶³¹. Es darf nicht am Austrittswilligen liegen, dass der weitere Verbleib für ihn schlichtweg unzumutbar ist. *ME* müsste stets auf den Einzelfall abgestellt und zuerst als alternative Lösungsmöglichkeit in Erwägung gezogen werden, ob eine Veräußerung des Geschäftsanteiles an Dritte möglich und/oder finanziell zumutbar ist, sodass ein Austritt jedenfalls immer nur als ultima ratio-Maßnahme in Anspruch genommen werden dürfte⁶³². Das heutige Wirtschaftsleben gibt schließlich keine Garantien für das Funktionieren von gesellschaftsvertraglichen Verbindungen und ist es *mE* durchaus vertretbar, zu verlangen, dass der GmbH-Gesellschafter im Sinn der gesetzlichen Konzeption, ein Mindestmaß an (nicht bloß wirtschaftlichem) Risiko selbst zu tragen hat. Dessen Position ist schließlich auch nicht mit jener der Personengesellschafter zu vergleichen; insbesondere haften der Kapitalgesellschafter grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft und ist auch nicht verpflichtet, selbst in der GmbH mitzuarbeiten⁶³³. GmbH-Gesellschafter sind auch nicht eo ipso Geschäftsführer, obwohl dies in der Praxis häufig vorkommt. Das GmbHG unterwirft den Gesellschafter, sofern er nicht auch zugleich Geschäftsführer ist, weiters keinem generellen gesetzlichen Wettbewerbsverbot, obwohl Konkurrenzklauseln in Gesellschaftsverträgen zulässig und nicht unüblich sind⁶³⁴. Diese Unterschiede sprechen *mE* gegen ein Austrittsrecht. Andererseits stehen die im Recht der Personengesellschaften vorgesehen Rechtsinstrumente auch dem Kommanditisten zu, dessen Position als Kapitalgeber jener des GmbH-Gesellschafters nicht unähnlich ist⁶³⁵.

⁶³¹ Vgl dazu die positivierten Austrittsrecht. Es geht idR immer um nicht vom Austretenden initiierte Vorgänge.

⁶³² So auch *Kastner* (Zur Reform des GmbH-Rechtes, JBl 1973, 169 [175]) mit Blick auf das dt Recht.

⁶³³ *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 129.

⁶³⁴ Vgl § 24.

⁶³⁵ *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer Gesellschaft m. b. H., ÖJZ 1952, 183 (185).

Nicht als wichtiger Grund vertyppt wurden bis dato der kontinuierliche Missbrauch der Mehrheitsmacht durch den/die Mitgesellschafter und der Verlust des Vertrauensverhältnisses⁶³⁶, und könnte weiters Regelungsbedarf beim sog dead lock, also bei der auf grundlegenden Meinungsverschiedenheiten von den zu gleichen Teilen beteiligten Gesellschaftern basierenden vollständigen Blockade - sowohl hinsichtlich des administrativen als auch im Hinblick auf den operativen Tätigkeitsbereich⁶³⁷ -, der GmbH bestehen. Diese Umstände werden sich aber auf Dauer in aller Regel negativ für alle an der Gesellschaft Beteiligten auswirken, sodass man annehmen können sollte, dass sich das Problem zumindest dann von selbst lösen müsste, wenn es alle gleich negativ betrifft und die Gesellschafter schließlich doch nicht bereit sind, den Niedergang der GmbH zu akzeptieren. Soll die Gesellschaft aber nach dem Willen eines Gesellschafter willentlich in den Ruin getrieben werden – und sei es nur zum Schaden des anderen -, kann ein Austritt ein sinnvoller und gerechtfertigter Exit sein. Die andere Ausgestaltung der Blockade in der Form, dass einer der Gesellschafter kontinuierlich passiv oder untätig bleibt, erfordert nicht unbedingt die Gewährung eines Austrittsrechtes. So kann die Beschlussunfähigkeit einer Generalversammlung durch Einberufung einer zweiten (Folge-)Versammlung gemäß § 38 Abs 7 saniert werden und so zu einem „Druckmittel gegen untätige Gesellschafter“ werden⁶³⁸.

Es zeigt sich somit, dass durchaus Szenarien denkbar sind, die einen Austritt rechtfertigen können. Wenn überhaupt, wird man ein Austrittsrecht gegen den Willen der Mitgesellschafter wohl zuallererst an deren schädigenden Verhalten festzumachen trachten, um dann gestützt darauf gleichzeitig eine Zahlungspflicht zu begründen. Dies wäre *mE* ein möglicher Ansatzpunkt: Wenn sich die Mitgesellschafter schon so verhalten, dass der weitere Verbleib einem anderen nicht mehr zumutbar ist, dann sollen auch die dafür Verantwortlichen aus ihrem Privatvermögen Ausgleich leisten müssen. Die Frage ist nur, wo man diese

⁶³⁶ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 289.

⁶³⁷ Siehe schon *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H., ÖJZ 1952, 183 (184).

⁶³⁸ Vgl dazu ausführlich: *Aburumieh/Trettnak*, Deadlock bei Joint Ventures – Folgeversammlungen als Instrument gegen untätige Mitgesellschafter im GmbH-Recht, GesRZ 2007, 323.

Zumutbarkeitsgrenze ansetzt und unter Berücksichtigung der aufgezeigten Unterschiede zu den Komplementären verbleibt hierfür *mE* jedenfalls nur ein äußerst eingeschränkter Regelungsspielraum, wenn man zudem berücksichtigt, dass „wichtige Gründe“, zB in Form von Verstößen gegen die sowohl zwischen den Gesellschaftern als auch im Verhältnis zwischen der GmbH und dem einzelnen Gesellschafter bestehenden Schutz- und Treuepflichten, ja auch zu Schadenersatzansprüchen berechtigen und so vielleicht dazu führen, dass das Bedürfnis nach Austritt oder Ausschluss gar nicht (mehr) besteht, weil der finanziell messbarer Schaden auch so wieder gut zu machen ist⁶³⁹.

Praktisch scheitern muss die Durchsetzbarkeit des Wunsches nach einem Austrittsrecht jedenfalls solange an der geltenden Rechtslage, bis diese in Ansehung der Gläubigerschutzvorschriften und im Hinblick auf die Zahlungspflicht der Mitgesellschafter bzw. das Trennungsprinzip geändert wird. Kommt es tatsächlich dazu, würde dies *mE* jedoch letztlich nichts anderes bedeuten, als ein Verlassen der Rechtsform „GmbH“ bzw ein Abgehen von der ihr als Kapitalgesellschaft zugrundeliegenden Konzeption, die im Wesentlichen auf dem Trennungsprinzip in dessen verschiedenen Ausgestaltungen beruht, in Richtung „GmbH-light“ oder in Annäherung zu den Personengesellschaften. Dies kann *mE* nicht gewollt sein⁶⁴⁰.

IV. Ausschluss

A. Allgemeines

Das rechtstechnische Gegenstück zum Austritt ist der Ausschluss; man unterscheidet danach, von wessen Initiative das Ausscheiden ausgeht. Während beim Austritt die Inanspruchnahme einer Berechtigung beim Ausscheidungswilligen im Vordergrund steht, wird der Impetus beim Ausschluss für gewöhnlich von den Mitgesellschaftern ausgehen. Das könnte man daher auch als „Hinauskündigung“ im Sinn einer gegen den Willen des auszuschließenden Gesellschafters

⁶³⁹ Siehe dazu OGH 23.2.1999, 4 Ob 27/99w.

⁶⁴⁰ Siehe dazu auch die Diskussion um die Societas Privata Europaea (SPE) in *Krejci*, Zehn Fragen zum Kommissionsvorschlag für eine Societas Privata Europaea (SPE), NZ 2008, 362.

durchzusetzende Kündigung bezeichnen⁶⁴¹. Am Ende werden nur die Parteienrollen vertauscht⁶⁴², die Zielsetzung „Lösung“ bleibt aber gleich.

Ausschluss und Austritt können somit als Ausprägungsformen ein und desselben Rechtes angesehen werden. Abhängig davon, von wem die Geltendmachung der Lösung ausgeht, wird dieses Recht einmal Austritt und im anderen Fall Ausschluss genannt. Beide Varianten beruhen letztlich auf dem Gedanken, dass jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund lösbar sein muss⁶⁴³. Ausschluss und Austritt haben gemeinsam, dass beide Instrumente darauf hinauslaufen, dass die GmbH weiter bestehen bleibt; nur eben ohne den zwangsweise ausgeschlossenen bzw freiwillig ausgetretenen Gesellschafter. Damit wird auch deutlich, dass es sich sowohl beim „Austritt“ als auch beim „Ausschluss“ letztlich bloß um verschiedene Arten einer Kündigung handelt⁶⁴⁴.

B. Rechtsinhalt

1. Ausschluss gegen Abfindung auf Basis eines wichtigen Grundes

Sowohl beim Austritt als auch beim Ausschluss geht es um den Verlust der Gesellschafterstellung. Zwangsweise/gewollte Hingabe des Geschäftsanteils und zwangsweise/gewollte Bezahlung einer angemessenen Abfertigung stehen einander gegenüber. Auch hier gilt, dass ein wichtiger Grund iSd für die verbleibenden Mitgesellschafter unzumutbaren Umstandes vorliegen muss, der es rechtfertigt, das Gesellschaftsverhältnis mit dem konkreten Gesellschafter nicht mehr fortsetzen zu müssen und den Lästigen (gegen dessen Willen) als untragbar auszuschließen; der wichtige Grund muss hier also in der Person des auszuschließenden Gesellschafters gelegen sein⁶⁴⁵, so zB wenn er aufgrund seines Verhalten die Erreichung des Gesellschaftszwecks vereitelt oder dessen Umsetzung ernsthaft zu gefährden droht⁶⁴⁶. Entscheidend erscheint *mE* wieder, dass die Beantwortung der Frage

⁶⁴¹ *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 77.

⁶⁴² *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 282.

⁶⁴³ *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, ÖJZ 1952, 184.

⁶⁴⁴ Vgl FN 531.

⁶⁴⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 14.

⁶⁴⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 681.

dahingehend, wann ein die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitender Zustand erreicht ist, immer eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung sämtlicher tatsächlicher Umstände bleiben müsste⁶⁴⁷.

Jedenfalls unzulässig ist es, einen Gesellschafter entschädigungslos auszuschließen, und zwar selbst dann, wenn wichtige Gründe vorliegen⁶⁴⁸. Dies käme einer Enteignung zugunsten der anderen Gesellschafter gleich. Grundsätzlich müssen Enteignungen gesetzlich vorgesehen sein und sind derartige Vorgänge verfassungsrechtlich nach hL außerdem überhaupt nur dann zulässig, wenn eine angemessene Entschädigung bezahlt wird⁶⁴⁹. Dh ein Ausschlussrecht der verbleibenden Gesellschafter kann daher – wenn überhaupt - in allen Fällen auch nur zum Preis der angemessenen Abfindungsfinanzierung zugestanden werden.

Ein Ausschlussverfahren darf im Übrigen nur dann eingeleitet werden, wenn Abhilfe nicht mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreicht werden kann (ultima ratio-Maßnahme)⁶⁵⁰.

2. Vertragliche Gestaltung

Das gesellschaftsvertragliche Ausschlussrecht kann und wird in der Praxis inhaltlich häufig so ausgestaltet, dass der betreffende Gesellschafter bei Verwirklichung bestimmter Umstände⁶⁵¹ verpflichtet ist, seinen Geschäftsanteil einem, mehreren oder anteilig allen anderen Gesellschaftern abzutreten; somit handelt es sich

⁶⁴⁷ Hier wäre dann auch die GmbH-Struktur und die Position, die der Auszuschließende in dieser einnimmt entsprechend zu berücksichtigen (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 14); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 681. Vgl zB den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 3 Fall 2 MRG – unleidliches Verhalten des Mieters. Auch dieser Umstand berechtigt den Vermieter zur Aufkündigung des Bestandverhältnisses und kommt es bei der Prüfung nach dem Vorliegen des Kündigungsgrundes auf „das Gesamtverhalten des Bestandnehmers“ an, wobei auch weiter zurückliegende Ereignisse zu beachten sind (*Dirnbacher*, MRG idF WRN 387; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²¹ [2004] § 30 Rz 18).

⁶⁴⁸ Siehe OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95.

⁶⁴⁹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1481 f.

⁶⁵⁰ ZB über § 16 Abs 2 – Abberufung des Gesellschafters als Geschäftsführer (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 14); *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141.

⁶⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 11: zB im Konkurs oder im Todesfall.

eigentlich um eine Abtretungsverpflichtung⁶⁵². Für die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Regelung spricht die Formvorschrift nach § 76 Abs 2 Satz 2, wonach Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur zukünftigen Abtretung seines Geschäftsanteils der Notariatsaktsform bedürfen. Damit steht fest, dass derartige Vereinbarungen zulässig sein müssen⁶⁵³.

Es ist außerdem möglich, dass der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass der betreffende Gesellschafter in dessen Person der wichtige Grund eingetreten ist, seinen Geschäftsanteil einem Dritten⁶⁵⁴, der bereits vorab bestimmt ist oder im Bedarfsfall seitens der GmbH namhaft gemacht werden kann, abzutreten hat, oder dass die Mitgesellschafter vom Auszuschließenden die Abtretung verlangen können⁶⁵⁵. Sofern dabei nicht gegen zwingendes Recht verstoßen wird, kann die Regelung flexibel sein⁶⁵⁶.

Als nicht wirksam vereinbar gilt allerdings eine Klausel, die den entschädigungslosen Verlust des Geschäftsanteils, mögen auch wichtige Gründe vorliegen, vorsieht oder eine Bestimmung, wonach die GmbH den Geschäftsanteil selbst zu übernehmen habe⁶⁵⁷.

3. Willkürlicher Ausschluss?

Ausgehend von der Judikatur des dt BGH gilt die Vereinbarung eines grundlosen, also willkürlichen Ausschlusses sowohl bei Personengesellschaften als auch bei der GmbH grundsätzlich als unzulässig; Regelungen, die es erlauben, einen Gesellschafter gegen dessen Willen ohne sachlichen Grund auszuschließen, sind

⁶⁵² *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 658; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 680.

⁶⁵³ *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle (127) 138.

⁶⁵⁴ Kann der Dritte von der GmbH namhaft gemacht werden, spricht dies eindeutig für eine Abtretungsverpflichtung (OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95).

⁶⁵⁵ *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 138; *Ostheim*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 263 FN 58.

⁶⁵⁶ Siehe zB OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95; *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafter, in FS Hämmerle 136.

⁶⁵⁷ OGH 6 Ob 657/95, SZ 69/37; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 658.

nach § 138 Abs 1 dBGB nichtig⁶⁵⁸, weil es als nicht gerechtfertigt angesehen wird, dass ein Gesellschafter der Willkür des ausschließungsberechtigten Gesellschafters ausgeliefert sein soll⁶⁵⁹. Ein freies Ausschlussrecht ohne sachliche Rechtsfertigung ist aber nicht ausnahmslos unmöglich, sondern wird dann als nicht sittenwidrig angesehen, wenn der betreffende Gesellschafter in eine bereits seit langer Zeit bestehende Gesellschaft aufgenommen wird und das Ausschlussrecht dazu dient, binnen angemessener Frist festzustellen, ob das für die fortdauernde Zusammenarbeit erforderliche Vertrauen tatsächlich aufgebaut werden kann⁶⁶⁰, sodass also ein nicht zu begründender Ausschluss während einer Art „Probezeit“ zulässig sein kann.

*Koppensteiner/Rüffler*⁶⁶¹ übertragen diese Vorgaben auf das österr GmbH-Recht und berücksichtigen zudem die Wertungen des UmwG und des GesAusG, die den Ausschluss einer maximal 10%igen Minderheit ermöglichen, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung notwendig ist. Daraus wird *mE* zu Recht die Schlussfolgerung gezogen, dass auch eine Satzungsklausel, die den voraussetzungslosen Ausschluss eines 10%igen-Minderheitsgesellschaftern vorsieht, zulässig ist, sofern die Bezahlung der Abfindung ohne Verstoß gegen zwingendes Recht ebenfalls geregelt wird.

C. Bestehende Rechtslage

Das GmbHG kennt kein generelles Ausschlussrecht aus wichtigem Grund⁶⁶².

1. Kaduzierung

Zahlt der Gesellschafter die Stammeinlage oder den Nachschuss nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, dann ist er iSv § 65 Abs 2 zunächst zur Zahlung

⁶⁵⁸ Stellvertretend für viele BGH 19.9.2005, II ZR 342/03.

⁶⁵⁹ Stichwort: „*Damoklesschwert*“ (BGH 19.9.2005, II ZR 342/03).

⁶⁶⁰ BGH 8.3.2004, II ZR 165/02 mwN. Weiters werden derartige Regelungen vom BGH bei Mitarbeiterbeteiligungsmodellen anerkannt (BGH 19.9.2005, II ZR 342/03).

⁶⁶¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 15.

⁶⁶² BGH II ZR 215/86, wbl 1987, 311 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig; Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 275; *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 37.

aufzufordern. Nach Ablauf der Zahlungsfrist ist der sich dann in Verzug befindliche Gesellschafter mittels eingeschriebenen Briefes der Geschäftsführung unter Setzung einer Nachfrist von zumindest einem Monat erneut zur Zahlung aufzufordern. Gleichzeitig ist für den Fall, dass die Forderung wiederum nicht fristgerecht beglichen werden sollte, der Ausschluss anzudrohen⁶⁶³. Verstreicht auch die gesetzte Nachfrist ergebnislos, ist die Gesellschaft berechtigt, den säumigen Gesellschafter für ausgeschlossen zu erklären, wobei diese Erklärung laut Gesetz wieder mittels rekommandierten Schreibens zu erfolgen hat. Laut Jud besteht aber selbst in einem solchen Fall keine Pflicht zum Ausschluss, sondern nur ein Recht⁶⁶⁴. Mit Zugang des Schreibens gilt der Adressat als ausgeschlossen und verliert sämtliche Rechte aus dem Geschäftsanteil⁶⁶⁵.

Um allfällige Unklarheiten im Zusammenhang mit der Rechts(un)wirksamkeit eines Ausschlusses auszuräumen, kann Feststellungsklage erhoben werden⁶⁶⁶. Die auf den Ausschluss folgende Verwertung des Geschäftsanteils in Form des freihändigen Verkaufs bzw im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung⁶⁶⁷ kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn die Kaduzierung wirksam war; die Nichtigkeit der Kaduzierung kann vom betroffenen Gesellschafter eingewendet (zB im Rahmen des Versteigerungsverfahrens) oder eben mittels Feststellungsklage gegen die Gesellschaft releviert werden. Auch hier gilt, dass die GmbH nicht verpflichtet ist, den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen zu verkaufen, sie kann dies tun. Mit dem erzielten Erlös ist zunächst der auf die Stammeinlage offene Betrag abzudecken; ein Mehrerlös ist dem Ausgeschlossenen herauszugeben⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Unabhängig vom Kaduzierungsverfahren besteht zudem die Möglichkeit, den säumigen Gesellschafter auf Leistung zu klagen; schließlich hat er sich vertraglich zur Leistungserbringung verpflichtet.

⁶⁶⁴ Aus dem Wort "kann" ergibt sich, dass die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, das Kaduzierungsverfahren durchzuführen (vgl OGH 1 Ob 690/77, SZ 50/140; 8 Ob 277/00v, SZ 73/210).

⁶⁶⁵ Der Ausgeschlossene hat auch keinerlei Stimmrechte mehr (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 660).

⁶⁶⁶ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 660; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 66 Rz 12; OGH 6 Ob 27/92 = RdW 1993, 243 = wbl 1993, 229.

⁶⁶⁷ Siehe § 68.

⁶⁶⁸ *Umfahrer*, GmbH⁶ RZ 663 ff.

2. Ausschluss außerhalb des GmbHG

Sog „squeeze out-Effekte“ finden sich außerhalb des GmbHG und werden idR mit Abfindungsansprüchen abgedeckt:

a. Gesellschafter-Ausschlussgesetzes (GesAusG)⁶⁶⁹

Bei Einhaltung der Vorgaben des GesAusG ist ein Gesellschafterausschluss gegen Barabfindung grundsätzlich ohne weiteres erlaubt. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist jedoch insofern eingeschränkt, als auf Verlangen des Hauptgesellschafters⁶⁷⁰ per Beschluss der Generalversammlung lediglich der Ausschluss von Gesellschaftern erlaubt ist, die zu maximal 10% am Nennkapital beteiligt sind⁶⁷¹. Im Übrigen kann die Anwendbarkeit des GesAusG im Gesellschaftsvertrag laut § 1 Abs 4 GesAusG überhaupt abbedungen werden⁶⁷².

b. UmwG

Entsprechend den Ausführungen zum Austritt erlaubt das UmwG den voraussetzungslosen Ausschluss von Minderheitsgesellschafter, die zu nicht mehr als 10% am Stammkapital beteiligt sind. Solche Entscheidungen des Mehrheitsgesellschafters bedürfen grundsätzlich keiner sachlichen Rechtfertigung, denn die Mehrheit übt dann lediglich ihr Recht auf Durchführung einer Umgründung aus⁶⁷³.

⁶⁶⁹ Das Bundesgesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern (GesAusG) wurde im Rahmen der Novellierung des Übernahmegesetzes (ÜbG), welches am 1.1.1999 in Kraft getreten war, mit Artikel 6 des Übernahmerechts-Änderungsgesetz (ÜBRÄG 2006), BGBl I 2006/75, eingeführt. Die Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote (Amtsblatt Nr. L 142 vom 30.4.2004 S 12), war in den Mitgliedsstaaten der EU bis 20.6.2006 umzusetzen. Nach dieser Übernahme-RL ist „der Bieter nach erfolgter Übernahme unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, den verbleibenden Gesellschaftern die Anteile auch gegen deren Willen abzukaufen“. Mit dem neuen GesAusG sollte „das in Österreich auch außerhalb von Übernahmesituationen bestehende Ausschlussrecht des Hauptgesellschafters einheitlich neu geregelt werden“ (vgl EBRV 1334 BlgNr XXII. GP, 3).

⁶⁷⁰ Als Hauptgesellschafter gilt, wer gemäß § 1 Abs 2 GesAusG im Zeitpunkt der Beschlussfassung über zumindest 90% der Anteile verfügt. Laut den Materialien genügt es außerdem nicht, dass bloß mehr als 90% der Gesellschafter zustimmen, weil ein Ausschluss durch Mehrheitsbeschluss nicht zulässig ist (EBRV 1334 BlgNr XXII. GP, 27).

⁶⁷¹ Hier gemeint im Sinn einer Art „Hinauskündigung“.

⁶⁷² Siehe: *Ruhm*, Praxisleitfaden zum Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern, *ecolex* 2007, 353 ff.

⁶⁷³ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, Exkurs Umwandlung § 1 E 7.

c. ABGB

Explizit wird der Ausschluss des GesBR-Gesellschafters in § 1210 ABGB geregelt. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht, dass im Zweifelsfall von allen Gesellschaftern gemeinsam auszuüben ist⁶⁷⁴. Als gesetzliche Ausschlussgründe gelten die Nichterfüllung wesentlicher Vertragsbedingungen⁶⁷⁵, die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters und der Vertrauensverlust infolge Begehung einer mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohten Vorsatztat. Die Aufzählung ist nicht taxativ, die Verletzung des Konkurrenzverbotes iSv § 1186 ABGB, zB durch Betreiben eines die GesBR schädigenden Nebengeschäfts, wird auch dazu gezählt⁶⁷⁶.

3. Rechtsprechung

Die Jud vertritt in Ansehung des Gesellschafterausschlusses schon seit dem frühen 20. Jahrhundert die Rechtsmeinung, dass der Ausschluss nur aus dem einzigen im Gesetz geregelten Grund, nämlich der qualifizierten Säumnis des Gesellschafters bei der Bezahlung der übernommenen Stammeinlage, möglich ist⁶⁷⁷.

In seiner E vom 25.11.1953⁶⁷⁸ hat der OGH auf dessen bis zum damaligen Zeitpunkt vertretene Spruchpraxis Bezug genommen und die Frage nach der Zulässigkeit eines Gesellschafterausschlusses außerhalb der Kaduzierung eindeutig ablehnend beantwortet. In den Entscheidungsgründen wurde angegeben, dass wegen „*Verletzung wesentlicher Pflichten als Geschäftsführer und Gesellschafter*“ ein Ausschluss unzulässig sei; ebenso wenig können die §§ 133 und 140 und 142 H(U)GB analog herangezogen werden. Nach Meinung des Höchstgerichtes ist dem GmbHG zu entnehmen, dass es in erster Linie darum geht, die „Gesellschaft als ein von den Gesellschaftern im Bestand unabhängiges Rechtssubjekt zu erhalten“ und dessen Existenz nicht insofern einer Gefährdung auszusetzen, als es im Fall der Gewährung von Ausschlussrechten zu erheblichen

⁶⁷⁴ Grillberger in Rummel, ABGB³ § 1210 Rz 3.

⁶⁷⁵ ZB Arbeitsleistung (Grillberger in Rummel, ABGB³ § 1210 Rz 7).

⁶⁷⁶ OGH 23.2.2009, 8 Ob 90/08f.

⁶⁷⁷ Siehe zB OGH ZBI 1916, 349 und OGH ZBI 1917, 281.

⁶⁷⁸ OGH 1 Ob 600/53, SZ 26/285.

finanziellen Belastungen kommen kann. Der dieser E zugrundeliegende Sachverhalt war damals so gelagert, dass der Gesellschaftsvertrag kein Austrittsrecht vorsah. Es wurde zwar in der Folge ein Generalversammlungsbeschluss gefasst, der einen Gesellschafterausschluss vorsah, die Bestimmung wurde aber nicht in die Satzung integriert, weshalb der OGH auch nicht näher darauf einging und damals unbeantwortet ließ, ob es zulässig ist, einen Ausschluss samt dazugehörigem Vollzugsverfahren im Statut zu regeln. Auch die ein Austrittsrecht anerkennenden Entscheidungen in Deutschland lehnte der OGH 1953 ab, indem er festhielt, dass die vom BGH und der dt Lehre herangezogenen Begründungen, welche das grundsätzliche Bedürfnis nach "Entfernung" eines „lästigen“ Gesellschafters anerkannten und dies in erster Linie auf die Treuepflicht stützen, „nicht auf die Verhältnisse in Österreich übertragbar“ wären. Der OGH hat diese von ihm vertretene Rechtsansicht in der Folge beibehalten⁶⁷⁹.

In den 1980er Jahren setzte dann die Entwicklung hin zur Anerkennung von Treuepflichten zwischen GmbH-Gesellschaftern auch in Österreich ein. Ausgehend von der Jud in Deutschland, wo die sog „ITT-Entscheidung“ des BGH vom 5.6.1975⁶⁸⁰ richtungsweisend für die Treuepflichtanerkennung war, wird heute die E des OGH vom 16.12.1980 zum Bezugsrechtsausschluss⁶⁸¹ als grundlegend für diese Rechtsansicht angesehen. Sieben Jahre später sprach der OGH in der rechtlichen Beurteilung zur E vom 18.12.1987⁶⁸² - hier ging es um die klageweise Durchsetzung der Zustimmung des GmbH-Gesellschafter zur Abberufungsklage gegen den Geschäftsführer - aus, dass „die Treuepflicht eine Folge der engen gemeinschaftlichen Bindung der Gesellschafter ist und auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs sowie auf Treu und Glauben basiert“. Mittlerweile ist die Treuepflicht zwischen Gesellschaftern von der Jud und auch in der Lehre

⁶⁷⁹ OGH 4 Ob 596/73, HS IX (9681)/2.

⁶⁸⁰ BGH II ZR 23/74 (Düsseldorf), BGHZ 65, 15.

⁶⁸¹ OGH 5 Ob 649/80, SZ 53/172 (*Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141).

⁶⁸² OGH 6 Ob 695/87, wbl 1988, 125 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig*.

anerkannt⁶⁸³, sodass das Argument des OGH aus dem Jahr 1953 zur Ablehnung des Ausschlusses bzw dessen Begründung in Deutschland *mE* obsolet ist.

Dessen ungeachtet wird ein zwangsweiser Ausschluss von der Rechtsprechung nach wie vor für unzulässig erachtet. In der E vom 22.2.1996⁶⁸⁴ hält der OGH daran fest, dass er die Rechtsansicht der überwiegenden österreichischen Lehre, die für eine analoge Anwendung der Regelung nach §§ 133 und 140 UGB auf die GmbH eintritt, nicht teilt. Eine „Regelungslücke könne nicht angenommen werden, weil der Gesetzgeber in Kenntnis der höchstgerichtlichen Jud sowie der Diskussion in der Lehre bisher immer noch keine gesetzliche Regelung zum Ausschluss getroffen hat; und dies obwohl es dazu im Rahmen diverser Novellen zum GmbHG ausreichend Gelegenheit gegeben hätte“. Bemerkenswert an dieser E ist in jedem Fall, dass der OGH ausdrücklich festhält, dass „sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, dass dann, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft aus wichtigem Grund nicht mehr zumutbar ist, nur die Aufkündigung des Gesellschaftsvertrages, nicht aber ein zwangsweiser Ausschluss des untragbaren Gesellschafters möglich sein soll“; dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass ein solcher Vorgang im Gesellschaftsvertrag geregelt ist sowie unter der weiteren Bedingung, dass eine solche Regelung nicht gegen zwingendes Recht verstoßen darf, insbesondere gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung⁶⁸⁵.

Diese Judikaturlinie setzt der OGH seitdem auch konsequent fort und lässt auch Argumente im Hinblick auf eine personalistischen Struktur der GmbH zur Begründung einer analogen Anwendung der für Personengesellschaften geltenden Bestimmungen nicht zu⁶⁸⁶. Weiterhin verneint das Höchstgericht hartnäckig die

⁶⁸³ Siehe zB OGH 10.4.2008, 6 Ob37/08x mwN.

⁶⁸⁴ OGH 6 Ob 657/95, SZ 69/37 = *ecolex* 1996, 757 mit Anmerkung *Elsner*.

⁶⁸⁵ Also keine Übernahme des Geschäftsanteils durch die GmbH.

⁶⁸⁶ Laut OGH (25.9.2001, 4 Ob 216/01w) läge „keine planwidrige Gesetzeslücke vor, die mit Hilfe von Gesetzesanalogie zu schließen wäre“ vor und würde eine „Differenzierung zwischen personalistischen und kapitalistischen (Kapital)Gesellschaften zu Abgrenzungsschwierigkeiten und in der Folge zu Rechtsunsicherheit führen“.

„rechtsfortbildende Etablierung“ des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund und „schiebt den Ball zum Gesetzgeber“⁶⁸⁷.

D. Ausschließung

1. Statutarische Ausschlussklausel

Ist der Ausschluss vertraglich vorgesehen, wird sich das Ausschlussverfahren zuerst nach den dafür vereinbarten Bestimmungen richten⁶⁸⁸. *ME* ist der Vertragserrichter bei der Festlegung der Bedingungen und formalen Abläufe weitgehend frei⁶⁸⁹. Es wird bei Kapitalgesellschaften zulässig sein, dass der Ausschluss bei Vorliegen wichtiger Gründe von der Geschäftsführung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter erklärt wird⁶⁹⁰, wobei sich hier schon allein aus Beweisgründen die Schriftform aufdrängt; bestenfalls verbunden mit einem Zustellnachweis. Auch ein Ausschluss in Form eines Gesellschafterbeschlusses ist möglich⁶⁹¹.

Bestreitet der Auszuschließende das Vorliegen eines wichtigen Grundes hat die Gesellschaft die Initiative zu ergreifen. In der Sache geht es dann um die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen, nämlich der zwangsweisen Abtretung⁶⁹², im Rechtsweg. Schließlich hat der auszuschließende Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen oder sich diesem nachträglich unterworfen; und dagegen verstößt er nun. Zur Rechtsdurchsetzung eignet sich die Einbringung einer Klage durch die Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer, auf Zustimmung zur Abtretung des Geschäftsanteils⁶⁹³. Zu beachten ist hier, dass es sich bei der Entscheidung der GmbH, einen Prozess gegen einen ihrer Gesellschafter einzuleiten, um einen sog Grundlagenbeschluss handelt, der zwingend in die Beschlussfassungskompetenz der Gesellschafter fällt. Deshalb hat die Tätigkeit der

⁶⁸⁷ Vgl OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v.

⁶⁸⁸ *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter 325.

⁶⁸⁹ Siehe auch: *Schneider*, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191 (198).

⁶⁹⁰ Wie in den Fällen des gesetzlich vorgesehenen Ausschlusses nach §§ 66 und 73.

⁶⁹¹ *Kastner*, Zur Reform des GmbH-Rechtes, JBI 1973, 169 (175).

⁶⁹² *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (138).

⁶⁹³ OGH 6 Ob 657/95, SZ 69/37.

Geschäftsführung auf einem entsprechenden Klageermächtigungsbeschluss der Generalversammlung zu beruhen⁶⁹⁴. Der auszuschließenden Gesellschafter ist dabei iSv § 39 Abs 4 mit einem Stimmverbot belegt, weil Inhalt des Beschlusses die Einleitung eines Rechtsstreites gegen diesen Gesellschafter ist⁶⁹⁵.

2. Ausschluss ohne gesetzliche/vertragliche Grundlage

Gegen die Judikatur bezieht die österr Lehre⁶⁹⁶ nahezu einhellig Stellung für die Anerkennung eines Ausschlussrechtes aus wichtigem Grund außerhalb einer gesellschaftsvertraglichen Verankerung und schließt sich damit der dazu in Deutschland vertretenen Rechtsansicht an, die dort sowohl von der Lehre bzw dem Schrifttum⁶⁹⁷ als auch von der Rechtsprechung⁶⁹⁸ getragen wird. Anerkennt man die Geltung eines allgemeinen Ausschlussrechtes - unter Berücksichtigung der Kapitalerhaltungsvorschriften⁶⁹⁹ - hat dessen Umsetzung nach hM in Form einer rechtsgestaltenden Ausschlussklage zu erfolgen⁷⁰⁰. Uneinigkeit herrscht darüber, wer als Ausschlusskläger aufzutreten hat. Überwiegend wird vertreten, dass die Klage nach dem Vorbild der Abberufungsklage gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 16 Abs 2⁷⁰¹ von sämtlichen übrigen Gesellschaftern

⁶⁹⁴ *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter 327; *Enzinger* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbHG, § 35 Rz 109; einschränkend *Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht 683), der einen Ermächtigungsbeschluss dann für erforderlich hält, wenn sich nicht alle Gesellschafter an der Ausschlussklage beteiligen.

⁶⁹⁵ Siehe dazu auch: OGH 6 Ob 657/95, SZ 69/37.

⁶⁹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 10; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 681; *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer Gesellschaft m. b. H., ÖJZ 1952, 183; *ders*, Zur Reform des GmbH-Rechtes, JBl 1973, 169; *Schneider*, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191; *Ostheim*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 263; aA offenbar *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (137) und *Paschinger*, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRz 1983, 182 (188).

⁶⁹⁷ *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz¹⁰ Band I Anh § 34 Rz 21 ff mwN; *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter 325.

⁶⁹⁸ BGH II ZR 215/86 (wbl 1987, 311 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* und mwN).

⁶⁹⁹ Dies wird – wie sich zeigen wird – in den meisten Fällen auf eine freiwillige Abfertigungszahlung durch die verbleibenden Gesellschafter hinauslaufen.

⁷⁰⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 21; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 681 f; *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 294; *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 276 ff.

⁷⁰¹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 375.

einzubringen ist⁷⁰²; weigert sich ein Gesellschafter kann er auf Zustimmung geklagt werden⁷⁰³.

Vom System her könnte die Klage § 140 UGB nachgebildet werden; auch die Ausschlussklage nach § 140 UGB erfordert die Mitwirkung sämtlicher übriger Gesellschafter⁷⁰⁴. Nach heute wohl überwiegender Ansicht soll über den Ausschluss gegen angemessene Barabfindung in einem streitigen Verfahren entschieden werden⁷⁰⁵. Seitens der Ausschlusskläger muss behauptet und vorgebracht werden, dass ein wichtiger Grund vorliegt und, dass es sich um eine ultima ratio-Maßnahme handelt; der Ausschluss ein Gesellschaftsmitglied kommt nach der Jud nur als letztes Mittel zum Schutz der Rechte der übrigen Gesellschafter in Betracht⁷⁰⁶. Außerdem müssten sich die den Geschäftsanteil des Auszuschließenden allenfalls übernehmenden Gesellschafter persönlich und solidarisch zur Abfertigungszahlung verpflichten⁷⁰⁷.

Zur Bestimmung dessen, was im Hinblick auf die Höhe der Abfindung angemessen ist, wird mangels objektiv überprüfbarer Kriterien idR ein (kostspieliger) Sachverständigenbeweis erforderlich sein. Das Urteil selbst könnte vorsehen, dass der auszuschließende Gesellschafter seinen Geschäftsanteil „Zug um Zug gegen Bezahlung der als angemessen bewerteten Abfindung an den oder die anderen Gesellschafter abzutreten hat“⁷⁰⁸.

⁷⁰² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 21; aA *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 281. In Deutschland ist hingegen hM, dass Kläger die Gesellschaft ist (*H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I¹⁰ Anh § 34 Rz 34; *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter 327).

⁷⁰³ *Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht 681) differenziert danach, ob tatsächlich alle übrigen Gesellschafter zustimmen; ist dies nicht der Fall, soll ein einfacher Mehrheitsbeschluss zur Klagserhebung genügen.

⁷⁰⁴ *Koppensteiner* in *Straube*, HGB § 140 Rz 12.

⁷⁰⁵ AA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 684.

⁷⁰⁶ OGH 8 Ob 648/88, SZ 61/281.

⁷⁰⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 684; zum Verfahren nach § 140 UGB siehe auch *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 45 f.

⁷⁰⁸ Siehe dazu ausführlich *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 281, 282. Für einen alternativen Lösungsansatz siehe *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 294.

E. Weitergehender Bedarf?

1. Ausgangspunkt

Das praktische Bedürfnis wird erkennbar, wenn man an gröbliche und/oder beharrliche Pflichtverletzungen bzw besonders gravierende Verstöße gegen den Gesellschaftsvertrag durch den Auszuschließenden denkt. Hier geht es darum, wirksam „gegen fortwährend schwerwiegendes Fehlverhalten von Gesellschaftern vorzugehen“; „*das Damoklesschwert des Ausschluss*“ eignet sich laut *Reich-Rohrwig* am besten dazu, die betreffende Person zu vertrags- und gesetzeskonformen Verhalten zu bewegen⁷⁰⁹. Der Konkurs eines Gesellschafters kommt ebenfalls als auslösender Sachverhalt in Frage, wie auch der Tod eines Gesellschafters, wenn die übrigen die Gesellschaft gerade nicht mit dem oder den Erben fortsetzen wollen⁷¹⁰.

Ganz besonders deutlich gelingt es *mE Schneider*⁷¹¹ hervorzuheben, warum die Anerkennung eines Ausschlusses aus wichtigem Grund ausschließlich unter der Voraussetzung, dass der Gesellschaftsvertrag eine solche Regelung vorsieht, unbefriedigend ist. Man stelle sich vor, ein Gesellschafter ist an zwei GmbHen beteiligt und verhält sich in beiden Gesellschaften so, dass es dem/den Mitgesellschaftern unzumutbar wird, mit diesem Gesellschafter weiterzuarbeiten. Im ersten Fall regelt das Statut den Ausschluss mit der Folge, dass man den „Lästigen“ los wird, während im zweiten Fall, wo im Vertrag keine Ausschlussmöglichkeit vorgesehen ist, die übrigen dazu verhalten sind, den „Unmöglichen“ weiter mitzutragen. Der Zufall oder der Umstand, dass der Vertragserrichter im zweitgenannten Fall keine Regelung vorgesehen hat, kann *mE* nicht ausschlaggebend sein, wenn das Problem dem Grund nach evident ist. Aber natürlich muss man auch hier gelindere Mittel in Erwägung ziehen und an den über Schadenersatz gegenüber dem lästigen Gesellschafter geltend zu machenden Anspruch denken und somit letztlich abwägen, ob dies – an Stelle eines Ausschlusses - nicht die sachgerechtere Lösung darstellt.

⁷⁰⁹ *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141 f.

⁷¹⁰ OGH 21.12.2000, 8 Ob 277/00v.

⁷¹¹ *Schneider*, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191 (196 f).

2. Weiterentwicklung

Die meisten für Personengesellschaften als wichtig geltenden Gründe kann man *mE* aufgrund der bestehenden Wesensunterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften nicht leicht auf die GmbH übertragen. *Hannak* hält unmissverständlich fest, dass die „Persönlichkeit des Gesellschafters bei der GmbH gänzlich in den Hintergrund tritt“ und „nur die Verletzung der Einzahlungspflicht zum Ausschluss berechtigt“⁷¹². Denkt man hier jedoch an die häufig personalistisch strukturierte GmbH wird das Problem greifbarer. Jene, die allerdings meinen, ein Ausschluss aus der GmbH könne mit dem geltenden Recht insofern in Einklang gebracht werden, als die Abfindungszahlung von der GmbH selbst geleistet werden kann, liegen deshalb falsch, weil dies einen grundlegenden Verstoß gegen die Kapitalerhaltungspflicht und das Verbot des Erwerbs eigener Anteile durch die Gesellschaft darstellen würde. Es mag zwar wünschenswert sein, einen außergesetzlichen Ausschluss als ultima ratio-Maßnahme zur Verfügung zu haben, wenn so uU ein unwiederbringlicher Schaden vermieden werden kann. Das praktische Bedürfnis soll also gegeben sein, mit der geltenden Rechtslage ist die Forderung hinsichtlich eines allgemeinen Ausschlussrechtes analog §§ 133, 140 UGB für die GmbH jedoch nicht vereinbar. Die für GesBR und OG/KG ergangenen OGH-Entscheidungen lassen sich aus dem Grund nicht mit dem GmbH-Recht vereinbaren, weil schon das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip einer eo ipso-Zahlungspflicht der Gesellschafter entgegensteht.

Wenn man also einen übergesetzlichen Ausschluss überhaupt anerkennen will, muss man das Augemerkt *mE* auf den wichtigen Grund bzw die Festlegung dessen, was als wichtiger Grund gelten kann, legen und voraussetzen, dass die ausschließungswilligen Mitgesellschafter den „Lästigen“ freiwillig aus deren Privatvermögen finanziell abzuschichten haben; und nur dann, wenn diese Abfindung auch tatsächlich angemessen ist, also nicht bloß eine wirtschaftlich finanzielle Momentaufnahme darstellt, kann man allenfalls zu einem gerechten Exit durch Ausschluss gelangen.

⁷¹² Vgl *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (128).

V. Abfindung

A. Allgemeines

Das Problem, welches die Frage nach der Zulässigkeit und den Vollzug von Lösungsrechten neben dem zwingenden Erfordernis eines wichtigen Grundes gewissermaßen als gemeinsame Klammer umgibt, ist jenes der Abfindungsfinanzierung: Wie kann dem kündigenden, austretenden bzw ausgeschlossenen Gesellschafter auf legalem Weg das zukommen, was angemessen ist und – nicht weniger wichtig – wer soll das bezahlen?

Zunächst hält schon *Harrer* diesbezüglich zu Recht fest, dass keinerlei sachliche Gründe dafür sprechen, den Ausschluss entgeltlich und den Austritt unentgeltlich zu konzipieren, zumal es der Ausgeschlossene idR selbst zu verantworten hat, dass er ausgeschlossen wird⁷¹³. Es wäre tatsächlich absurd, nicht auch dem berechtigt Austretenden eine Abfindung zuzugestehen. Die Problematik wird greifbar, wenn man sich vor Augen hält, was das Wesen der GmbH als Kapitalgesellschaft ausmacht.

B. Trennungsprinzip

Das GmbHG selbst definiert nicht, was es unter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung versteht⁷¹⁴. Nach hA handelt es sich um eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhende Personenvereinigung im Sinn eines Dauerschuldverhältnisses⁷¹⁵, deren Mitglieder zur Erreichung eines vordefinierten Zieles nicht bloß vorübergehend zusammengeschlossen sind⁷¹⁶. Als Kapitalgesellschaft existiert die GmbH grundsätzlich unabhängig von ihren Mitgliedern. Der Tod eines Gesellschafters berührt ihren Bestand idR nicht; ebenso wenig wirkt sich der Eintritt von neuen Mitgliedern oder das Ausscheiden von Gesellschaftern auf das Bestehen der Gesellschaft aus⁷¹⁷. Der einzelne

⁷¹³ *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 275 (283, 284).

⁷¹⁴ Vgl demgegenüber die Definition der Aktiengesellschaft in § 1 AktG.

⁷¹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³, II 8.

⁷¹⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 12.

⁷¹⁷ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 1.

Gesellschafter stellt der Gesellschaft Kapital zu Verfügung und erhält dafür eine Beteiligung am Gewinn. Man spricht daher vom „*kapitalistischen Prinzip der Kapitalgesellschaften*“⁷¹⁸, welches bei AGen normalerweise noch stärker ausgeprägt ist, als bei GmbHen.

Das Trennungsprinzip kommt ua darin zum Ausdruck, dass die GmbH gemäß § 61 eine juristische Person und somit als solche selbständiger Träger von Rechten und Pflichten ist; sie kann klagen und geklagt werden. Als Körperschaft ist sie Eigentümerin des von ihr betriebenen Unternehmens; auch ist sie selbst gewerberechtsfähig. Es handelt sich somit um eine gegenüber ihren Mitgliedern umfassende rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft⁷¹⁹.

C. Vermögensordnung

Das Gesellschaftsvermögen ist strikt Vermögen des einzelnen Gesellschafters und vom Stammkapital zu unterscheiden. Träger des Gesellschaftsvermögens, welches nach § 224 UGB bilanziell auf der Aktivseite ausgewiesen wird, ist die GmbH selbst; es umfasst mehr als den Nennbetrag des Stammkapitals und besteht aus der Summe sämtlicher vermögenswerter Rechte der Gesellschaft (Forderungen, Marken, Muster, Patente, Lizenzen) sowie den sonstigen körperlichen Vermögensgegenständen wie Anlage- und Umlaufvermögen. Die Höhe des Gesellschaftsvermögens hängt von zahlreichen Faktoren und Umständen ab, insbesondere von der späteren wirtschaftlichen Entwicklung und der Geschäftsgebarung, und ist insofern variabel⁷²⁰.

Dagegen ist das Stammkapital, welches auf der Passivseite der Bilanz auszuweisen ist⁷²¹, eine starre Rechnungsgröße. Gemäß § 6 Abs 1 S 2 wird das Stammkapital der GmbH aus der Summe der Stammeinlagen gebildet. Unter Stammeinlage versteht

⁷¹⁸ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 3.

⁷¹⁹ Vgl dazu ausführlich: *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 1.

⁷²⁰ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 9.

⁷²¹ Zum Eigenkapital der GmbH zählt man das Nennkapital (hier: Stammkapital), die Kapitalrücklagen, die Gewinnrücklagen und den Bilanzgewinn/–verlust (vgl die Gliederung laut § 224 UGB).

man die jeweilige Einzahlungsverpflichtung, die der einzelne Gesellschafter übernommen hat. Das Stammkapital wird durch den Gesellschaftsvertrag betragsmäßig festgelegt; dementsprechend kann es nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages erhöht oder herabgesetzt werden⁷²².

Von der Stammeinlage muss wiederum der Geschäftsanteil unterschieden werden, der die Summe aller mit der Stammeinlage verbundenen Mitgliedschafts- und Vermögensrechte- bzw -pflichten, also ein „Bündel an Rechten und Pflichten“⁷²³, darstellt.

D. Haftungsordnung

Die Eigenschaft als ein von der natürlichen Person verschiedenes Rechtssubjekt manifestiert sich weiters in § 61 Abs 2, der festschreibt, dass den Gesellschaftsgläubigern ausschließlich das Vermögen der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten haftet und eine persönliche Gesellschafterhaftung grundsätzlich nicht vorgesehen ist⁷²⁴. Nur ausnahmsweise kommt es zu einem Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter⁷²⁵, wie zB in Fällen des Rechtsformmissbrauchs, bei der Vermischung von Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen des/der Gesellschafter; ebenso bei qualifizierter Unterkapitalisierung und wenn Haftungsprivilegien rechtsmissbräuchlich Inanspruchnahme genommen werden⁷²⁶.

Das GmbHG sieht in § 6 vor, dass die GmbH mit einem Mindeststammkapital in der Höhe von EUR 35.000,00 auszustatten ist⁷²⁷. Es handelt sich hierbei gewissermaßen

⁷²² Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 352.

⁷²³ OGH 15.2.1984, 3 Ob 151/83; 11.10.1995, 3 Ob 108/95; 27.2.2002, 3 Ob 249/00i uvam.

⁷²⁴ Vgl dazu: Krejci, Der Beitrag des Notariats zur Entwicklung des Gesellschaftsrechts (20. Europäische Notariatstage in Salzburg 2008) 16 ff.

⁷²⁵ Zur neueren Jud vgl zB OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03s mit Anmerkung *Fantur*.

⁷²⁶ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 8.

⁷²⁷ In der Lehre wird dieser Betrag in Ansehung der vielseitigen finanziellen Belastungen, denen die Gesellschaft im wirtschaftlichen Leben ausgesetzt ist, sowie aufgrund des allgemeinen Haftungsausschlusses der Gesellschafter vielfach als zu gering angesehen (*Rüffler*, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept? Ges 2005, 140).

um „Startkapital“⁷²⁸, welches eine Art Mindesthaftungsfond für die Gläubiger darstellen soll und auch sog „Startinsolvenzen“ verhindern soll⁷²⁹. Dieses Stammkapital ist der „*Haftungsbeitrag*“ der Gesellschafter und muss entsprechend den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen und nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages vollständig aufgebracht werden; damit ist die Haftungsbeschränkung grundsätzlich bewirkt⁷³⁰. Im Interesse des Gläubigerschutzes muss das gesamte Gesellschaftsvermögen dann natürlich auch dauerhaft erhalten werden. Letztlich zwang also die mit der vollständigen Einlagenleistung verbundene Haftungsbeschränkung den Gesetzgeber dazu, den Gläubigerschutz durch umfassende Kapitalaufbringungs-⁷³¹ und Kapitalerhaltungsvorschriften zu stärken⁷³².

E. Gebundenes Gesellschaftsvermögen

1. Bindungsumfang

Nach österr AktG und GmbHG sowie dem in Deutschland geltenden Aktienrecht⁷³³ gilt, dass das gesamte Vermögen der Körperschaft, welches neben dem Stamm-/Grundkapital auch die bilanziellen Rücklagen, allfällige Gewinnvorträge und die stillen Reserven⁷³⁴ mit umfasst, zu verwalten und erhalten ist. Von diesem

⁷²⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 6 Rz 5.

⁷²⁹ Tatsächlich sind die in der Lehre und im Schrifttum dahingehend geäußerten Bedenken und Zweifel, dass der Zweck dieser Vorschrift – nämlich den Gläubigern stets eine bestimmte, der Höhe nach seriöse Summe als Haftungsfond zu bieten – heute weitgehend als ausgehöhlt zu betrachten ist, berechtigt. *Krejci* bezeichnet das Erfordernis nach einem Mindeststammkapital zutreffend als „*Seriositätsschwelle*“, ohne daraus gleich einen Vorteil in den nach britischen Rechtsvorschriften gegründeten private limited companies, wo im Wesentlichen überhaupt kein Mindeststammkapital erforderlich ist, zu sehen (vgl *Krejci*, Der Beitrag des Notariats zur Entwicklung des Gesellschaftsrechts (20. Europäische Notariatstage in Salzburg 2008, 11).

⁷³⁰ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 8.

⁷³¹ § 63 Abs 1 verpflichtet jeden Gesellschafter dazu, die von ihm übernommene Stammeinlage in voller Höhe nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages zu leisten. Diese vermögensrechtliche Hauptverpflichtung des Gesellschafters gegenüber der GmbH folgt entweder aus dem Gesellschaftsvertrag oder resultiert aus der Übernahme einer Stammeinlage bei einer Kapitalerhöhung nach §§ 52 ff. Anspruchsberechtigt ist stets die GmbH selbst (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 4)! Weiters dient § 10 der Kapitalaufbringung, indem festgelegt wird, was der GmbH im Rahmen der Gründung jedenfalls zur Verfügung zu stellen ist (vgl dazu ausführlich *van Husen* in *Straube*, GmbHG § 10 Rz 1 ff); §§ 66 ff dienen ebenfalls dazu, das Stammkapital vollständig aufzubringen (Kaduzierung).

⁷³² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 1.

⁷³³ *H.P. Westermann* in *Scholz*, GmbHG I¹⁰ § 30 Rz 7.

⁷³⁴ Unter stillen Reserven versteht man den Unterschied zwischen dem tatsächlichem Wert eines Wirtschaftsgutes und dem idR niedrigeren Buchwert (*Doralt*, Steuerrecht 2008/09 Rz 76, 77).

Kapitalerhaltungsgebot ist grundsätzlich nur der Anspruch der Gesellschafter auf Auszahlung des ordnungsgemäß festgestellten und zur Verteilung frei gegebenen Bilanzgewinns nach § 82 Abs 1 ausgenommen⁷³⁵.

2. Rechtsvergleich

Im Unterschied dazu, genügt es nach dt GmbH-Recht, wenn jener Betrag erhalten bleibt, der zumindest dem gesetzlichen Mindeststammkapital entspricht. Nach § 30 Abs 1 dGmbHG, „darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden“⁷³⁶. Es wird in Deutschland in Anlehnung an den Wortlaut von § 30 dGmbHG davon ausgegangen, dass sich die Vermögensbindung bei der GmbH nur auf das zur Erhaltung des (Mindest)Nominalkapitals⁷³⁷ erforderliche Vermögen bezieht, sodass jene Beträge, die über dieser Grenze liegen, grundsätzlich wieder an die Gesellschafter „ausgekehrt“ werden dürfen⁷³⁸. Nach hA ist sohin (bloß) jenes Vermögen zu erhalten, das nach Abzug der Verbindlichkeiten „einem Wert in Höhe der Stammkapitalziffer“ entspricht⁷³⁹. Realisiert wird die Auszahlungsmöglichkeit durch Aufstellen einer Zwischenbilanz zu fortgeführten Buchwerten⁷⁴⁰ auf den Auszahlungszeitpunkt; es kommt also auf die Vermögenssituation der GmbH im Zeitpunkt der (beabsichtigten) Entnahme an.

Der österr Gesetzgeber hat sich somit für eine strengere Bindung von Vermögensbestandteilen bei der GmbH entschieden⁷⁴¹. Der Erhaltung des

⁷³⁵ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 98.

⁷³⁶ Ähnlich § 83 sieht § 31 dGmbHG einen gesellschaftsrechtlichen Ersatzanspruch der GmbH vor.

⁷³⁷ Das Stammkapital hat gemäß § 5 dGmbHG mindestens EUR 25.000,00 zu betragen. Seit Inkrafttreten des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) mit 1.11.2008 wurde zudem in § 5a dGmbHG die Möglichkeit einer „GmbH-light“ geschaffen, für welche Gesellschaftsform kein gesetzliches Mindeststammkapital mehr vorgesehen ist, deren Firma jedoch Unternehmungsgesellschaft UG zu lauten hat.

⁷³⁸ *H.P. Westermann* in *Scholz*, GmbHG I¹⁰ § 30 Rz 7.

⁷³⁹ *H.P. Westermann* in *Scholz*, GmbHG I¹⁰ § 30 Rz15.

⁷⁴⁰ Dh die stillen Reserven bleiben unberücksichtigt.

⁷⁴¹ Mit den Vor- bzw Nachteilen der österr und dt Regelungen befasst sich *Reich-Rohrwig* (Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 99 f) und kommt zu dem Schluss, dass die österr Variante mehr rechtssicher und klarer ist. Zudem sei die dt Regelung mit hohen Bewertungskosten verbunden, was sich nicht leugnen lässt.

Gesellschaftsvermögens im Sinn von dessen umfassender Bindung in Form von weitgehenden Ausschüttungs- bzw Auskehrungsverboten dienen zahlreiche Vorschriften des GmbHG sowie Bestimmungen in anderen Gesetzen, insbesondere das Eigenkapitalersatzgesetz⁷⁴² (EKEG), welche Normen – was aufzuzeigen sein wird – einer Abfindungszahlung der GmbH an den ausscheidenden Gesellschafter grundsätzlich entgegen stehen.

3. Verbot der Einlagenrückgewähr - Ausschüttungsverbot

Die den Grundsätzen der Kapitalerhaltung zentrale Rechtsnorm im GmbH-Recht ist § 82, welche Bestimmung laut OGH zwingend ist⁷⁴³. Das Verbot umfasst grundsätzlich jegliche Form von Vermögensverschiebung von der Gesellschaft zu den Gesellschaftern⁷⁴⁴. „Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage nicht zurückfordern und haben, solange die Gesellschaft besteht, im Wesentlichen nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, also auf den sich nach dem Jahresabschluss ergebenden Überschuss der Aktiva über die Passiva“⁷⁴⁵. Ausgenommen vom Verbot nach § 82 Abs 1 sind noch die Gewährung eines angemessenen Entgelts für wiederkehrende Leistungen nach § 8, zu deren Erbringung sich die Gesellschafter im Vertrag zusätzlich zur Leistung der Stammeinlage verpflichtet haben⁷⁴⁶, sowie Zuwendungen im Rahmen von Kapitalherabsetzungen.

Neben offenen Zuwendungen sind darüber hinaus auch alle verdeckten Zuwendungen an die Gesellschafter verboten, also solche, die sich nach außen hin

⁷⁴² Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Art I GIRÄG 2003), in Kraft getreten mit 1.1.2004. Hier geht es im Sinn einer Weiterentwicklung des Gedanken der Kapitalerhaltung aufbauend auf die Jud des OGH (insb SZ 54/63) darum, dass Fremdkapital, das der Gesellschaft in Zeiten der Krise von einem Gesellschafter – beispielsweise in Form eines Kredits – zugeschossen wird, in Eigenkapital umqualifiziert wird; dies hat zur Folge, dass es nicht rückzahlbar ist und in der Insolvenz der Gesellschaft als Forderung auch nicht quotenmäßig befriedigt werden kann (vgl EBRV 124 BlgNR XXII. GP, 2 ff).

⁷⁴³ OGH 26.3.1996, 1 Ob 2028/96h.

⁷⁴⁴ *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 465; dazu ausführlich: *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269 ff.

⁷⁴⁵ § 82 Abs 1; zu beachten ist allerdings auch noch das Ausschüttungsverbot nach § 82 Abs 5 bei Vorliegen einer Unterbilanz.

⁷⁴⁶ Man spricht hier auch von sog Umsatzgeschäften (*C. Nowotny*, Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW 1987, 286 f.)

„als Betriebsausgabe tarnen“, bei denen es sich jedoch in Wahrheit auch um unzulässige Ausschüttungen in verschiedenster Form handelt⁷⁴⁷.

Der Zweck von § 82 Abs 1 besteht darin, das Stammkapital als „dauernden Grundstock“ der GmbH und „als einziges den Gläubigern zur Verfügung stehendes Befriedigungsobjekt gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern“⁷⁴⁸. Haftungsfond der Gläubiger ist aber jedenfalls das gesamte Gesellschaftsvermögen⁷⁴⁹ und nicht bloß der dem Stammkapital zahlenmäßig entsprechende Betrag⁷⁵⁰, also das gesamte bilanzielle Vermögen⁷⁵¹, wozu auch Kapital- und Gewinnrücklagen und die stillen Reserven gehören. Sog freie (Gewinn-)Rücklagen, das sind solche, deren Bildung nicht auf gesetzlichem Zwang basiert, welche aber satzungsmäßig verpflichtend vorgesehen sein können, dürfen grundsätzlich ausgeschüttet werden, müssen jedoch vorher bilanziell aufgelöst werden⁷⁵², es sein denn, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt⁷⁵³.

Allgemein werden Rücklagen für in der Zukunft möglicherweise anfallende Aufwendungen gebildet, ohne dass dem eine Verpflichtung gegenüber einem Dritten zugrunde liegt, weshalb der steuerpflichtige Gewinn durch Rücklagenbildung auch nicht verringert wird⁷⁵⁴. Es handelt sich um Gewinnrücklagen, die gemäß

⁷⁴⁷ Zu den vielfältigen Formen und Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr siehe ausführlich: *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 116 f. Allgemein spricht man von „Vorteilszuwendungen der Gesellschaft an die Gesellschafter die nicht in einer offenen, zulässigen Gewinnausschüttung bestehen“ (*Werndl*, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Körperschaftssteuerrecht und das Legalitätsprinzip, ÖJZ 1976, 513 ff).

⁷⁴⁸ OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p. Der OGH hält explizit fest, dass §§ 82 und 83 GmbHG auch auf die KG im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden sind, wenn bei der KG kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

⁷⁴⁹ *Koppensteiner*, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 170 (173); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 98.

⁷⁵⁰ *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 271.

⁷⁵¹ *Dellinger*, abgedruckt im Skriptum Gesellschaftsrecht I des gleichnamigen Seminars der Anwaltsakademie, Gesellschaft zur Förderung anwaltlicher Aus- und Fortbildung m.b.H., unter der Leitung von RA Dr. Gottfried Thiery, LL.M. Siehe auch *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 52 Rz 6.

⁷⁵² *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 98 FN 467.

⁷⁵³ Vgl dazu Fachsenat für Handelsrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, Stellungnahme zur Behandlung offener Rücklagen im Jahresabschluss 9 (veröffentlicht auf <http://www.kwt.or.at/de/>).

⁷⁵⁴ *Doralt*, Einkommensteuergesetz Kommentar, Band I § 9 Rz 29.

§ 229 Abs 3 UGB nur aus im letzten oder in einem vorangegangenen Geschäftsjahr resultierenden Jahresüberschüssen (nach Berücksichtigung der Veränderung unversteuerter Rücklagen) gebildet werden dürfen. Dh, Gewinnrücklagen lassen sich nur dann bilden, wenn der Jahresüberschuss einen positiven Saldo ausweist⁷⁵⁵.

Da also das Ausschüttungsverbot neben sog verdeckten Gewinnausschüttungen und den klassischen Fällen der offenen Einlagenrückgewähr auch die Zuwendung von sämtlichen nicht der ordnungsgemäßen Gewinnverteilung unterliegenden Beträgen – mögen sie auch in den Gewinnen Deckung finden⁷⁵⁶ - sowie von Kapital, das nicht durch eine ordentliche Kapitalherabsetzung⁷⁵⁷ frei geworden ist, aus dem Gesellschaftsvermögen verbietet, kann auch der in Geld bestehende Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters nicht von der GmbH bzw aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet werden⁷⁵⁸; dies würde gegen die zwingende Kapitalerhaltungspflicht verstoßen⁷⁵⁹. Konsequenterweise werden von der Rechtsprechung gesellschaftsvertragliche Bestimmungen als unzulässig qualifiziert⁷⁶⁰, wenn sie gegen zwingenden Gebote und Verbote der Kapitalerhaltung verstoßen⁷⁶¹.

4. Rückerstattungsanspruch der GmbH - Ausfallhaftung

Ergänzt wird das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 vom Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gemäß § 83 Abs 1 gegenüber dem Gesellschafter, dem Kapital bzw zum Gesellschaftsvermögen gehörende

⁷⁵⁵ Fachsenat für Handelsrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, Stellungnahme zur Behandlung offener Rücklagen im Jahresabschluss 6 (veröffentlicht auf <http://www.kwt.or.at/de/>).

⁷⁵⁶ *Strommer*, Ist eine Bürgschaft der GmbH für Schulden ihrer Gesellschafter zulässig? wbl 1987, 334.

⁷⁵⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 647.

⁷⁵⁸ Vgl auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 648 und 649 mwN.

⁷⁵⁹ Ausdrücklich unter Hinweis auf den OGH: *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 117; *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius 517.

⁷⁶⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 20 mwN.

⁷⁶¹ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS-Demelius 517 mwN in FN 41, 42 und 43.

Finanzmittel gesetzwidrig zugewendet wurden⁷⁶². Gesellschafter, die Leistungen entgegen § 82, entgegen den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder entgegen einem Gesellschafterbeschluss erhalten haben, sind der GmbH gegenüber zum Ersatz verpflichtet sind. Laut OGH sind davon alle unerlaubten – aus welchem Titel auch immer erfolgten – Zahlungen umfasst⁷⁶³.

Darüber hinaus trifft die übrigen Gesellschafter eine anteilige Ausfallhaftung für Beträge, die entgegen § 82 gezahlt wurden, jedoch nicht einbringlich gemacht werden können; dies jedoch nur hinsichtlich des Betrages, um den sich das Stammkapital – nicht das Gesellschaftsvermögen überhaupt – aufgrund der verbotenen Zahlung verringert hat (... „mit mehr als der Erhaltung des Stammkapitals können die Gläubiger nicht rechnen“)⁷⁶⁴.

5. Verbot des Erwerbs eigener Anteile

a. Reichweite des Verbotes

§ 81 sah und sieht noch immer ein an sich umfassendes Verbot des entgeltlichen Erwerbs eigener Geschäftsanteile durch die GmbH vor. Mit Inkrafttreten des GesRÄG 2007 wurde § 81 um einen dritten Satz erweitert, welcher dieses Verbot nunmehr für drei (weitere) Fälle⁷⁶⁵ auflockert und für zulässig erklärt und in welchen „die entsprechenden, für den Erwerb eigener Aktien geltenden Vorschriften sinngemäß anzuwenden“ sind⁷⁶⁶. Da nach den korrespondierenden Tatbeständen im Aktienrecht kein Beschluss der Hauptversammlung erforderlich ist, wird es für die Fälle des zulässigen Erwerb eigener Geschäftsanteile bei der GmbH auch keinen die Geschäftsführung ermächtigenden Generalversammlungsbeschluss brauchen. Zu beachten ist, dass § 81 an sich nur diejenigen Vorschriften des AktG für die GmbH für anwendbar erklären, die sich auf den Erwerb eigener Anteile beziehen, nicht jedoch jene hinsichtlich Halten und Veräußerung von solchen Anteilen. *Kalss/Eckert*

⁷⁶² *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 279.

⁷⁶³ OGH 1 Ob 2028/96h, ecolex 1997, 262.

⁷⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 1.

⁷⁶⁵ Vgl § 65 Abs 1 Z 2, 3 und 5 AktG.

⁷⁶⁶ Vgl § 81 idF GesRÄG 2007 (BGBl I 2007/72).

sprechen hier von einer „Regelungslücke“, die „mit den aktienrechtlichen Bestimmungen zu füllen“ ist⁷⁶⁷.

b. Ausnahmen

Hintergrund der Änderung war laut Materialien zum GesRÄG 2007, dass mit diesem Gesetz den Minderheitsgesellschaftern in bestimmten Fällen echte Austrittsrechte verbunden mit Abfindungsansprüchen eingeräumt worden sind, weshalb sich der Gesetzgeber veranlasst sah, auch § 81 „im Hinblick auf die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile zum Zweck der Entschädigung dieser Minderheitsgesellschafter entsprechend zu ergänzen und gleichzeitig Klarstellungen dahingehend zu treffen, dass der schon bisher als für zulässig erachtete unentgeltliche Erwerb eigener Anteile sowie jener im Weg der Gesamtrechtsnachfolge nunmehr ebenfalls explizit erlaubt ist“⁷⁶⁸.

Als Grundtenor kann dem Verbot nach § 81 entnommen werden, dass die Gesellschaft den Anteil des Ausscheidenden gegen Gewährung einer Abfindung aus Gesellschaftsmitteln grundsätzlich nicht übernehmen darf⁷⁶⁹. Ausdrücklich erlaubt sind nunmehr:

- Unentgeltlicher Erwerb von Geschäftsanteilen
Dies ist zulässig, sofern die übernommene Stammeinlage voll einbezahlt ist⁷⁷⁰. Tatsächlich spricht nichts gegen die Anerkennung einer solchen Möglichkeit, zumal nicht zu befürchten ist, dass Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden könnten, weil ja das Gesellschaftsvermögen nicht geschmälert wird.

⁷⁶⁷ Zu beachten sind unter Berücksichtigung der Besonderheiten des GmbHG die Regelungen der §§ 65 Abs 3, 4 und 5 AktG sowie § 65a AktG (vgl. *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 224).

⁷⁶⁸ EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 5 und 19.

⁷⁶⁹ *C. Nowotny*, Wechselseitige Beteiligungen, RdW 1986, 303.

⁷⁷⁰ Vgl. § 65 Abs 2 letzter Satz AktG; *C. Nowotny*, Wechselseitige Beteiligungen, RdW 1986, 304, *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 434, *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 36. Siehe auch OGH 4 Ob 596/73, HS IX/2.

- Erwerb von eigenen Anteilen im Weg der Gesamtrechtsnachfolge
Hier ist in erster Linie an die Fälle der Verschmelzung und die Spaltung zur Aufnahme als Anwendungsfälle zu denken. Auch dieser Erwerb sollte „im Regelfall nicht zu einem Mittelabfluss“ bei der übernehmenden Gesellschaft führen, denn die, die eigenen Anteile erwerbende Gesellschaft darf nach § 224 Abs 3 AktG idR ohnehin nur diese eigenen Anteile als Gegenleistung gewähren⁷⁷¹; deshalb ist es auch hier, wie beim unentgeltlichen Erwerb, nicht erforderlich, dass der Erwerbspreis aus der gemäß § 225 Abs 5 UGB zu bildenden Rücklage geleistet werden kann.
- Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern
Bereits vor dem GesRÄG 2007 war eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmung in § 9 SpaltG enthalten; nun wurde eine allgemeine Ausnahme vom Verbot des Erwerbs eigener Anteile für diesen Fall direkt in das GmbHG transferiert, was – wie erwähnt – mit der zusätzlichen Verankerung von Austrittsrechten zu tun hat⁷⁷². Beachtet werden müssen hier sowohl die sog Kapitalgrenze⁷⁷³, wonach der entgeltliche Erwerb eigener Anteile nur dann zulässig ist, wenn er aus Gewinnen der Gesellschaft finanziert werden kann⁷⁷⁴. Diese Vorgabe schlägt sich in § 65 Abs 2 Satz 2 AktG nieder. Abgesichert wird die Kapitalgrenze über die Verpflichtung zur Rücklagenbildung für eigene Anteile nach § 225 Abs 5 UGB, welcher gemäß § 189 Abs 1 Z 1 UGB auch für die GmbH gilt⁷⁷⁵. Weiters ist es nach § 65 Abs 2 Satz 3 AktG erforderlich, dass die Stammeinlagen voll einbezahlt

⁷⁷¹ *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 (224).

⁷⁷² So in den Fällen der rechtsformübergreifenden (rechtsformändernde) Verschmelzung iSv §§ 234 und 234a Akt idF GesRÄG 2007 gemäß § 234b AktG; auch beim schlichten Rechtsformwechsel nach §§ 239 ff AktG bzw §§ 245 ff AktG (siehe EBRV 171 BlgNR XXIII. GP, 21); *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 (227, 228).

⁷⁷³ Siehe Art 19 Abs 1 lit c Kapitalrichtlinie (Celex Nr. 31977L0091), welcher vorsieht, dass das Nettoaktivvermögen durch den Erwerb eigener Anteile nicht das Grund-/Stammkapital samt den durch das Gesetz oder Statut gebundenen Rücklagen unterschreiten darf.

⁷⁷⁴ EBRV 32 BlgNR XX. GP, 86.

⁷⁷⁵ Die Abfindung darf also nur aus freien Mittel geleistet werden, die auch ausschüttungsfähig sind (*Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 [223 mwN in FN 13]).

sind⁷⁷⁶. Die sog 10%-Grenze⁷⁷⁷ gilt hingegen nicht, was insofern Sinn macht, als Beschlüsse, die letztlich zur Gewährung von Austrittsrechten mit Barabfindungsanspruch führen, einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bedürfen und an die Erhebung eines Widerspruchs geknüpft sind, sodass somit maximal Anteile im Ausmaß von 25% des Grund-/Stammkapital hinzuerworben werden können⁷⁷⁸.

c. Exkurs: Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern ohne gesetzliche Grundlage?

Es fällt in dem Zusammenhang auf, dass der Zusatz bei § 65 Abs 1 Z 5 AktG – der Erwerb eigener Anteile ist erlaubt „..., soweit dies gesetzlich vorgesehen ist“ in § 81 nicht zu finden ist. Der Tatbestand wurde ursprünglich durch das EU-GesRÄG 1996⁷⁷⁹ neu in das Aktienrecht eingeführt. Den Materialien kann dazu entnommen werden, dass der Erwerb nicht schlechthin, sondern eben nur dann zulässig sein soll, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist⁷⁸⁰. Inhaltlich wurden die in Art 20 Abs 1 lit d und f Kapitalrichtlinie (Kapital-RL) vorgesehenen Ermächtigungen in Anspruch genommen, wonach die „Mindeststandards nach Art 19 Kapital-RL beim Erwerb eigener Anteile ua dann nicht eingehalten werden müssen, wenn diese aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung zum Schutz der Minderheitsaktionäre, insbesondere – also nicht taxativ - bei Verschmelzungen, Rechtsformänderungen, Sitzverlegung ins Ausland udgl, erfolgen“⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ Beide Vorgaben wären nach der Kapitalrichtlinie an sich gar nicht erforderlich gewesen (vgl Art 20 Kapitalrichtlinie [Celex Nr. 31977L0091]), dennoch wurden sie im nationalen österr Recht umgesetzt.

⁷⁷⁷ Art 19 Abs 1 lit b Kapitalrichtlinie (Celex Nr. 31977L0091).

⁷⁷⁸ *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222 (223).

⁷⁷⁹ BGBl 1996/304.

⁷⁸⁰ Nach den EBRV (32 BlgNR XX. GP, 84) zum EU-GesRÄG 1996 wurde eine explizite Einschränkung auf aufgezählte Tatbestände bewusst nicht vorgenommen, um die Regelung „gegenüber allfälligen zukünftigen weiteren gesetzlichen Regelungen über Entschädigungen... flexibel zu gestalten“.

⁷⁸¹ Vgl Art 20 Kapitalrichtlinie.

Im Aktiengesetz wurde der erwähnte Tatbestand mit dem Zusatz „sofern gesetzlich vorgesehen“ umgesetzt⁷⁸²; das GmbHG sieht diesen einschränkenden Zusatz hingegen nicht vor und findet sich in den Materialien zum GesRÄG 2007 auch kein Hinweis darauf, ob der Zusatz bewusst nicht übernommen wurde, oder ob es für nicht notwendig erachtet worden ist; es könnte sich auch um ein Redaktionsversehen handeln. Darf man daraus nun ableiten, dass dieser Ausnahmetatbestand im GmbH-Recht so auszulegen ist, dass es hier keiner expliziten gesetzlichen Grundlage zur Minderheitsgesellschafterentschädigung bedarf, oder dass eine solche in Form einer gerichtlichen Entscheidung – das wäre *mE* aufgrund von Art 20 Kapitalrichtlinie jedenfalls gemeinschaftsrechtskonform – erlaubt ist?

Würde dies zutreffen, ließen sich Abfindungszahlungen der GmbH an ausscheidende Minderheitsgesellschafter uU in jenen Fällen, die nicht gesetzlich geregelt sind, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und bei Einhaltung der übrigen Voraussetzungen rechtfertigen, weil die GmbH dann den Geschäftsanteil des – wie auch immer gerechtfertigt - Ausscheidenden auch selbst übernehmen und die Abfindung aus der Ausschüttung vorhandenen freien Finanzmittel begleichen könnte, sofern solche vorhanden sind. Auf diesem Weg ließe sich auch das Argument von *Koppensteiner/Rüffler*, wonach die Abfindung deshalb nicht aus freien Rücklagen, die bilanziell aufgelöst werden, bezahlt werden könne, weil die GmbH den Anteil eben nicht übernehmen könne, grundsätzlich entkräften⁷⁸³. Richtigerweise wird man jedoch aller Voraussicht nach davon auszugehen haben, dass der Erwerb eigener Geschäftsanteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern auch bei der GmbH nur dann zulässig ist, wenn dies auf einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage geschieht; wäre anderes gewollt gewesen, hätte die Aufnahme eines weiteren Tatbestandes, der einen solchen Erwerb ohne Vorliegen eines Grundes

⁷⁸² Ursprünglich in § 65 Abs 1 Z 6 AktG geregelt; der weitere Alternativzusatz, den die Kapital-RL vorsieht, „aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung“ wurde im Übrigen nicht umgesetzt.

⁷⁸³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 19. Es ist idZ festhalten, dass die zitierte Rechtsmeinung auf dem Stand des Gesetzes vor Inkrafttreten des GesRÄG 2007 beruht, also vor der Änderung des § 81.

lediglich auf Basis eines Generalversammlungsbeschlusses erlaubt, zu erfolgen gehabt⁷⁸⁴.

Dieser Gedanke muss im Übrigen freilich solange Hypothese bleiben, bis es gelingt, die Geltung eines solchen Vorganges praeter legem aufzuzeigen, etwa im Rahmen einer höchstgerichtlichen Entscheidung. Das größte Problem dürfte dabei wohl darin bestehen, wo man die Grenze im Hinblick auf die Beteiligungshöhe zieht. Es kann im Licht des Gläubigerschutzes nicht der Sinn der Regelung sein, einen 49%-Gesellschafter als Minderheitsgesellschafter mit Gesellschaftsvermögen abzufinden.

6. Ausnahmen von der strengen Kapitalerhaltungspflicht: Kapitalherabsetzung

Aus § 82 kann man ableiten, dass die Abfindung nur dann aus dem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Mitteln gezahlt werden darf, wenn der auszahlende Betrag über eine Kapitalherabsetzung zur Verfügung gestellt wird. Es entspricht ständiger höchstgerichtlicher Judikatur, wonach eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, die bei Ausscheiden eines Gesellschafters vorsieht, dass dessen Geschäftsanteil direkt von der GmbH übernommen wird, unzulässig ist, weil damit die Bestimmungen über die Herabsetzung des Stammkapitals verletzt werden⁷⁸⁵. Ein Anspruch des Gesellschafters auf Rückzahlung der Stammeinlage kann sich somit – abgesehen von den Sonderfällen nach § 58⁷⁸⁶ – nur im Weg einer Kapitalherabsetzung ergeben⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ So wohl auch *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, 222.

⁷⁸⁵ OGH 4 Ob 596/73, HS IX/2; so auch schon OGH 1 Ob 600/53, SZ 26/285, und OGH 29.10.1912 (AC 3118); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682; *Kastner*, Zur GmbH-Reform, JBI 1973, 169 (175).

⁷⁸⁶ Das GmbHG lässt im Gegensatz zum dt Recht (vgl § 34 dGmbHG) die zwangsweise Einziehung von Geschäftsanteilen nur bei sog Substanzgesellschaften zu; das sind solche, bei denen das „Vermögen durch den Geschäftsbetrieb aufgezehrt“ wird (*Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 [137]; *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, ÖJZ 1952, 183 [184]).

⁷⁸⁷ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius, 509 (517 f).

Man unterscheidet zwischen ordentlicher Kapitalherabsetzung nach §§ 54 – 58 und vereinfachter Kapitalherabsetzung nach §§ 59, 60 idF IRÄG 1997⁷⁸⁸. Weiters muss man zwischen einer effektiven und einer (bloß) nominellen Herabsetzung des Stammkapitals unterscheiden. Entscheidend ist, dass es nur im Weg der effektiven Kapitalherabsetzung zu einer Rückzahlung von Stammeinlagen an die Gesellschafter kommen kann⁷⁸⁹. Dementsprechend kann schon der Zweck eines solchen Vorgangs auch darin bestehen, aus der Gesellschaft ausgeschiedene Gesellschafter finanziell abzufinden⁷⁹⁰. Bei einer bloß nominellen Kapitalherabsetzung dürfen hingegen keine Zahlungen an die Gesellschafter geleistet werden; es kommt lediglich zu einer „proportionalen Herabsetzung des Nennbetrags der Stammeinlagen und folglich des Stammkapitals, um Verluste der GmbH auszugleichen“⁷⁹¹.

Für den hier interessierenden Standpunkt gilt es also festzuhalten, dass die Rückzahlung von Stammeinlagen an einen ausgeschiedenen Gesellschafter nur dann möglich ist, wenn im Sinn des Gläubigerschutzes die Bestimmungen des GmbHG über die ordentliche (effektive) Kapitalherabsetzungen eingehalten werden, welche sich – vereinfacht – in vier Schritten vollzieht:

a. Herabsetzungsbeschluss der Gesellschafter

Nach hA handelt es sich dabei um eine Satzungsänderung, weshalb der Beschluss der notariellen Beurkundung bedarf und nur mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit beschlossen werden kann⁷⁹².

⁷⁸⁸ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 596; die sog vereinfachte Kapitalherabsetzung vollzieht sich in Form einer nominellen Herabsetzung, bei der das Stammkapital lediglich an das Gesellschaftsvermögen angepasst wird. Es zeichnet sich in erster Linie durch den Entfall des Aufgebotsverfahrens aus.

⁷⁸⁹ Man spricht deshalb von effektiver Herabsetzung, weil der Gesellschaft Vermögenswerte entzogen werden (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 535).

⁷⁹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 54 Rz 2; *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 47.

⁷⁹¹ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 48.

⁷⁹² *Mader*, Kapitalgesellschaften⁴, 48; zum Inhalt des Herabsetzungsbeschlusses siehe § 54 Abs 1 letzter Satz.

b. Eintragung des Herabsetzungsbeschluss

Der Beschluss über die beabsichtigte Kapitalherabsetzung ist gemäß § 55 Abs 1 von sämtlichen Geschäftsführern zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden⁷⁹³. Das Firmenbuchgericht hat einen entsprechenden Beschluss zu fassen, der von Amts wegen gemäß § 10 UGB in der elektronisch einsehbaren Ediktsdatei und im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht wird und der Gesellschaft gemäß § 21 Abs 1 FBG zuzustellen ist. Damit wird das Aufgebotsverfahren eingeleitet⁷⁹⁴.

c. Durchführung des Aufgebotsverfahrens

Die Geschäftsführer haben die (immer noch bloß) beabsichtigte Kapitalherabsetzung nach erfolgter Verständigung von der Eintragung des Firmenbuchbeschlusses nach § 55 Abs 2 Satz 1 unverzüglich (ein weiteres Mal) in den Bekanntmachungsblättern⁷⁹⁵ zu veröffentlichen. Diese zweite Veröffentlichung hat nach den verba legalia die Information an die Gläubiger zu enthalten, dass die Gesellschaft bereit ist, deren Forderungen auf Verlangen zu tilgen bzw entsprechende Sicherheiten dafür zu leisten sowie darauf hinzuweisen, dass dann, wenn sich Gläubiger nicht binnen drei Monaten⁷⁹⁶ melden sollten, deren Zustimmung zur Kapitalherabsetzung als erteilt gilt. Bekannte Gläubiger sind außerdem noch zusätzlich individuell zu informieren. Insofern ähnelt dieses Verfahren stark der Liquidation bzw dem Gläubigeraufruf nach § 91.

d. Eintragung der durchgeführten Kapitalherabsetzung

Die tatsächliche Durchführung der Kapitalherabsetzung darf gemäß § 56 Abs 1 erst nach Ablauf der dreimonatigen Sperrfrist zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldet werden⁷⁹⁷; die Firmenbucheintragung hat konstitutiven Charakter⁷⁹⁸.

⁷⁹³ Zu den weiteren inhaltlichen Erfordernissen siehe § 55 Abs 2; zu den Beilagen der Firmenbuchanmeldung siehe *Umfahrer, GmbH*⁶ Rz 600.

⁷⁹⁴ *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 55 Rz 1.

⁷⁹⁵ Di idR das Amtsblatt zur Wiener Zeitung. Beachte dazu die E des OGH vom 23.10.2000 zu 6 Ob 119/00v, wonach Veröffentlichungen der Gesellschaft dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, analog zu § 18 AktG im Amtsblatt zur Wiener Zeitung zu bewirken sind.

⁷⁹⁶ Sog Sperrfrist nach § 55 Abs 2 Satz 2.

⁷⁹⁷ Die erforderlichen Beilagen finden sich in § 56 Abs 2; ua ist der geänderte Gesellschaftsvertrag in notarieller Beurkundung vorzulegen (vgl § 51 Abs 1).

⁷⁹⁸ *Umfahrer, GmbH*⁶ Rz 603; *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht* 540.

e. Auszahlungen an die Gesellschafter

Stammeinlagen dürfen gemäß § 57 erst zurückgezahlt werden, nachdem das Stammkapital rechtswirksam herabgesetzt worden ist⁷⁹⁹.

Schon wenn man sich die Eckpunkte eines Verfahrens zur Durchführung einer ordentlichen Kapitalherabsetzung vor Augen hält, wird rasch klar, dass damit zahlreiche Probleme und Schwierigkeiten verknüpft sind. Zunächst fällt auf, dass der Kapitalherabsetzungsbeschluss einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bedarf. Findet sich keine solche Mehrheit, ist die Kapitalherabsetzung schon nicht möglich; die Gesellschafter können nicht zur Zustimmung gezwungen werden. Kommt die erforderliche Mehrheit zustande, ist das Verfahren selbst langwierig, umständlich und nicht zuletzt aufgrund der geforderten Veröffentlichungen kostspielig. Zudem können auf die Gesellschaft bedeutende finanzielle Auswirkungen neben der Verringerung des Gesellschaftsvermögens warten, wenn die Gläubiger von ihrem Recht auf Sicherstellung oder Befriedigung Gebrauch machen⁸⁰⁰.

Außerdem muss darauf hingewiesen werden, dass eine Kapitalherabsetzung überhaupt nur dann möglich ist, wenn dabei das gesetzliche Mindeststammkapital nicht unterschritten wird⁸⁰¹. Berücksichtigt man nun die praktische Verbreitung der Rechtsform „GmbH“ im Hinblick auf die Kapitalausstattung⁸⁰², kann man erkennen, dass über 80% aller in Österreich registrierten GmbHen nur mit dem gesetzlich vorgesehenen Mindeststammkapital ausgestattet sind⁸⁰³, sodass bei allen diesen eine Abfindungsfinanzierung über die Kapitalherabsetzung von vorn herein ausscheidet, weshalb dieser Vorgang ein nur wenig praktikables Mittel zur Abfindungsfinanzierung darstellt⁸⁰⁴.

⁷⁹⁹ Beachte idZ auch die persönliche Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigen nach § 56 Abs 3.

⁸⁰⁰ Insb bei Unternehmen, denen aus Finanzierungsgründen lange Zahlungsfristen eingeräumt wurden.

⁸⁰¹ § 56 Abs 3.

⁸⁰² *Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner 371 (373).

⁸⁰³ *Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz 381 (383).

⁸⁰⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 19.

F. Abfindungszahlung – Gesellschafterpflicht?

Wenn es also, wie aufgezeigt, im Prinzip nicht bzw nur sehr eingeschränkt über die Kapitalherabsetzung möglich ist, dass die GmbH die Abfindung aus frei gewordenem Gesellschaftsvermögen zahlt, muss weiter untersucht werden, ob und allenfalls wie sich eine Pflicht der Gesellschafter zur Abfindungszahlung wider deren Willen begründen bzw rechtfertigen ließe, oder unter welchen Voraussetzungen ein Austritt oder ein Ausschluss ausgehend vom gesetzlichen Status quo trotz Nichtregelung im Gesellschaftsvertrag dennoch möglich sein kann. Es „*müssen – nach Harrer - rechtliche Instrumente entwickelt werden, die sachgerechte Lösungen ermöglichen*“⁸⁰⁵.

Aus der den nachstehend angeführten Normen zugrundeliegenden Wertung folgt unter Berücksichtigung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Struktur und dem Trennungsprinzip zunächst jedoch, dass grundsätzlich keine Zahlungspflicht der Gesellschafter für Abfindungen abseits von gesellschaftsvertraglichen Regelungen begründbar ist:

1. § 50 Abs 4 (§§ 63 [§ 8], 66 ff)

Gemäß § 63 besteht die einzige gesetzlich vorgesehene Zahlungsverpflichtung des GmbH-Gesellschafters in der Leistung des Betrages, der dem Wert der von ihm übernommenen Stammeinlage entspricht; diese Einlagepflicht hat der Gesellschafter im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung zu erfüllen⁸⁰⁶. Korrespondierend beschränkt das GmbHG in den §§ 66 ff die Ausschlussmöglichkeit auch auf den Fall der Nichterbringung gerade dieser (gesellschaftsvertraglich) vorgesehenen Einzahlungsverpflichtung⁸⁰⁷ und trifft keinen Gesellschafter die Pflicht, darüber hinaus mehr zu leisten⁸⁰⁸. Demgemäß bestimmt § 50 Abs 4 ua, dass „eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Vertrag obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter beschlossen werden kann“.

⁸⁰⁵ *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 276 ff.

⁸⁰⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 427.

⁸⁰⁷ *Kaltenegger*, Ausschluss von lästigen Geschäftsführern 93; *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (128).

⁸⁰⁸ *Wünsch*, Zulässigkeit und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius 509 (525, 526).

Schon damit ist ein deutlicher Anhaltspunkt dafür gewonnen, dass sich eine zwangsweise Abfindungszahlung der übrigen Gesellschafter nicht begründen lässt. Der Zweck der Norm besteht darin, „das Beteiligungsrisiko bei Fehlen zusätzlicher gesellschaftsvertraglicher Regeln auf die übernommene Stammeinlage zu beschränken“⁸⁰⁹.

2. §§ 72, 73

Die Begründung einer Finanzierungspflicht der Gesellschafter unter Heranziehung von §§ 72, 73 wird daran scheitern, dass Nachschüsse bzw Verpflichtungen zu solchen gesellschaftsvertraglich vorgesehen sein müssen⁸¹⁰. Hier gilt es zu beachten, dass es sich dabei um Verpflichtungen der Gesellschafter gegenüber der GmbH iSe „Finanzierungsinstrumentes“ handelt⁸¹¹. Wie vorzugehen ist, wenn ein Gesellschafter mit der Einzahlung eines eingeforderten Nachschusses säumig ist, richtet sich primär nach dem Statut und kommen subsidiär die Kaduzierungsvorschriften zur Anwendung⁸¹². Daneben gelten schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern über freiwillige Zuzahlungen als zulässig⁸¹³.

3. §§ 70, 83 Abs 3

Diesen für die Gesellschafter ex lege geltenden Haftungsbestimmungen ist gemeinsam, dass sie der Sicherung des Stammkapitals dienen, indem sie anteilige Ausfallhaftungen unter bestimmten Voraussetzungen vorsehen; nicht mehr, aber auch nicht weniger. Gemeint ist, dass eine weitere Haftung über die Tatbestände der genannten Bestimmungen hinaus, im Gesetz nicht vorgesehen ist⁸¹⁴. Diese Normen sprechen ebenfalls eindeutig gegen eine Zahlungspflicht der Gesellschafter.

⁸⁰⁹ *Koppensteiner*, Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 1 (2); siehe dazu auch: *Hausner*, Die Rechtsstellung des Minderheitsgesellschafters bei der Kapitalerhöhung, NZ 2005, 65 (66).

⁸¹⁰ Vgl dazu kritisch: *Fantur*, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, GeS 2006, 335 (341 f), der es ausgehend vom Zweck der Vorschrift nach § 72 – nämlich dem Schutz der Gesellschaft iSe Vermehrung des Betriebskapitals – für zulässig erachtet, dass sich Gesellschafter untereinander außervertraglich zu Leistungen an die Gesellschaft verpflichten.

⁸¹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 72 Rz 1.

⁸¹² Siehe § 73.

⁸¹³ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 431 FN 71.

⁸¹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 1.

4. Treuepflicht

Beleuchtet man die Treuepflicht inhaltlich, muss man eine darauf gestützte Zahlungspflicht der Gesellschafter *mE* als überschießend bezeichnen. Nur ausnahmsweise lassen sich aus der Treuepflicht positive Verhaltenspflichten ableiten; idR wird es sich um Unterlassungspflichten⁸¹⁵ handeln. Anerkennt man aktive Pflichten, wird es sich in erster Linie um ein Rücksichtnahmegebot handeln⁸¹⁶. Soweit überblickbar fehlen jedoch Meinungen, die eine Zahlungspflicht aus der Treuepflicht ableiten⁸¹⁷. Aus der Verletzung von Treuepflichten können dagegen sehr wohl Schadenersatzverpflichtungen entstehen⁸¹⁸.

ME kann man somit aus dem geltenden GmbH-Recht keine Abfindungszahlungspflicht der Gesellschafter gegen deren Willen ableiten.

G. Freiwillige Abfindungszahlung

Wie kann also ein Austritt oder ein Ausschluss bei Vorliegen wichtiger Gründe dennoch durchführbar sein? *Harrer* weist hier *mE* vollkommen zu Recht darauf hin, dass der Ausweg einzig und allein darin gelegen sein kann, dass sich die verbleibenden Gesellschafter freiwillig dazu bereit erklären, den Anteil des Ausscheidenden – im welchem Verhältnis auch immer – zu übernehmen und die angemessene Abfindung letztlich freiwillig bezahlen, sodass es zu keiner Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen kommen kann: „*Das Element der Freiwilligkeit ist die unverzichtbare Voraussetzung eines Ausschlusses bei der GmbH*“⁸¹⁹. Diese „freiwillige“ Pflicht zur angemessenen Abfindung sollte *mE* beim Ausschluss ohnehin Grundvoraussetzung sein und das Hauptaugenmerk aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Rechtssphäre des Auszuschließenden beim wichtigen Grund liegen.

⁸¹⁵ ZB die Pflicht, nicht zu schädigen; ein Wettbewerbsverbot.

⁸¹⁶ Siehe dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 7 ff.

⁸¹⁷ *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 278.

⁸¹⁸ OGH 23.2.1999, 4 Ob 27/99w; 10.7.2007, 4 Ob 123/07b.

⁸¹⁹ *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 279. Dieselbe Rechtsmeinung vertritt auch *Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht 682).

ME ist die Ansicht *Harrers* deshalb richtig, weil beim Ausschluss die Initiative von jenen ausgeht, die weiterhin gesellschaftsvertraglich verbunden sein wollen, die also – wenn auch zu Recht – ohne den „Lästigen“ weitermachen wollen. Es mag eingewendet werden, dass es unfair wäre, denen, die sich ordentlich verhalten, die gewissermaßen „freiwillige Pflicht“ aufzuerlegen, sich des Störers nur dann entledigen zu können, wenn sie bereit sind, dafür zu bezahlen. *ME* relativiert sich dies insofern und erscheint gerechtfertigt, als die den Auszuschließenden finanziell abfertigen Gesellschafter im Gegenzug ja dessen Geschäftsanteil (anteilig) übertragen erhalten und somit letztlich auch deren Anspruch auf den Bilanzgewinn wächst. Allenfalls müsste der aufzubringende Betrag fremdfinanziert werden. Außerdem sind die Gesellschafter ja nicht dazu verpflichtet, den „Lästigen“ auszuschließen; dies werden sie aller Voraussicht nach dann, wenn der Geschäftsanteil keinen angemessenen Wert repräsentiert, auch nicht tun. Ein gewisses Maß an Risiko ist *mE* auch beim Ausschluss zulässigerweise den Initiatoren aufzuerlegen. Eine gesetzliche Verankerung eines sachgerechten Verfahrens würde zumindest für Rechtssicherheit sorgen.

Auch beim Austritt muss man *mE* auf Freiwilligkeit bei den Mitgesellschaftern bestehen. Der Austretende will nicht mehr verbunden sein und wird von den übrigen eine Abfindung verlangen. Die Mitgesellschafter sollten sich dann einigen und letztlich die Entscheidung treffen können, ohne den Austrittswilligen weitermachen zu wollen; dafür ist er abzufinden.

Im Ergebnis muss es daher – solange das geltende Recht nicht geändert wird - dabei bleiben, dass Grundvoraussetzung für einen Ausschluss sowie für die Inanspruchnahme eines Austritts unter Fortbestand der GmbH die Freiwilligkeit der Abfindungszahlung durch die übrigen Gesellschafter ist.

H. Höhe der Abfindung

1. Angemessenheit

Dem Ausscheidenden steht eine angemessene Abfindung zu, die jedoch der Höhe nach beschränkt werden kann⁸²⁰. Laut OGH können „die zum Personengesellschaftsrecht entwickelten Grundsätze betreffend Abfindungsbeschränkungen auf die GmbH für den Fall der Ausübung von statutarischen Aufgriffsrechten oder die sonstigen Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters übernommen werden“⁸²¹. Es wird einhellig angenommen, dass ein enteignungsgleicher Vorgang nicht zulässig ist⁸²²; daher kann auch der Ausschluss nur gegen Abfindung erfolgen. Der Ausschluss hat „keinen Strafcharakter und darf nicht zu einer Vermögensbeeinträchtigung beim Ausgeschlossenen führen“⁸²³.

2. Regelung im Gesellschaftsvertrag

Da nach den bisherigen Ergebnissen Austritt, Ausschluss und Kündigung nur dann zulässig sind, wenn sie gesellschaftsvertraglich vorgesehen sind, wird sich auch die Abfindungshöhe zuerst an den vertraglichen Vorgaben zu orientieren haben. Der verständige Vertragsrichter wird daher darauf achten, im Rahmen der Festlegung von Dissolutionsmöglichkeiten auch die Abfindungsmodalitäten zu klären.

3. Bewertungsmaßstäbe und Methoden

Um Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern zu vermeiden, empfiehlt es sich, möglichst genau festzulegen, wie die Höhe der Abfindung zu ermitteln ist. In der Praxis stehen zahlreiche Varianten unter Heranziehung diverser Bewertungsmaßstäbe und Methoden zur Verfügung. Beispiele⁸²⁴:

a. Maßgeblichkeit der Verkehrswerte

⁸²⁰ ZB in Form der Vereinbarung einer Buchwertklausel.

⁸²¹ OGH 6 Ob 142/05h, GeS 2007, 186 mit Anmerkung *Fantur*.

⁸²² Siehe OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95; 9.7.1958, 2 Ob 49/58.

⁸²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 17.

⁸²⁴ Vgl dazu ausführlich: *Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben 137 ff (Muster 1.3211 bis 1.3237).

In einem obiter dictum zur E vom 25.9.2003⁸²⁵, hat der OGH festgehalten, „dass die *Methode zur Ermittlung des Verkehrswertes eines Unternehmens ein Problem der Betriebswirtschaftslehre* darstellt und das Beweisergebnis vom Gericht insofern frei zu würdigen ist, als das gewählte System der gestellten Aufgabe adäquat zu sein hat (mwN). Welche Bewertungsansätze daher vom Sachverständigen zur Verkehrswertermittlung herangezogen werden, unterliegt der freien Beweiswürdigung“. Beispiele:

- „Die Berechnung des Unternehmenswertes ist nach dem Fachgutachten KFS BW 1 des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder vorzunehmen“; oder „Die Berechnung des Unternehmenswertes ergibt sich aus dem letzten von der Generalversammlung festgestellten Jahresabschluss unter Zugrundelegung (bestimmter) nachfolgend angeführter Wertansätze.“⁸²⁶.
- Möglich ist auch die Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz bei „exakter Vorgabe der für die Ermittlung maßgeblichen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten“ oder die Ermittlung des Übernahmepreises durch Schiedsgutachter⁸²⁷.
- Die Abfindung kann an eine Ertragswertklausel⁸²⁸ gebunden sein und wird von einem Schiedsgutachter ermittelt⁸²⁹:
„Ein ausscheidender Gesellschafter erhält als Abfindung den seiner Beteiligung entsprechenden Anteil am tatsächlichen Wert des Unternehmens, welcher nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen unter Anwendung der Ertragswertmethode zu ermitteln ist. Der Wert wird vom Abschlussprüfer der Gesellschaft (oder einem Steuerberater) ermittelt“; oder:

⁸²⁵ Verkehrswert ist gleichzusetzen mit Verkaufswert, objektiver Wert, Marktwert, gemeiner Wert (OGH 2 Ob 189/01k, RdW 2004, 112).

⁸²⁶ Fritz, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 1.3211, 1.3212.

⁸²⁷ Vgl. Fritz, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 1.3213, 1.3214.

⁸²⁸ Mit Hilfe der Ertragswertmethode wird versucht, einen Abfindungsbetrag auf Basis kapitalisierter Zukunftsgewinne zu ermitteln (siehe auch *Koppensteiner* in *Straube HGB Art 7 Nr 15 EVHGB Rz 10*).

⁸²⁹ Fritz, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 1.3215.

„Der Abfindungswert entspricht dem Ertragswert des Geschäftsanteils, mindestens jedoch dem pauschalierten Substanzwert. Der Ertragswert ermittelt sich aus dem Durchschnittsertrag (zB der letzten drei Geschäftsjahre) zuzüglich eines Multiplikators bzw. branchenüblichen Vervielfachers“⁸³⁰.

b. Maßgeblichkeit des Einheitswertes des Betriebsvermögens⁸³¹

Hier wird der Unternehmenswert aufgrund der der Abfindungszahlung vorangegangenen Bilanz, aus welcher der Einheitswert des Betriebsvermögens nach den Bestimmungen des Bewertungsgesetzes ermittelt wird, bestimmt; dann wird der prozentuale Anteil am Stammkapital errechnet und auf die Abfindung umgelegt.

c. Maßgeblichkeit des Buchwertes – Buchwertklauseln

Häufig finden sich in Gesellschaftsverträgen Abfindungsklauseln, denen sog Buchwertklauseln zugrunde gelegt werden, um die zu leistende Abfindung möglichst nieder zu halten; dh, dass die Aktiva des Unternehmens nicht mit deren idR bedeutend höheren Verkehrswert, sondern eben nur mit dem niedrigerem Buchwert⁸³² angesetzt werden. Dementsprechend ist dann aber der Ausgangspunkt für die Wertermittlung des Geschäftsanteiles tatsächlich weniger, als der wahre Wert; insbesondere bleiben die stillen Reserven unberücksichtigt⁸³³. Grundsätzlich sind Buchwertklauseln⁸³⁴ zulässig; in Ausnahmefällen können sie jedoch laut OGH sittenwidrig und folglich nichtig sein⁸³⁵. Weiters hat der OGH idZ ausgesprochen, dass „Abfindungsklauseln dann unzulässig und unwirksam sind, wenn sie mit zwingenden (außer-)gesetzlichen Vorschriften unvereinbar sind, die dazu dienen, ein Minimum an Chancengleichheit zwischen den verbleibenden Gesellschaftern

⁸³⁰ Fritz, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 1.3232.

⁸³¹ Fritz, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 1.3221.

⁸³² Anschaffungskosten vermindert um die Abschreibungen – AfA (*Doralt*, Steuerrecht 2008/09 Rz 76).

⁸³³ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 131.

⁸³⁴ Beispiel in OGH 2 Ob 189/01k, RdW 2004, 112: „Der ausscheidende Gesellschafter hat Anspruch auf sein eingebrachtes Nennkapital zuzüglich anteiliger unverteuerter Rücklagen, allfälliger nachrangiger Kapitalanteile und Gewinnvorträge, abzüglich allfälliger Verlustvorträge“.

⁸³⁵ OGH 6 Ob 142/05h, GeS 2007, 186 mit Anmerkung *Fantur*; OGH 7.8.2008, 6 Ob 150/08i.

einerseits und dem ausgeschiedenen Gesellschafter, seinen Erben und Gläubigern andererseits zu gewährleisten“⁸³⁶.

ME wird man die Nichtigkeit einer Buchwertklausel aber auch dann einwenden können, wenn wahrer Wert iSv Verkehrswert und der nach Buchwerten ermittelte Wert „eklatant auseinanderklaffen“⁸³⁷; die Grenze, ab der es kritisch wird, sollte man dort ansetzen können, wo der „Buchwert weniger als die Hälfte des wahren Wertes ausmacht“ (eine Art *laesio enormis*). Der dt BGH hat ein „grobes Missverhältnis dort angenommen, wo die Abfindung (des Kommanditisten) nur die Hälfte des Buchwertes beträgt“; ebenso ein Klausel, wonach der Ausscheidende 20% des Verkehrswertes erhalten soll⁸³⁸.

4. Keine Regelung im Gesellschaftsvertrag

Laut OGH hat der aus der GmbH ausscheidende Gesellschafter mangels gesellschaftsvertraglicher Regelung Anspruch auf den wahren Wert, also den Verkehrswert seiner Beteiligung. Sieht das Statut zB für den Fall der Aufkündigung, welche mit einem Aufgriffsrecht des/der verbleibenden Gesellschafter verbunden ist, keine Regelung dafür vor, wie die Abfindung zu ermitteln ist, hat der Abzufindende gemäß §§ 305, 306 ABGB Anspruch auf den objektiven Verkehrswert, der nach der Ertragswertmethode zu berechnen ist⁸³⁹.

VI. Auflösungsklage

A. Allgemeines

Dieses Rechtsinstrument wird im Schrifttum idR als außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund bezeichnet. „*Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht – nach geltendem Recht - nicht*“⁸⁴⁰. Die Idee einer Auflösungsklage beruht auf dem

⁸³⁶ OGH 9.2.1995, 8 Ob 16/94.

⁸³⁷ BGH 20.9.1993, II ZR 104/92.

⁸³⁸ *Binz/Sorg*, Manager-Beteiligung auf Zeit – ein unzulässiger Etikettenschwindel? *GmbHR* 2005, 898 mwN in FN 61 – 64.

⁸³⁹ OGH 2 Ob 189/01k, *ecolex* 2004, 112 mit krit Anmerkung *Reich-Rohrwig*.

⁸⁴⁰ *Umfahrer*, *GmbH*⁶ Rz 774.

Gedanken, dass Dauerschuldverhältnisse jederzeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes lösbar sein müssen.

B. Historisches, Kritik

Am Anfang muss ergründet werden, warum es der historische Gesetzgeber des GmbHG nicht für erforderlich gehalten hat, im Gesetz eine „*privatrechtliche Auflösungsklage*“ aus wichtigem Grund zu verankern.

Den Materialien⁸⁴¹ ist dazu zu entnehmen, dass diese Möglichkeit bewusst nicht übernommen und dabei gleichzeitig sehenden Auges in Kauf genommen worden ist („...*es soll nicht in Abrede gestellt werden...*“), dass es einem Gesellschafter, dem die Fortführung oder das Weiterbestehen der GmbH bzw die Aufrechterhaltung seiner Position als Gesellschafter - aus welchen Gründen auch immer - nicht mehr zumutbar ist (... „*der die Überzeugung von Gedeihen des Unternehmens verloren*“ hat...) und der aber gleichzeitig nicht die für einen Auflösungsbeschluss erforderliche Mehrheit repräsentiert oder keinen Käufer findet, so unter Umständen „*unmöglich*“ ist, sich von der Gesellschaft zu lösen bzw die gesellschaftliche Bindung überhaupt aufzulösen. „*Dieser Fall – so die EB – wird aber gewiß zu den Seltenheiten gehören*“.

Es gab Bedenken dahingehend, dass es für die Gerichte eine „*nahezu unlösbare Aufgabe*“ darstellen würde, zu entscheiden, was ein wichtiger Grund ist und was nicht; trotzdem hat man sich auf diese unbefriedigende Lösung geeinigt⁸⁴² und ist hier nicht dem dt Gesetzgeber gefolgt. Dem Argument mangelnder Überprüfbarkeit kann man in der heutigen Rechtspraxis *mE* jedenfalls keine wesentliche Bedeutung mehr beimessen, sehen sich die Gerichte doch in vielfältigen Rechtsbereichen mit der Frage nach dem Vorliegen „wichtige Gründe“ konfrontiert⁸⁴³. Im Gegenteil, *mE* gewährt gerade die Bezugnahme auf das Erfordernis nach „wichtigen Gründen“ im Allgemeinen den im Einzelfall erforderlichen Entscheidungsspielraum, um unter

⁸⁴¹ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90 (abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1).

⁸⁴² *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts 283.

⁸⁴³ Vgl zB die Generalklausel in § 30 Abs 1 MRG oder § 133 Abs 1 UGB; ebenso die „wichtigen Gründe“, die nach § 26 AngG zum vorzeitigen Austritt berechtigen oder zur vorzeitigen Auflösung des Handelsvertretervertrages nach § 22 HvertrG führen können.

Berücksichtigung der konkreten Umstände – eben im Einzelfall – entscheiden zu können. Auch die vom historischen GmbH-Gesetzgeber in theoretischer Hinsicht geäußelter Bedenken, wonach gegen die Auflösungsklage auch „*die Konstruktion der Gesellschaft als Zweckvermögen*“⁸⁴⁴ einzuwenden sei, überzeugt in Wahrheit nicht vollständig, denn die Praxis zeigt, dass sich die Rolle der Gesellschafter idR nicht darauf beschränkt, die GmbH bloß mit Vermögen in einer bestimmten Höhe auszustatten. Das GmbHG erlaubt eine personalistische Ausgestaltung der Gesellschaft und wird davon tatsächlich auch reger Gebrauch gemacht. Dies belegen die nachstehenden Daten⁸⁴⁵:

- Ca 30% aller GmbHen sind de facto Einpersonengesellschaften⁸⁴⁶;
- von den restlichen GmbHen bestehen wiederum 90% aus zwei bis vier Gesellschaftern⁸⁴⁷;
- bei über 80% aller GmbHen sind die Geschäftsanteile vinkuliert;
- in ca 70% aller GmbHen sind Gesellschafter auch Geschäftsführer.

Die Reduktion der GmbH auf bloßes Zweckvermögen hat also tatsächlich nichts mit der Wirklichkeit zu tun⁸⁴⁸.

Als Ausgleich für das Nichtvorhandensein der Auflösungsklagemöglichkeit bzw als Argument dafür, dass eine solche Klage gar nicht notwendig sei, wurde weiters angegeben, dass ein Auflösungsbeschluss, nicht so wie im dGmbHG⁸⁴⁹ mit qualifizierter $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, sondern schon mit einfacher Mehrheit gefasst werden kann und „*nicht schon von Gesetzes wegen durch Bindung an eine qualifizierte Mehrheit*

⁸⁴⁴ EBRV 236 BlgHH XVII. Session, 90 (abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1).

⁸⁴⁵ Basierend auf der empirischen Untersuchung über die GmbH in Österreich von *Reich-Rohrwig* in FS Frotz, 381 ff; siehe auch *Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner 371 ff.

⁸⁴⁶ Dh, sie bestehen entweder tatsächlich nur aus einem Gesellschafter bzw aus zwei Gesellschafter, wobei einem zumindest 98% des Stammkapitals gehören.

⁸⁴⁷ Dies entspricht einem Gesamtanteil von knapp 65% aller GmbHen.

⁸⁴⁸ Siehe auch *Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 175 (177).

⁸⁴⁹ Vgl § 60 Abs 1 Z 2 dGmbHG.

erschwert werden“ darf⁸⁵⁰. Außerdem wurde in § 77 GmbHG die Möglichkeit verankert, dass ein Gesellschafter, der seine Mitgliedschaft zur GmbH im Weg der Anteilsveräußerung beenden will, dessen Geschäftsanteil jedoch entgegen der gesetzlich vorgesehenen freien Übertragbarkeit⁸⁵¹ insofern vinkuliert ist, als die Übertragung desselben gemäß § 76 Abs 2 S 3 von der Zustimmung der Gesellschaft⁸⁵² abhängig ist und eben diese Zustimmung nicht erteilt wird, unter bestimmten Voraussetzungen⁸⁵³ die Möglichkeit hat, die Zustimmung zur Übertragung durch Stellen eines Antrages im Außerstreitverfahren durchsetzen kann.

Die Norm des § 77, die erst über Initiative der Herrenhauskommission⁸⁵⁴ in das GmbHG eingefügt wurde⁸⁵⁵, taugt *mE* als Rechtfertigungsargument für die Nichtfestschreibung der Auflösungsklage aus wichtigem Grund auch nur bedingt – nämlich ausschließlich dann, wenn dem ausscheidungswilligen Gesellschafter die Zustimmung zur Übertragung des Geschäftsanteils an den (bereits vorhandenen) konkreten Interessenten grundlos verweigert wird. Insofern stellt der Antrag auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung nach § 77 zweifelsohne einen notwendigen Rechtsbehelf dar, damit der veräußerungswillige Gesellschafter zu seinem Recht gelangt. Liegen jedoch wichtige Gründe vor, die einen weiteren Verbleib im Verband unzumutbar machen, ohne dass es einen Käufer für den Geschäftsanteil des betreffenden Gesellschafter gibt, stößt die Norm des § 77 an ihre Rechtsschutzgrenzen und stellt somit keinen vollständigen Ersatz für ein Lösungsrecht aus wichtigem Grund dar⁸⁵⁶; dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund bzw der Intention, die nach den Materialien überhaupt erst zur Einführung des § 77 in

⁸⁵⁰ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 117.

⁸⁵¹ Siehe § 76 Abs 1.

⁸⁵² Es gibt verschiedene Vinkulierungsmöglichkeiten (Zustimmung der Gesellschaft [der Geschäftsführung]), der Gesellschafter oder der Generalversammlung [Beschluss mit einfacher Mehrheit]), siehe dazu *Umfahrer GmbH*⁶ Rz 733.

⁸⁵³ Die Stammeinlage muss voll einbezahlt sein und die Übertragung muss ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger erfolgen können (vgl § 77).

⁸⁵⁴ Das Herrenhaus des österreichischen Reichsrates (1861 – 1918).

⁸⁵⁵ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 117; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 77 Rz 1.

⁸⁵⁶ Siehe auch: *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts 283.

das GmbHG geführt hat, wonach es nämlich „*de lege ferenda nicht der Weisheit letzter Schluss sein könne, den Gesellschafter und die Erben Generationen hindurch an die Gesellschaft zu ketten*“⁸⁵⁷.

Das Argument gegen die Auflösungsklage, wonach jeder Gesellschafter das Risiko der Veräußerungsmöglichkeit selbst zu tragen habe, hat *mE* dort uneingeschränkte Berechtigung, wo es ausschließlich um dieses Marktrisiko ohne Hinzutreten weiterer Umstände geht; also dann, wenn der ausstiegswillige Gesellschafter tatsächlich „halt einfach nur nicht mehr will“. In diesem Fall darf man ihm *mE* keinen Rechtsbehelf gewähren, der auf die Zerschlagung des gemeinschaftlichen Werkes „GmbH“ hinausläuft⁸⁵⁸. Ist die Ursache für den Entschluss des Gesellschafters zum Ausstieg aber nicht in seiner Sphäre zu finden, sondern geht der Druck von den Mitgesellschaftern aus und erreicht eine gewisse Schwere, muss weiter nach Lösungen gesucht werden.

Die Frage nach der grundlegenden Begründung für eine Verankerung einer Auflösungsklage aus wichtigem Grund ist zuerst aus dem Aspekt heraus zu betrachten, dass es nicht sachgerecht erscheint, einen Austritt aus wichtigen Gründen in der Sache selbst für gerechtfertigt anzuerkennen, dessen Durchführbarkeit jedoch gleichzeitig an den geltenden Kapitalerhaltungsvorschriften scheitern zu lassen und nur für zulässig zu erklären, wenn die den Ausscheidungswilligen zuerst drängenden Gesellschafter dann – praktisch unwahrscheinlich - freiwillig abfinden. Als Ausweg, der die Probleme beim Austritt (und beim Ausschluss) betreffend die Abfindungsfinanzierung umgeht, drängt sich die auf Auflösung der GmbH gerichtete Klage auf, die letztlich dazu führt, dass – wiederum gleichberechtigt – jeder Gesellschafter entsprechend seiner Beteiligung am Liquidationserlös partizipiert und so am Ende seine Einlage zurückerhält; dies natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die Vorschriften und Verfahrensregeln der Abwicklung eingehalten werden.

⁸⁵⁷ Nach einem Bericht der Herrenhauskommission (vgl. HHB 272 BlgHH XVII. Session, 13 [abgedruckt bei *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen § 84 Rz 1]).

⁸⁵⁸ Siehe schon *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG I Anh § 34 Rz 46.

C. Geltende Rechtslage

Das österreichische GmbH-Recht sieht keine dem Vorbild des § 61 dGmbHG nachgebildete Klagemöglichkeit auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund vor. Uneinigkeit herrscht zwischen weiten Teilen der Lehre, die größtenteils vehement für eine Auflösungsklage eintritt, und der Judikatur, die eine solche ausdrücklich ablehnt.

D. Rechtslage in Deutschland

Das dt GmbH-Recht, welches vom österreichischen Gesetzgeber gewissermaßen als Vorbild bei der Verfassung des GmbHG herangezogen worden ist⁸⁵⁹, normiert in § 61 dGmbHG ein Auflösungsrecht der Minderheit, wonach die GmbH auch mittels Klage aus wichtigem Grund per Gerichtsurteil⁸⁶⁰ für aufgelöst erklärt werden kann⁸⁶¹.

Dieses gesetzlich verankerte Minderheitsrecht steht einem oder mehreren Gesellschaftern gemeinsam zu⁸⁶², solange deren Anteil mindestens 10% des Stammkapitals ausmacht. Es gilt insofern als zwingend, als eine Einschränkung des Rechts selbst bzw eine Einschränkung im Hinblick darauf, was nicht als wichtiger Grund gilt, nicht zulässig ist⁸⁶³. Die Erhebung der Auflösungsklage muss stets ultima ratio sein⁸⁶⁴; gemeint ist, dass der Ausschluss eines Gesellschafters bzw dessen Austritt aus der Gesellschaft gegen Bezahlung einer Abfindung⁸⁶⁵ Vorrang vor einer auf Vollbeendigung der GmbH abzielenden Auflösungsklage haben müssen. Dem gilt es voranzustellen, dass im dt Schrifttum weitgehend anerkannt ist, dass jeder Gesellschafter ein außerordentliches (ungeschriebenes) Austrittrecht hat⁸⁶⁶ und wird

⁸⁵⁹ *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, ÖJZ 1952, 183.

⁸⁶⁰ Insofern konkretisiert diese Bestimmung § 60 Abs 1 Z 3 dGmbHG.

⁸⁶¹ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1198.

⁸⁶² *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 61 Rz 1.

⁸⁶³ Vgl dazu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 61 Rz 2; eine weitere Ausgestaltung dieses Schutzrechtes ist dagegen ebenso erlaubt, wie die Festlegung von bestimmten Umständen als wichtigem Grund im Vertrag (*Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG III⁸ § 61 Rz 49, 51).

⁸⁶⁴ *Erle* in *Müller/Hense*, Beck GmbH-HB 1015.

⁸⁶⁵ *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 61 Rz 21.

⁸⁶⁶ *Weitbrecht* in *Priester/Mayer*, MHB des Gesellschaftsrechtes 1055; *Erle* in *Müller/Hense*, Beck GmbH-HB 1015.

ein Gesellschafter mit der Auflösungsklage dann nicht durchdringen, wenn sein Ausschluss gerechtfertigt ist⁸⁶⁷. Die Rechtsinstrumente Austritt und Ausschluss sind im dt Rechtsbereich bereits weitgehend etabliert.

Die Auflösungsklage ist gemäß § 61 Abs 2 gegen die GmbH selbst zu richten und muss im Hinblick auf ein klagsstattgebendes Urteil die Voraussetzung erfüllt sein, dass die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, oder dass andere „wichtige Gründe in den Verhältnissen der Gesellschaft“ vorliegen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes „kann“ die GmbH bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nach § 61 Abs 1 dGmbHG aufgelöst werden. Dieses „Können“ wird so aufgefasst, dass die Gerichte zwar einen gewissen Ermessensspielraum bei der Feststellung des wichtigen Grundes haben, jedoch zwingend angewiesen sind, mit Rechtsgestaltungsurteil die Auflösung auszusprechen, wenn ein Auflösungsgrund vorliegt⁸⁶⁸. Mit Rechtskraft des Urteils gilt die GmbH als aufgelöst⁸⁶⁹.

Natürlich drängt sich hier sofort der unbestimmte Gesetzesbegriff „wichtiger Grund“ ins Blickfeld⁸⁷⁰ und ist der Auslegung dessen, was einen wichtigen Grund darstellt, ganz vordergründig besondere Bedeutung beizumessen. Es muss sich um „unbehebbar Hindernisse zum Fortsetzen der Gesellschaft“ handeln, also um Gründe, die den Fortbestand der GmbH in Frage stellen⁸⁷¹. Inhaltlich betrachtet ist der Spielraum groß⁸⁷² und dient *mE* der sog „dead lock“ in den diversen Ausgestaltungen als gutes Beispiel dafür, was als wichtiger Grund anerkannt werden könnte. Immer dann nämlich, wenn die gesellschaftsvertraglichen Machtverhältnisse so verteilt bzw gewichtet und gleichzeitig die divergierenden Positionen derart verhärtet sind, dass kein konstruktives Miteinander mehr möglich ist, kann die Klage

⁸⁶⁷ K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 61 Rz 3.

⁸⁶⁸ Ulmer in Hachenburg, GmbHG III⁸ § 61 Rz 8 mwN.

⁸⁶⁹ Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁵ § 61 Rz 6.

⁸⁷⁰ Die Nichterreichung des Gesellschaftszwecks wird nur als beispielhaft aufgezählt betrachtet (Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁵ § 61 Rz 7).

⁸⁷¹ K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 61 Rz 19.

⁸⁷² K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 61 Rz 22.

nach § 61 dGmbHG ein wirksames Mittel zur Lösung des Problems sein⁸⁷³. Anerkannt ist außerdem, dass die dauerhafte Unrentabilität⁸⁷⁴ einen wichtigen Grund darstellen kann, insbesondere dann, wenn der Unternehmenszweck auf Gewinnerzielung gerichtet ist⁸⁷⁵; nachhaltige Verluste, die Nichtausschüttung von Gewinnen oder eine bloße Ertragsschwäche genügen als solche jedoch nicht⁸⁷⁶.

E. Judikatur des OGH

Schon in der E vom 25.11.1953 hat sich der OGH ganz klar gegen die Geltung einer Auflösungsklage gestellt, indem er festgehalten hat, dass die „Auflösungsklage iSv bei Einführung des österr GmbHG bewusst nicht übernommen worden ist und gehe die Tendenz des Gesetzes dahin, den Bestand der von den Gesellschaftern unabhängigen und verselbständigten GmbH zu erhalten“⁸⁷⁷. Zuletzt hat der OGH der Auflösungsklage für den Anwendungsbereich des GmbH-Rechts mit seiner E vom 29.1.2001 eine deutlich Absage erteilt; eine „Klage der Gesellschafter analog zu § 133 (nunmehr) UGB oder im Weg der Rechtsanalogie im Hinblick auf die aus wichtigen Gründen jederzeit lösbaren Dauerschuldverhältnisse sei mangels Vorliegen einer Gesetzeslücke unzulässig“⁸⁷⁸. Zwar nimmt der OGH in dieser E den gegenteiligen Standpunkt der überwiegenden Lehre zur Kenntnis, doch führt er dagegen aus, dass der Umstand, wonach der Gesetzgeber in Kenntnis der oberstgerichtlichen Rechtsprechung und der „jahrzehntelangen Diskussion in der Lehre trotz mehrfacher zwischenzeitlicher Gesetzesnovellen keine Regelungsänderung vorgenommen hat, gegen die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke“ spricht. Weitere Entscheidung dazu fehlen soweit ersichtlich.

⁸⁷³ Beträgt das Stimmenverhältnis 50 : 50 und blockieren sich die streitenden Parteien konsequent, lassen sich im Extremfall überhaupt keine Mehrheitsbeschlüsse (zB auf Abberufung eines Geschäftsführers oder ein Gewinnverteilungsbeschluss) mehr fassen und kann so vollkommener Stillstand eintreten (sofern das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen, werden Beschlüsse nach § 39 Abs 1 mit einfacher Mehrheit gefasst).

⁸⁷⁴ *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG III⁸ § 61 Rz 18.

⁸⁷⁵ *Meister* in *Römermann*, MAH GmbH-Recht 1238.

⁸⁷⁶ *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 61 Rz 22.

⁸⁷⁷ OGH 6 Ob 600/53, SZ 26/285. *ME* kann das Argument der bewussten Nichtübernahme aus den bereits dargelegten Gründen als obsolet bezeichnet werden; so auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 13.

⁸⁷⁸ OGH 3 Ob 57/00d, SZ 74/13 = RdW 2001, 340.

F. Standpunkt der Lehre

Die überwiegende Lehre vertritt hingegen die Ansicht, dass eine Auflösungsklage aus wichtigem Grund zulässig sein sollte. Für eine analoge Heranziehung der für Personengesellschaften geltenden Bestimmungen nach §§ 133, 140 UGB tritt *Kastner* schon in seinem Aufsatz aus dem Jahr 1952 ein und stützt seine Ansicht auf den bereits mehrfach geäußerten Ansatz, wonach *Dauerrechtsverhältnisse jederzeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes lösbar sein müssten*⁸⁷⁹.

Gegen die Anerkennung der GmbH als Dauerrechtsverhältnis tritt *Hannak* 1972 mit dem Argument auf, dass zwar „Personengesellschaften eindeutig als Dauerrechtsverhältnis zu qualifizieren seien, dies für Kapitalgesellschaften im Allgemeinen aber so nicht gelten könne. Die körperschaftliche Organisation und der grundsätzlich vereinfachte Modus zur Übertragung von Geschäftsanteilen spreche dagegen“⁸⁸⁰. Weil es eben „auf die Persönlichkeit des Gesellschafters nicht ankomme, sei ua die Auflösungsklage nicht vorgesehen worden“⁸⁸¹. Der Ausweg muss seiner Ansicht nach in einer vollständigen Vertragsordnung liegen. Für *Ostheim* hingegen steht fest, dass die Folge „*unheilbarer Zerrüttung*“ unter den Gesellschaftern als ultima ratio die „*Zulassung der Auflösungsklage*“ sein muss; nämlich dann, wenn Austritt oder Ausschluss aus tatsächlichen (Bei wem liegt die Verantwortung für den wichtigen Grund?) oder aus rechtlichen Gründen (Stichwort: Abfindungsfinanzierung) nicht durchführbar sind⁸⁸².

Einschränkend in Bezug auf die Gewährung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes bei der GmbH äußert sich 1973 *Wünsch*. Zwar sei die GmbH als Dauerrechtsverhältnis zu werten; man könne das Vertragsverhältnis jedoch nur dann aus wichtigen Gründen vorzeitig lösen, wenn sich die Gesellschafter zusätzlich zu

⁸⁷⁹ *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, ÖJZ 1952, 183 (184).

⁸⁸⁰ *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (140) mwH in FN 34 (Hämmerle).

⁸⁸¹ *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (129).

⁸⁸² *Ostheim*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in FS Hämmerle 245 (264 f).

ihrer Verpflichtung betreffend die Leistung der Stammeinlage (im Statut) zu weiteren Leistungen an die Gesellschaft verpflichtet haben⁸⁸³.

Eine ausführliche Begründung für die Zulässigkeit der Auflösungsklage findet sich seit 1983 bei *Reich-Rohrwig*⁸⁸⁴. Jeder Minderheitsgesellschafter soll das Recht haben, die GmbH mittels gegen diese zu richtender Rechtsgestaltungsklage aus wichtigen Gründen, sofern er diese nicht selbst zu vertreten hat, im Sinn eines letzten Ausweges (ultima ratio) aus innergemeinschaftlichen Konflikten, aufzulösen, wenn ihm die „Fortsetzung des gesellschaftlichen Verbundensein nicht mehr zumutbar“ ist. Die Gesellschaft soll dann mit Rechtskraft des Urteils als aufgelöst gelten und in Liquidation treten. Begründend wird ausgeführt, dass die GmbH ein Dauerschuldverhältnis darstelle, welches „im Weg der Gesamtanalogie“ aus wichtigem Grund lösbar sein muss⁸⁸⁵, darüber hinaus wird auf die strukturelle Ähnlichkeit vieler GmbHen mit Personengesellschaften hingewiesen. *Paschinger* zieht sich im selben Jahr auf die kapitalistisch-körperschaftliche Konstruktion der GmbH zurück und lehnt die Auflösungsklage deshalb strikt ab⁸⁸⁶.

Für *Harrer* ist die GmbH – offenbar zweifelsfrei - Dauerrechtsverhältnis und als solches auflösbar, indem er dem Gesetz 1993 insofern einen „*korrekturbedürftigen Mangel*“ attestiert⁸⁸⁷. *Elsner* trat 1995 für die Auflösungsklage ein⁸⁸⁸, ebenso *Kalss/Schauer*, die deren gesetzliche Verankerung nochmals 2006 forderten⁸⁸⁹.

Koppensteiner/Rüffler kritisieren 2007 im Hinblick auf den OGH wohl zu Recht, dass „aus dem Schweigen des (späteren) Gesetzgebers nicht auf die Unzulässigkeit der Analogie per se geschlossen werden könne“⁸⁹⁰. Wäre dies der Fall, wäre Analogie

⁸⁸³ *Wünsch*, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in FS Demelius, 509 (526).

⁸⁸⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 669 f.

⁸⁸⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 671.

⁸⁸⁶ *Paschinger*, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRZ 1983, 182 (186 f).

⁸⁸⁷ *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz 275 (284).

⁸⁸⁸ *Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, ecolex 1995, 175 (178).

⁸⁸⁹ *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht 293.

⁸⁹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 21.

tatsächlich überflüssig. Sie treten für die Auflösungsklage ein und bestehe heute „kein Anlass mehr, an der Auflösbarkeit der GmbH bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu zweifeln“.

G. Eigener Ansatz

Für die Gegner der Auflösungsklage spricht das geltende Recht. Der OGH zieht sich in diesem Bereich *mE* unverständlicherweise auf die Untätigkeit des Gesetzgebers zurück; das ist zu wenig. Jenen, die die kapitalgesellschaftsrechtliche Struktur als solche betonen und als Argument gegen die mittels Klage geltend zu machende Auflösung anführen, kann wohl die Tatsache entgegen halten, dass das Problem der (Nicht-)Lösbarkeit von gesellschaftlichen Verbindungen kein rein auf Personengesellschaften zugeschnittenes ist. Wie erwähnt, ist die personalistische GmbH weit verbreitet und in vielerlei Hinsicht der OG und mit Einschränkungen auch der KG angenähert. Dieser Aspekt allein ist daher eher wenig aussagekräftig.

Doch auch die Befürworter überzeugen *mE* nicht restlos. Ich bin der Ansicht, dass die bestehenden Unterschiede zu den Personengesellschaften nicht unterschätzt werden dürfen. GmbH-Gesellschafter werden sich idR nie solchen Haftungsrisiken für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausgesetzt sehen, wie dies für Komplementäre zutrifft⁸⁹¹. Es trifft sie grundsätzlich auch keine Pflicht zur Mitwirkung im Unternehmen und ist die Zustimmung zur Übertragung des Geschäftsanteils ex lege nicht vorgesehen bzw. notfalls durch das Gericht substituierbar. Auch unterliegen die GmbH-Gesellschafter keinem Wettbewerbsverbot, wie dies laut §§ 112, 165 für Personengesellschafter der Fall ist. Jemandem, der sich als GmbH-Gesellschafter betätigen will, fallen diese Vorteile gegenüber den Personengesellschaftern ex lege zu und erscheint *mE* insbesondere die mit der vollständigen Einlagenerbringung bewirkte Haftungsschranke für GmbH-Gesellschafter entscheidend⁸⁹². Verändert man vertraglich die Konzeption der Gesellschaft, indem man sie personalistisch ausgestaltet, entfernt man sich freilich von der klassischen Kapitalgesellschaft; im Gegenzug halte ich es dann aber für legitim, zu verlangen, für Lösungsmöglichkeiten

⁸⁹¹ Siehe die Haftungsbestimmungen nach §§ 159, 160 UGB.

⁸⁹² Siehe dazu auch *Hannak*, GmbH-Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle 127 (128).

iSv Auswegen ebenso im Vertrag Vorsorge zu treffen. Außerdem muss es zulässig sein, einem Kapitalgesellschafter das Marktrisiko und das Risiko des Verlustes seines Kapitaleinsatzes zu überlassen. Auch das Argument von der Lösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund kann man *mE* nicht im Verhältnis 1:1 auf das gesellschaftsrechtliche GmbH-Konstrukt umlegen, denn nach dem Gesetz reduziert sich die Leistungspflicht der Gesellschafter auf die Erbringung der Stammeinlage und gleicht somit deren Position weder der des Personengesellschafter, noch der des Mieters, des Angestellten oder des Handelsvertreters.

Im Ergebnis bin ich daher der Meinung, dass es durchaus vertretbar ist, gegen die Gewährung einer Auflösungsklage aus wichtigem Grund bei der GmbH aufzutreten, zumal im Rahmen von sorgfältiger und verständiger Vertragsgestaltung die überwiegende Anzahl der Probleme lösbar ist. Auch halte ich es für richtig, einer sehr geringen Minderheit nicht die Möglichkeit zu geben, die GmbH als das Gesamtwerk per Gerichtsurteil vernichten zu können. Wo zieht man die Beteiligungsgrenze zur Rechtsausübung?

Es sei an dieser Stelle mit Blick auf den OGH und Gesetzgeber noch die Bemerkung erlaubt, dass es für den Rechtsunterworfenen aber auch nicht zumutbar ist, mit ansehen zu müssen, wie sich diese gegenseitig in die Pflicht nehmen. Der Gesetzgeber schweigt – sind ihm die praktisch in bestimmten Fällen auftretenden Probleme überhaupt bewusst? -, während sich der OGH gerade auf dieses Schweigen beruft⁸⁹³ und offenbar davor zurückschreckt, in diesem gesellschaftsrechtlichen Bereich in Kenntnis der Problematik eine Rechtsfortbildung *praeter legem* zuzulassen.

VII. Fortsetzung der aufgelösten GmbH

Das GmbH-Recht regelt die Fortsetzung der einmal aufgelösten Gesellschaft nicht; weder wird dies für unzulässig erachtet, noch gibt es Bestimmungen, die vorsähen,

⁸⁹³ OGH 3 Ob 57/00d, RdW 2001, 340.

wann eine Rückwandlung in eine (wieder) werbende Gesellschaft überhaupt in Frage käme und wie sie dann allenfalls durchzuführen wäre.

A. Zulässigkeit

Mangels anders lautender Regelungen im GmbHG müsste man eigentlich davon ausgehen, dass aufgelöste GmbHen grundsätzlich zu liquidieren sind; dies sollte der logische Schluss aus § 89 Abs 1 sein, wonach der Auflösung die Liquidation zu folgen hat, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dennoch geht die heute hL eindeutig davon aus, dass die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH grundsätzlich möglich ist⁸⁹⁴, sofern die GmbH noch nicht vollbeendet ist; dann scheidet eine Fortsetzung *mE* schon begrifflich aus. Weiters kann dann nicht mehr fortgesetzt werden, wenn bereits mit der Verteilung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter im Liquidationsstadium begonnen wurde⁸⁹⁵.

Im Gegensatz zum GmbHG regelt das Aktienrecht die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft in § 215 AktG für bestimmte „*Reaktivierungsfälle*“⁸⁹⁶.

Die Rechtsprechung anerkennt die grundsätzliche Möglichkeit zur Fortsetzung der aufgelösten GmbH schon seit langem. Bereits in der E vom 6.11.1929⁸⁹⁷ hat der OGH auf die Fortsetzungsmöglichkeit für den Fall der Kündigung der Gesellschaft auf Basis eines vertraglichen Kündigungsrechtes Bezug genommen und festgehalten, dass der „*übriggebliebene Gesellschafter*“ die GmbH fortsetzen kann. Ferner wurde die Fortsetzung nach Auflösung durch Konkurseröffnung bereits 1933 anerkannt⁸⁹⁸. In jüngster Zeit ergangene Entscheidungen bestätigen, dass eine Fortsetzung in bestimmten Fällen bei Einhaltung verschiedener Voraussetzungen möglich und erlaubt ist⁸⁹⁹.

⁸⁹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 29; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 447; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 782; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 688; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht (2008) 269; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 10.

⁸⁹⁵ OGH 23.9.2004, 6 Ob 87/04v; 6 Ob 216/05s, RdW 2006, 399.

⁸⁹⁶ Vgl § 215 AktG und *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 2 ff.

⁸⁹⁷ OGH 3 Ob 705/29, SZ 11/228.

⁸⁹⁸ OGH 1 Ob 1172/32, SZ 15/2.

⁸⁹⁹ OGH 6 Ob 330/98t, RdW 1999, 594; 23.9.2004, 6 Ob 87/04v; 26.1.2006, 6 Ob 216/05s.

B. Fortsetzungssachverhalte

Die Gesellschaft kann ihre Fortsetzung nicht in allen Fällen, die zu ihrer Auflösung geführt haben, beschließen. Wenn man als Rechtsgrundlage § 215 AktG analog heranzieht, dann folgt daraus zunächst, dass eine Fortsetzung nach Auflösung durch Zeitablauf und infolge Gesellschafterbeschluss jedenfalls möglich sein muss. *ME* muss dies darüber hinaus auch für jene Fälle gelten, nach denen die GmbH aufgrund eines gesellschaftsvertraglich vereinbarten Umstandes als aufgelöst zu betrachten ist, insbesondere nach Kündigung durch einen Gesellschafter oder Eintritt einer auflösenden Bedingung⁹⁰⁰. Bei einer Auflösung nach einer Fusion, scheidet eine Fortsetzung schon deshalb aus, weil die derart aufgelöste Gesellschaft gleichsam als vollbeendet anzusehen ist; hier bleibt gar kein Spielraum für eine Fortsetzung⁹⁰¹.

Im Hinblick auf § 215 Abs 2 AktG ist das Fassen eines Fortsetzungsbeschlusses der infolge Konkursöffnung aufgelösten GmbH zulässig, nachdem der Konkurs nach rechtskräftiger Bestätigung eines Zwangsausgleich nach § 157 KO aufgehoben worden ist sowie auch dann, wenn die Gesamtheit der Gläubiger iSv § 167 KO einer Konkursaufhebung zustimmt⁹⁰². Diese Bestimmung kann nach hM im GmbH-Recht analog angewendet werden⁹⁰³.

Nicht schlechthin unzulässig ist Fortsetzung einer durch Verfügung der Verwaltungsbehörde gemäß § 84 Abs 1 Z 5 aufgelösten GmbH. Eine Fortsetzung ist auch dann denkbar, wenn die GmbH iSv § 84 Abs 1 Z 6 per Beschluss des Handelsgerichts aufgelöst wird⁹⁰⁴, außer – so der OGH⁹⁰⁵ – bei Löschung der

⁹⁰⁰ Vgl etwa OGH 3 Ob 705/29, SZ 11/228; 4 Ob 596/73, HS IX/2; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 784.

⁹⁰¹ Ebenso wenig besteht Anlass oder Bedarf nach einer Fortsetzung, wenn die GmbH ihr Vermögen im Weg der Universalsukzession auf einen Nachfolgerechtsträger überträgt, wie bei der Verstaatlichung und im Rahmen von Umgründungsvorgängen.

⁹⁰² Dies sollte auch gelten, wenn der Konkurs auf Antrag der Gesellschaft rechtskräftig aufgehoben wird, weil die GmbH im Konkursverfahren zB bescheinigen kann, dass ein Konkursgrund – insbesondere Überschuldung – tatsächlich gar nicht vorliegt (vgl dazu *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 690; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 30).

⁹⁰³ *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 1; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 688 f; OGH 20.5.1999, 6 Ob 330/98t; 23.9.2004, 6 Ob 87/04v; 26.1.2006, 6 Ob 216/05s ua.

⁹⁰⁴ Siehe dazu *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 692, 693.

⁹⁰⁵ OGH 6 Ob 330/98t, RdW 1999, 594. 6 Ob 216/05s, wbl 2006, 288.

Gesellschaft nach § 40 FBG. Begründet wird dies im Wesentlichen mit dem Bereinigungszweck der Amtslöschung sowie unter entsprechender Würdigung von Rechtsklarheit und Kontrolle. Es ist laut Jud „mit der Rechtssicherheit nicht in Einklang zu bringen, wenn eine Gesellschaft, die im Lösungsverfahren keine Einwände gegen die vermutete Vermögenslosigkeit erhebt und in der Folge gelöscht wird, zeitlich unbegrenzt danach durch Behauptung und Nachweis eines (geringen) Vermögens und durch Fassen eines Fortsetzungsbeschlusses in die Lage versetzt werden könnte, wieder in das Firmenbuchregister eingetragen werden zu können“.

Der OGH stützt sich dabei in erster Linie auf *Rasner*, der ausführt, dass der Umstand, wonach die Gesellschafter die Löschung im Amtslösungsverfahren nicht verhindert haben oder nicht verhindern konnten, einen deutlichen Schlusspunkt dahingehend setze, einer Rückwandlung der gelöschten GmbH in das Stadium einer verbenden Gesellschaft dauerhaft entgegen zu stehen. Dies ändere zwar nach der Lehre vom Doppeltatbestand nichts daran, dass eine GmbH, wenn nach der Löschung tatsächlich noch Vermögen hervorkommen sollte, noch nicht als vollbeendet anzusehen ist und, dass sie deshalb ihre Rechtspersönlichkeit noch nicht verloren hat; die Fortexistenz dient dann aber nur mehr der Schlussabwicklung⁹⁰⁶ und ein Wiedereintritt dieser gelöschten GmbH in das Erwerbsleben soll nicht mehr möglich sein. Dies könnte nur mehr über den Weg der Neugründung erfolgen⁹⁰⁷.

Dieser Meinung hat sich der OGH *mE* zu Recht angeschlossen, denn selbst wenn man bloß auf das Erfordernis nach vorhandenem Vermögen abstellen sollte, besteht kein praktischer Grund dafür, eine möglicherweise bereits seit Jahren gelöschte GmbH wieder zu aktivieren und neu einzutragen⁹⁰⁸; im Gegenteil, der Rechtsunterworfenen soll sich – zumindest hier – sicher sein können, dass das Rechtssubjekt GmbH mit der Löschung aus dem Firmenbuch tatsächlich nicht mehr Teilnehmer am wirtschaftlichen Erwerbsleben ist. Diese Ansicht wird zudem durch

⁹⁰⁶ *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 83.

⁹⁰⁷ *Rasner* in *Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 41.

⁹⁰⁸ So auch *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 83 mwN.

§ 40 Abs 4 FBG unterstützt, wonach dann, wenn nach Löschung doch noch Vermögen hervorkommen sollte, eine Nachtragsliquidation durchzuführen ist. Eine Fortsetzung der gelöschten GmbH muss in diesem Fall ausscheiden⁹⁰⁹.

Im diesem Sinn muss eine Fortsetzung natürlich auch dann ausscheiden, wenn die Gesellschafter die GmbH freiwillig aufgelöst und in der Folge den Liquidationsüberschuss untereinander verteilt haben. Gemeinsam mit der Amtslöschung wegen Vermögenslosigkeit stellen diese beide Umstände den einzigen Fall dar, in dem eine Fortsetzung der GmbH grundsätzlich nicht mehr in Frage kommt⁹¹⁰. Dies entspricht im Übrigen nunmehr auch der in Deutschland hM⁹¹¹. Die Fortsetzung der nach § 39 FBG aufgelösten GmbH ist an sich auch von vornherein ausgeschlossen, es sei denn, es kann bescheinigt werden, dass doch noch oder wieder Vermögen vorhanden ist, der gesetzliche Auflösungsgrund also weggefallen ist⁹¹².

C. Voraussetzungen der Fortsetzung

1. Fortsetzungsbeschluss

Um die aufgelöste GmbH wieder in eine werbende Gesellschaft zurückzuverwandeln, ist ein „contrarius actus“ – ein *Reassumierungsbeschluss* - iSe Antrages auf Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft⁹¹³ erforderlich⁹¹⁴, es sei denn, der Auflösungsgrund fällt rückwirkend weg, was nur beim nachträglich rechtskräftig aufgehobenen Konkurs eine Rolle spielen kann⁹¹⁵ oder bei nachträglicher Beseitigung des die GmbH auflösenden verwaltungsbehördlichen

⁹⁰⁹ Laut OGH (20.5.1999, 6 Ob 330/98t) sollen „lebensunfähige Gesellschaften aus dem Firmenbuch gelöscht werden, damit das Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer im Hinblick auf Wert und Umfang von Unternehmen nicht getäuscht wird“.

⁹¹⁰ In der Lehre ist dies aber keineswegs unstrittig; vgl zB *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 690, 691 mwN in FN 21; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 29.

⁹¹¹ Siehe *Casper* in *Ulmer*, GmbHG III § 60 Rz 151 mwN in FN 356.

⁹¹² *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 784; OGH 6 Ob 14/92, GesRZ 1992, 286.

⁹¹³ *Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 27.202.

⁹¹⁴ OGH 6 Ob 330/98t, RdW 1999, 594.

⁹¹⁵ Siehe § 79 KO; in einem solchen Fall hat das Konkursgericht die Löschung der betreffenden Eintragung im Firmenbuch gemäß § 77a Abs 2 KO zu veranlassen.

Bescheides⁹¹⁶. Der Fortsetzungsbeschluss ist als Grundlagenentscheidung analog § 215 Abs 1 AktG von der Generalversammlung zu fassen und muss notariell beurkundet werden⁹¹⁷.

Strittig ist, welche Mehrheitsverhältnisse hierfür erforderlich sind. Im Aktienrecht wird eine Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gefordert; dies entsprechend der für den Auflösungsbeschlusses nach § 203 Abs 1 Z 2 erforderlichen Mehrheit⁹¹⁸. *ME* muss dies bezogen auf die GmbH bedeuten, dass der Fortsetzungsbeschluss, wie der Auflösungsbeschluss, bereits mit einfacher Mehrheit zustande kommt⁹¹⁹, es sei denn, das Statut sieht anderes vor, dann ist die vertragliche Vorgabe einzuhalten⁹²⁰. Beachtet werden muss allerdings, dass dann, wenn die Gesellschaft infolge Kündigung aufgelöst ist, der Fortsetzungsbeschluss der Zustimmung des Kündigenden bedarf, sonst hätte die Aufkündigung keine praktische Bedeutung und das Kündigungsrecht wäre wirkungslos im Hinblick darauf, das eingebrachte Kapital wieder zurückzuerlangen⁹²¹. Eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit sollte nur dann erforderlich sein, wenn die Fortsetzung ausnahmsweise eine Satzungsänderung darstellt⁹²²; dies folgt aus § 50 Abs 1 und kommt bei einer Fortsetzung der auf bestimmte Zeit eingegangen GmbH in Betracht⁹²³.

2. Beseitigung des Auflösungsgrundes?

Grundsätzlich hat der Fortsetzungswerber den Wegfall des Auflösungsgrundes zu bescheinigen⁹²⁴. Bei einer Auflösung durch Zeitablauf, aufgrund eines

⁹¹⁶ ZB im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens nach § 69 AVG oder durch Nichtigerklärung des Bescheides nach § 68 Abs 4 AVG.

⁹¹⁷ Wie der Auflösungsbeschluss; vgl im Übrigen OLG Wien 28 R 213/06h, GeS 2007, 159.

⁹¹⁸ *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 4.

⁹¹⁹ So auch *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 12; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 32.

⁹²⁰ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 787.

⁹²¹ OGH 4 Ob 596/73, HS IX/2.

⁹²² Der Fortsetzungsbeschluss als solcher stellt idR keine Satzungsänderung dar (vgl *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 87); siehe auch *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 6.

⁹²³ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 11.

⁹²⁴ OGH 6 Ob 330/98t, RdW 1999, 594.

Gesellschafterbeschlusses oder nach Verwirklichung eines statutarischen Auflösungsgrundes wird in aller Regel schon der Fortsetzungsbeschluss als *contrarius actus* allein für ausreichend zu betrachten sein.

Bei einer Fortsetzung nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsausgleich und bei Zustimmung der Gesamtgläubigerschaft bedarf es wie bei der aufgelösten AG nicht des zusätzlichen Nachweises, dass ein Konkursgrund nicht mehr vorliegt⁹²⁵. Andererseits hat der OGH bereits mehrfach ausgesprochen⁹²⁶, dass bei Fortsetzung nach Auflösung gemäß § 39 FBG sehr wohl ein Nachweis über vorhandenes Vermögen erbracht werden muss, weil sonst davon auszugehen ist, dass die Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit iSv § 40 FBG zu löschen ist⁹²⁷.

Soll die GmbH nach erfolgter Auflösung per Bescheid der Verwaltungsbehörde fortgesetzt werden, ist es erforderlich, dass der Bescheid beseitigt wird oder die Behörde einer Fortsetzung zustimmt⁹²⁸. Wird die GmbH gemäß § 10 Abs 2 FBG gelöscht, muss zur Fortsetzung der Mangel, der zur Löschung aus dem Firmenbuch geführt hat, beseitigt werden. Ähnlich verhält es sich bei der Nichtigkeit nach § 10 Abs 3 FBG; bevor fortgesetzt werden kann, muss der zur Nichtigkeit führende Mangel des Gesellschaftsvertrages behoben werden⁹²⁹.

3. Keine Vermögensverteilung

Laut § 215 Abs 1 AktG kann die sich im Abwicklungsstadium befindliche AG nur solange fortgesetzt werden, als mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht begonnen worden ist. Wurden während der Liquidation Gläubiger befriedigt, kann dies einer Fortsetzung nicht abträglich sein, weil das nicht unter den Tatbestand „Verteilung von Gesellschaftsvermögen“ zu subsumieren ist. Die

⁹²⁵ Der Wegfall der Auflösungsgründe „Überschuldung“ bzw. „Zahlungsunfähigkeit“ muss nicht extra nachgewiesen werden; siehe auch OLG Wien 6 R 124/95, NZ 1997, 229; OLG Wien 28 R 213/06h, GeS 2007, 159.

⁹²⁶ OGH 23.3.1983, 3 Ob 194/82; 23.4.1996, 1 Ob 2014/96z; 27.5.1998, 6 Ob 131/98b.

⁹²⁷ Gefordert wird ein „unverdächtiger Vermögensstatus“ (OLG Wien 6 R 124/95, NZ 1997, 230); bestenfalls wird der geforderte Nachweis von einem beeideten Wirtschaftsprüfer festgestellt (*Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, 1363); siehe auch OGH 11.6.1992, 6 Ob 14/92.

⁹²⁸ OGH 3.3.1937, 3 Ob 140/37.

⁹²⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 693.

Reaktivierungsfähigkeit hängt also entscheidend davon ab, dass das Gesellschaftsvermögen noch nicht an die Gesellschafter oder Nichtgläubiger ausgekehrt worden ist, wobei jede, „auch die noch so geringe Schmälerung des Gesellschaftsvermögens einer Fortsetzung bereits entgegen steht“⁹³⁰. Das dient dem Schutz der Gläubiger mit Blick auf die Kapitalerhaltung⁹³¹. Es wird in Ansehung des Verbotes nach § 82 sogar für schädlich angesehen, wenn eine Fortsetzung damit begründet wird, dass sich die Gesellschafter (ohnehin) zur Rückzahlung verpflichtet haben⁹³².

4. Eintragung ins Firmenbuch

Im Gegensatz zum Auflösungsbeschluss hat die Eintragung des Beschlusses auf Fortsetzung im Aktienrecht gemäß § 215 Abs 4 AktG jedenfalls konstitutiven Charakter⁹³³. Für die GmbH gilt anderes; laut OGH hat der Eintragungsbeschluss nur deklaratorischen Charakter⁹³⁴. Die Fortsetzung ist von sämtlichen Geschäftsführern zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden⁹³⁵, die (neue) Geschäftsführung ist zu bestellen und deren Vertretungsbefugnis zu regeln⁹³⁶.

Dem Firmenbuchgesuch auf Eintragung der Fortsetzung ist iSv § 215 Abs 3 Hs 2 AktG entweder eine beglaubigt unterfertigte Erklärung – als eigene Urkunde⁹³⁷ – sämtlicher Geschäftsführer anzuschließen, mit welcher diese zu bestätigen haben, dass mit der Verteilung von Gesellschaftsvermögen noch nicht

⁹³⁰ Geist in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 7.

⁹³¹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 447.

⁹³² OGH 23.9.2004, 6 Ob 87/04v; siehe auch *Wenger* in *Nowotny C./Winkler*, Wiener Vertragshandbuch, Band 3, Kapitalgesellschaften (2006) 106.

⁹³³ Geist in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 6.

⁹³⁴ OGH 1 Ob 2014/96z, wbl 1996, 459; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 35; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 84 Rz 11. Dies entspricht auch der in Deutschland herrschenden Ansicht (vgl. *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 60 Rz 91); aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 693.

⁹³⁵ Weil die Eintragung des Beschlusses eben nur deklaratorisch wirkt, haben die Geschäftsführer und nicht die Liquidatoren anzumelden (*Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, 1363); vgl auch § 215 Abs 3 Hs 1 AktG (hier wirkt der Eintragungsbeschluss konstitutiv, weshalb die Liquidatoren anzumelden haben)

⁹³⁶ Dies kann bestenfalls gleich im Rahmen der Beschlussfassung über die Fortsetzung erfolgen (Muster: *Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 28.201).

⁹³⁷ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 789.

begonnen worden ist; alternativ dazu kann eine inhaltsgleiche Erklärung direkt in das Eintragungsgesuch integriert werden⁹³⁸. Es ist somit unter Angabe, dass die Fortsetzung beschlossen wurde, Nachstehendes zu beantragen:

- Löschung des auf die Liquidation hinweisende Firmenzusatz
- Abberufung der Liquidatoren
- Eintragung der neuen Geschäftsführung

Damit gilt die GmbH wieder als werbende Gesellschaft.

⁹³⁸ Strittig scheint idZ, ob eine bloße wörtliche Erklärung hierfür ausreicht, oder ob die Auskunft bzw eine Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers benötigt wird (vgl dazu *Geist in Jabornegg/Strasser, AktG*⁴ § 215 Rz 6).

RECHTSFOLGEN DER AUFLÖSUNG - LIQUIDATION

I. Allgemeines

„Nur der Laie stellt sich die Auflösung eines Verbandes als dessen Verschwinden vor“⁹³⁹. Mit der Auflösung kommt es zu keiner Änderung in der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft. Die aufgelöste Gesellschaft verfolgt jedoch einen anderen Zweck. Sie ist nicht mehr werbende Gesellschaft, ihr Ziel ist es dann, anhängige Rechtsgeschäfte abzuwickeln, Schulden und Verbindlichkeiten zu begleichen sowie Forderungen einzutreiben und letztlich das Vermögen unter den Gesellschaftern zu verteilen.

II. Liquidation als Normalrechtsfolge

Der Zeitpunkt der Auflösung markiert jenen des Beginns der Abwicklung. Die Liquidation ist gemäß § 89 Abs 1 die unmittelbare und grundsätzlich zwingende Rechtsfolge der Auflösung, sofern gesellschaftsvertraglich nichts anderes vorgesehen und gesetzlich nichts anderes bestimmt wird⁹⁴⁰.

Der zwingende Charakter der Liquidationsanordnung lässt sich insbesondere mit dem Gläubigerschutz rechtfertigen. Würde die GmbH allein schon nach deren Auflösung aufhören, als Rechtssubjekt zu existieren, würde dies den Interessen der Gesellschaftsgläubiger insofern zuwiderlaufen, als sie dann sofort keinen Schuldner mehr hätten und ihre Forderungen wären mangels Haftungsfond mit einem Mal uneinbringlich, zumal eine persönliche Haftung der Gesellschafter nicht vorgesehen ist. Daher ist vorher ein spezielles Abwicklungsverfahren durchzuführen.

III. Rechtskontinuität

Durch die Auflösung der GmbH bleibt deren Rechtssubjektivität zunächst unberührt. Der Verlust der Partei- und Rechtsfähigkeit tritt nach der Lehre vom Doppeltatbestand erst dann ein, wenn Vermögenslosigkeit und Löschung im

⁹³⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 308.

⁹⁴⁰ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 89 Rz 5.

Firmenbuch als kumulative Voraussetzungen vorliegen bzw erfolgt sind⁹⁴¹. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Gesellschafts- bzw Körperschaftsrechts, dass rechtlich selbständige Organisationen, die nach Auflösung ins Liquidationsstadium treten, allein deshalb noch nicht ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren, sondern diese bis zu ihrer Vollbeendigung beibehalten⁹⁴².

Als Ausprägungen dieser Rechtskontinuität lassen sich für die GmbH im Stadium der Auflösung folgende Schlüsse ziehen bzw kann Nachstehendes festgehalten werden:

- Die aufgelöste GmbH kann klagen und geklagt werden, sie bleibt also parteifähig. Die dem Rechtsanwalt erteilte Prozessvollmacht bleibt bestehen und ermächtigt diesen weiterhin, namens und im Auftrag der (aufgelösten) GmbH gerichtlich und außergerichtlich für diese einzuschreiten⁹⁴³.
- Die Firma der GmbH bleibt an sich erhalten, es ist jedoch ein auf die Abwicklung hinweisender Zusatz⁹⁴⁴ aufzunehmen, der in das Firmenbuch einzutragen ist⁹⁴⁵. Das stellt weder eine Firmen- noch eine Satzungsänderung dar⁹⁴⁶. Die Zulässigkeit einer Firmenänderung im Liquidationsstadium wird von der überwiegenden Lehre – in relativ engen Grenzen - anerkannt, sofern dies mit dem Abwicklungszweck vereinbar ist⁹⁴⁷. Speziell darf eine Änderung der Firma jedoch nicht dazu führen, dass vorgetäuscht wird, man hätte es mit einer werbenden GmbH zu tun⁹⁴⁸.

⁹⁴¹ OGH 19.6.2006, 8 ObA 46/06g.

⁹⁴² OGH 29.11.2000, 8 Ob 605/90.

⁹⁴³ Gemäß § 35 Abs 1 ZPO erlischt die Prozessvollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht eo ipso; dies gilt auch in den Fällen der Auflösung oder Löschung der Gesellschaft (*Reichberger*, Kommentar zur ZPO³, § 35 Rz 2). Siehe auch: OGH 3 Ob 24/95, *ecolex*, 1997, 101.

⁹⁴⁴ In Liquidation, i. L., in *Liqu. odgl.*

⁹⁴⁵ Vgl dazu die für die GmbH geltende Bestimmung nach § 90 Abs 1 iVm § 153 UGB.

⁹⁴⁶ OGH 31.8.2006, 6 Ob 15/05g.

⁹⁴⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 706.

⁹⁴⁸ OGH 6 Ob 15/05g, NZ 2006, 345.

- Die der GmbH erteilte Gewerbeberechtigung geht allein aufgrund dessen, dass die Gesellschaft aufgelöst ist, nicht unter; ebenso wenig führt dies zum Verlust der Lehrlingsausbildungsbefugnis nach § 14 Abs 2 lit d BAG⁹⁴⁹. Ist die Auflösung jedoch die Folge einer Konkursöffnung, so ist die Gewerbebehörde gemäß § 87 GewO 1994 verpflichtet, über die GmbH ein Verfahren zum Entzug der Gewerbeberechtigung einzuleiten, weil dann ein Gewerbeausschlussgrund im Sinn von § 13 Abs 3 GewO 1994 vorliegt⁹⁵⁰.
- Die Rechtsverhältnisse der GmbH gegenüber Dritten, insbesondere Anstellungs- bzw. Ausbildungsverhältnisse zu Arbeitern, Angestellten und Lehrlingen werden durch die Tatsache der Gesellschaftsauflösung in ihrem Bestand nicht verändert; freilich werden Mitarbeiter aufgrund des sich ex lege ändernden Gesellschaftszwecks damit zu rechnen haben, dass ihnen gekündigt wird, sofern die arbeitsrechtlichen Verhältnisse nicht ohnehin schon vor Auflösung geregelt wurden.

Nicht eindeutig geklärt scheint die Frage nach dem rechtlichen Schicksal von seitens der GmbH erteilten Prokuren. Die wohl überwiegende Lehre geht offenbar davon aus, dass die Prokura mit Gesellschaftsauflösung schlichtweg erlischt und eine Prokuraerteilung im Abwicklungsstadium auch nicht mehr möglich ist⁹⁵¹. Laut OGH ist eine Prokuraerteilung durch die aufgelöste GmbH deshalb nicht (mehr) möglich, weil die damit verbundene Befugnis über die Vertretungsmacht der Liquidatoren hinausgeht⁹⁵². In Deutschland wird hingegen die Rechtsmeinung vertreten, dass von der aufgelösten GmbH erteilten Prokuren grundsätzlich weiter bestehen bleiben⁹⁵³.

⁹⁴⁹ OGH 15.4.2004, 8 ObA 26/04p.

⁹⁵⁰ VwGH 8.2.1994, 93/08/0161.

⁹⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 7; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 762; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 710 f.

⁹⁵² OGH 24.2.2004, 5 Ob 89/03d.

⁹⁵³ *Eller*, Liquidation der GmbH (2008) 35 mwN in FN 35.

Auf die „Fälligkeit von Forderungen und Verbindlichkeiten hat die Auflösung der GmbH keinen Einfluss“; die Gesellschaft ist und bleibt nach wie vor Schuldner bzw Gläubiger von Dritten⁹⁵⁴.

- In Ansehung der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander sowie der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates hält § 92 Abs 2 programmatisch fest, dass die Bestimmungen, welche für die werbende GmbH gelten, grundsätzlich auch im Liquidationsstadium bis zur Vollbeendigung zur Anwendung kommen, sofern im 2. Abschnitt des III. Hauptstücks in den §§ 89 ff unter Berücksichtigung des geänderten Gesellschaftszwecks nichts Gegenteiliges angeordnet wird. Sollte also ein Aufsichtsrat vorhanden sein, bleibt dieser während der Abwicklung weiter im Amt, wobei sich dessen Pflicht dann aber im Wesentlichen auf die Überwachung der ordnungsgemäßen Durchführung der Liquidation beziehen wird⁹⁵⁵. Die Generalversammlung als Organ besteht ebenfalls weiter⁹⁵⁶ und gilt für die Gesellschafter im Verhältnis untereinander noch immer der Gesellschaftsvertrag bzw sind auch allfällige Syndikatsverträge weiter verbindlich.
- Satzungsänderungen sind grundsätzlich auch noch im Stadium der Liquidation zulässig, „sofern dies dem Zweck der Abwicklung nicht entgegensteht“⁹⁵⁷.
- Jedem Gesellschafter ist es weiterhin unbenommen, im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden praktischen Möglichkeiten seinen Geschäftsanteil zu veräußern oder sonst wie an einen Dritten zu übertragen; es kommt aufgrund des Trennungsprinzips bloß zu einer Änderung in der Person, die Anspruch auf einen allfälligen Liquidationsüberschuss hat⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Puchinger/Goess, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, ecolex 2005, 123.

⁹⁵⁵ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 706.

⁹⁵⁶ Umfahrer, GmbH⁶ Rz 762.

⁹⁵⁷ OGH 31.8.2006, 6 Ob 15/05g.

⁹⁵⁸ Eller, Liquidation der GmbH 35 ff.

- Die Gesellschafter bleiben der GmbH gegenüber hinsichtlich allfälliger offener Forderungen auf die Stammeinlagen weiterhin verpflichtet. Hinsichtlich der Einforderung von Außenständen gilt jedoch, dass dies im Hinblick auf die Gläubigerbefriedigung gemäß § 90 Abs 3 S 1 erforderlich sein muss.
- Die Gesellschaft bleibt bis zur Löschung aus dem Firmenbuch der Körperschaftssteuer unterworfen⁹⁵⁹. Dies wird bei freiwilliger Auflösung infolge Gesellschafterbeschluss udgl aller Voraussicht nach nicht zu schwerwiegenden finanziellen Problemen führen. Solange Aktivvermögen vorhanden ist, wird sich die Gesellschaft die Steuer idR leisten können. Problematisch kann es allerdings dann werden, wenn die Auflösung als Folge der Konkureröffnung eintritt bzw wenn ein Konkureröffnungsantrag mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird. Die Konkureröffnung allein befreit die GmbH zunächst nämlich nicht von ihrer Steuerzahlungspflicht⁹⁶⁰ im Ausmaß von zumindest 5% der Mindesthöhe des Stammkapitals⁹⁶¹. Ist nicht einmal ausreichend Vermögen vorhanden, um ein Insolvenzverfahren zu eröffnen, wird ein im Hinblick auf die Beendigung der Verpflichtung zur Zahlung der Mindestkörperschaftssteuer erforderlicher Antrag der GmbH auf Löschung aus dem Firmenbuch⁹⁶² in der Regel daran scheitern, dass die Voraussetzungen für die Verfügung der Löschung nicht erbracht werden können⁹⁶³. Seit 2001 gibt es aber einen Erlass des Finanzministeriums, gemäß welchem die Mindestkörperschaftssteuerpflicht mit Rechtskraft des Beschlusses, mit welchem die Konkureröffnung mangels Vermögen abgewiesen wird, entfällt⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ *Eller*, Liquidation der GmbH 126.

⁹⁶⁰ Siehe dazu schon OGH 1 Ob 145/28, SZ 10/93.

⁹⁶¹ Vgl § 24 Abs 4 KStG, woraus sich bei GmbHen mit einem Mindeststammkapital in Höhe von EUR 35.000,00 eine jährliche Mindestkörperschaftssteuer von EUR 1.750,00 ergibt.

⁹⁶² Sofern ein Lösungsverfahren nach § 40 FBG nicht von Amts wegen eingeleitet wird.

⁹⁶³ ZB: kostspieliger Gläubigeraufruf, Notarkosten etc.

⁹⁶⁴ *Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenz 91.

IV. Liquidationsverfahren zur Vollbeendigung

Der Weg der aufgelösten GmbH in den Zustand der Vollbeendigung führt, wie bereits erwähnt, aus Gläubigerschutzgründen über die Liquidation⁹⁶⁵. Das GmbHG regelt das Liquidationsverfahren in den §§ 89 - 94 und man versteht darunter die zielgerichtete Abwicklung der aufgelösten Gesellschaft im Hinblick auf die Beendigung ihrer rechtlichen und tatsächlichen Existenz als Körperschaft⁹⁶⁶.

A. Grundregel

Die Normalrechtsfolge der Auflösung besteht gemäß § 89 Abs 1 in der Liquidation der Gesellschaft. Die Liquidationsbestimmungen sind im Hinblick auf den Gläubigerschutz zwingend. Daraus folgt, dass mit dem Liquidationserlös zunächst die Gläubiger zu befriedigen sind und, dass nur ein danach allfällig verbleibender Restbetrag letztlich an die Gesellschafter ausgekehrt werden darf⁹⁶⁷.

B. Ausnahmen

Das Gesetz sieht insb dort anderes vor, wo die Auflösung der Gesellschaft Hand in Hand mit einer Vermögensübertragung im Weg der Universalsukzession geht, weshalb in diesen Fällen – Verstaatlichung, Fusion, Auflösung infolge bestimmter umgründungsrechtlicher Vorgänge, Löschung wegen Vermögenslosigkeit – gar kein Abwicklungsbedarf besteht⁹⁶⁸. Für den Fall der Auflösung wegen rechtskräftiger Abweisung des Konkurseröffnungsantrages mangels Masse ist danach zu unterscheiden, „ob zur Gläubigerbefriedigung geeignetes bzw verteilungsfähiges Vermögen vorhanden ist oder nicht“. Gibt es Vermögen, wird die Gesellschaft abzuwickeln sein; wenn nicht, sollte das amtswegige Lösungsverfahren nach § 40 FBG eingeleitet werden⁹⁶⁹. Die Abwicklung unterbleibt ferner dann, wenn über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet wurde; dann richtet sich die weitere Vorgangsweise nach den Bestimmungen der KO.

⁹⁶⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 3.

⁹⁶⁶ Siehe zB *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 762; *Rasner* in *Rowedder*, GmbHG § 60 Rz 3.

⁹⁶⁷ OGH 23.4.1996, 1 Ob 509/96; 9.10.1997, 2 Ob 184/97s; 11.12.2007, 4 Ob 207/07f.

⁹⁶⁸ Siehe §§ 95 Abs 3, 96, § 1 Abs 2 UmwG, § 14 Abs 2 Z 2 SpaltG, § 40 Abs 1 FBG.

⁹⁶⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 17 und § 89 Rz 7.

Im Hinblick auf gesellschaftsvertragliche Auflösungsgründe sind noch allfällige statutarische Aufgriffsrechte und/oder Aufgriffspflichten zu beachten. Sieht der Gesellschaftsvertrag Kündigungsrechte vor und wird anderen Gesellschaftern oder Dritten für diesen Fall gleichzeitig ein Aufgriffsrecht eingeräumt, dann kommt es bei Ausübung dieses Rechts nicht zur Auflösung, sondern wird die GmbH als werbende Gesellschaft mit der Person, die aufgegriffen bzw erworben hat, fortgesetzt. Steht allerdings fest, dass niemand anderer den Geschäftsanteil des Ausscheidenden aufgreift, ist die GmbH zu liquidieren⁹⁷⁰.

C. Liquidatoren

Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht oder durch Gesellschafterbeschluss nichts anderes geregelt wird, treten die Geschäftsführer gemäß § 89 Abs 2 als Liquidatoren ein. Die GmbH-Geschäftsführer gelten insofern als „geborene“ Liquidatoren, welche zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden sind, sofern die Eintragung nicht ohnehin von Amts wegen erfolgt⁹⁷¹.

Die Liquidatorenbestellung kann auch durch das zuständige Firmenbuchgericht erfolgen:

- Von Amts wegen nach § 88 Abs 3 bei Missachtung der gerichtlichen Aufforderung zur Anmeldung der Gesellschaftsauflösung und nach § 94 Abs 2, wenn die Auflösung durch die Verwaltungsbehörde verfügt und gleichzeitig angeordnet wird, dass die Gesellschaftsorgane sofort ihre Tätigkeit einzustellen haben.
- Auf Antrag des Aufsichtsrates oder von Gesellschaftern, die zumindest zu 10% am Stammkapital beteiligt sind bzw deren Beteiligung einem Nennbetrag von EUR 700.000,00 (oder weniger, falls gesellschaftsvertraglich geregelt) entspricht, kann das Gericht im Außerstreitverfahren gemäß

⁹⁷⁰ OGH 3 Ob 705/29, SZ 11/228.

⁹⁷¹ Siehe dazu die Regelung nach § 89 Abs 4.

§ 89 Abs 2 Liquidatoren bestellen, sofern hierfür wichtige Gründe⁹⁷² vorliegen.

- Auf Antrag eines Beteiligten kann ein Notliquidator nach § 92 Abs 1 iVm § 15a bestellt werden. Antragslegitimiert und damit Beteiligter im Verfahren nach § 15a ist laut OGH „jeder, der ein Interesse an der ordnungsgemäßen Vertretung der Gesellschaft geltend machen kann“⁹⁷³, insbesondere die Gesellschafter⁹⁷⁴. Die Auswahl des zu bestellenden Notgeschäftsführers oder Notliquidators obliegt allerdings dem Gericht. Der Antragsteller kann eine bestimmte Person zwar vorschlagen, er hat jedoch kein subjektives Recht auf Bestellung der von ihm vorgeschlagenen Person, also auch kein Recht darauf, selbst zum Notliquidator bestellt zu werden. Allgemein sind Notgeschäftsführerbestellungen nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag vorzunehmen.

Für die Liquidatoren gelten laut § 92 Abs 1 grundsätzlich jene Bestimmungen, die auf die Geschäftsführer Anwendung finden, dh soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, entsprechen die Rechte und Pflichten der Liquidatoren jenen der Geschäftsführer, mit Ausnahme des Konkurrenzverbotes⁹⁷⁵. Die Liquidatoren haben sich gemäß § 90 Abs 2 selbst dann, wenn sie vom Gericht bestellt werden, an die Beschlüsse der Generalversammlung zu halten; sie können sohin auch durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit jederzeit wieder abberufen werden⁹⁷⁶. Sie haften iSv §§ 92 Abs 1 iVm § 25 wie Geschäftsführer⁹⁷⁷.

⁹⁷² Beispiele: „unüberbrückbare Differenzen“ mit den an sich vorhandenen Liquidatoren; „Bedenken gegen die ordnungsmäßige Durchführung der Abwicklung“ durch die vorhandenen Liquidatoren; Liquidatoren sind überhaupt nicht vorhanden (vgl dazu im Detail: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 12).

⁹⁷³ OGH 25.3.2004, 6 Ob 26/04y mwN.

⁹⁷⁴ OGH 20.1.2000, 6 Ob 125/99x; 13.7.2000, 6 Ob 129/00j; 21.5.2003, 6 Ob 250/02m.

⁹⁷⁵ Vgl § 89 Abs 5 iVm § 24.

⁹⁷⁶ Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist nur dann erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht; der Betroffene darf mitstimmen (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 17). Siehe auch § 89 Abs 3.

⁹⁷⁷ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 792. Im Liquidationsstadium könnte so eine persönliche Haftung des Liquidators für Steuerschulden schlagend werden.

D. Exkurs: Vertretungsmacht der Liquidatoren

§ 90 Abs 1 erklärt für die GmbH die §§ 149, 150 Abs 1 und 153 UGB für anwendbar. § 149 UGB regelt die Rechte und Pflichten der Liquidatoren und deren Vertretungsmacht. Nach § 149 Abs 1 letzter Satz UGB vertreten die Liquidatoren die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich; im Zuge der Einführung des UGB wurden die Worte „innerhalb ihres Geschäftskreises“ gestrichen⁹⁷⁸, wodurch die „Einschränkung der organschaftlichen Vertretungsmacht der Liquidatoren auf Abwicklungsgeschäfte“⁹⁷⁹ aufgehoben und ihre Vollmacht jener der Geschäftsführer der werbenden GmbH angeglichen worden ist⁹⁸⁰. Seit Inkrafttreten des UGB gilt daher für GmbH-Liquidatoren ebenfalls der „Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der organschaftlichen Vertretungsmacht gegenüber Dritten“⁹⁸¹ und ist diese Vertretungsmacht nach der gesetzlichen Konzeption aus Gründen der Rechtssicherheit nicht mehr kausal auf Abwicklungsgeschäfte eingeschränkt⁹⁸².

Trotzdem gilt es auch hier, inhaltliche Grenzen zu beachten, die sich in den Fällen von Kollusion, also dem Zusammenwirken von Geschäftsführer bzw Liquidator mit einem Dritten zum Nachteil der GmbH⁹⁸³, bei den Insichgeschäften⁹⁸⁴ und aus den sog Grundlagengeschäften iSv außergewöhnlichen Maßnahmen udgl ergeben können⁹⁸⁵. Ungeachtet dessen ist es *mE* richtig, die Vertretungsmacht der Liquidatoren nicht unreflektiert mit jener der Geschäftsführer des werbenden Unternehmens gleichzusetzen, sondern haben sich die von den Liquidatoren zu setzenden Maßnahmen am geänderten Gesellschaftszweck, der eben zur Vollbeendigung der Gesellschaft führen soll, zu orientieren⁹⁸⁶. Daraus folgen ganz offensichtlich Beschränkungen in Ansehungen der Tätigkeit ergeben können, zB im

⁹⁷⁸ Vgl dazu den Wortlaut von § 149 HGB.

⁹⁷⁹ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 792.

⁹⁸⁰ Siehe § 20 Abs 2, wonach die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer unbeschränkt und unbeschränkbar ist.

⁹⁸¹ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 149 Rz 1 ff.

⁹⁸² Zur Rechtslage nach HGB vgl zB OGH 5 Ob 282/05i, wbl 2006, 238.

⁹⁸³ ISe Missbrauchs der Vertretungsmacht.

⁹⁸⁴ Der Geschäftsführer/Liquidator schließt ein Geschäft im Namen der GmbH mit sich selbst ab.

⁹⁸⁵ Vgl dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 8.

⁹⁸⁶ *Krejci*, Reform-Kommentar zum UGB § 149 Rz 15.

Hinblick auf den Abschluss von Beschäftigungsverhältnissen oder das Eingehen von Mietverträgen und langfristigen Geschäftsbeziehungen usw.

E. Verfahren bis zur Schlussverteilung

Gemäß § 90 Abs 1 iVm § 149 UGB haben die Liquidatoren „*die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzutreiben, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte dürfen sie auch neue Geschäfte eingehen*“.

Nach Auflösung der GmbH haben die Geschäftsführer⁹⁸⁷ diesen Umstand gemäß § 88 sofort zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden. Inhaltlich besteht die Firmenbucheingabe darin, die Eintragung der praktisch bereits erfolgten Auflösung zu beantragen, welche im Regelfall mit dem Antrag auf Eintragung der Liquidationsfirma sowie des oder der ersten Liquidatoren verbunden wird. Das Gericht hat die Auflösung unter Angabe des Grundes vorzunehmen; diese Eintragung wirkt idR deklarativ. Die weiteren Abschnitte gliedern sich wie folgt:

1. Veröffentlichung der Auflösung, Gläubigeraufruf

Am Anfang des Liquidationsverfahrens steht die gesetzlich vorgesehene Verpflichtung des Liquidators⁹⁸⁸ gemäß § 91 Abs 1 S 3, die Gesellschaftsauflösung „*in den Bekanntmachungsblättern*“ zu veröffentlichen⁹⁸⁹, wozu jedenfalls das Amtsblatt zur Wiener Zeitung zählt⁹⁹⁰. Die Bekanntgabe der Auflösung ist mit dem sog Gläubigeraufruf zu verbinden. Der Aufruf bezweckt, dass die Gesellschaftsgläubiger ihre Ansprüche gegenüber dem abzuwickelnden Rechtssubjekt direkt beim Liquidator anzumelden und geltend zu machen haben.

⁹⁸⁷ Als problematisch erwähnenswert erscheint der Umstand, dass das Amt des Geschäftsführers an sich mit der Auflösung erlischt. Die Praxis behilft sich damit, diesen Umstand nicht einschränkend auszulegen und lässt die Anmeldung der Auflösung durch die Personen, die bisher als Geschäftsführer eingeschritten sind, zu (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 686).

⁹⁸⁸ Dies fällt jedenfalls nicht mehr in die Kompetenz des ehemaligen Geschäftsführers.

⁹⁸⁹ Diese zusätzliche Pflicht tritt also neben die Veröffentlichung der Auflösung gemäß § 88 iVm § 10 UGB.

⁹⁹⁰ Im Übrigen siehe dazu OGH 23.10.2000, 6 Ob 119/00v.

Beispiel:

„Die XY GmbH mit dem Sitz in ... wurde aufgelöst und ist in Liquidation getreten. Die Gläubiger der Gesellschaft werden aufgefordert, sich beim Liquidator NN, p. A.⁹⁹¹, zu melden“.

Darüber hinaus sind bekannte Gläubiger zusätzlich unmittelbar aufzufordern, sich beim Liquidator zu melden. Die Veröffentlichung der Auflösung samt Gläubigeraufruf setzt die gesetzlich normierte 3-monatige Sperrfrist nach § 91 Abs 3 in Gang⁹⁹². Davon vor Ablauf dieser Frist jedenfalls kein Vermögen an die Liquidationserlösanspruchsberechtigten ausgekehrt werden darf, ist es nicht unbedingt erforderlich, die Frist in den Gläubigeraufruf mit aufzunehmen. Sie beginnt mit dem Tag, an dem die letzte zu veröffentlichende Einschaltung erfolgt; sie gilt nicht als Präklusivfrist⁹⁹³.

2. Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz

Die Verpflichtung zur Aufstellung einer Bilanz „auf den Tag der Auflösung“⁹⁹⁴ der GmbH enthält § 91 Abs 1 S 1; die Bestimmungen nach § 211 Abs 2 - 5 Akt gelten sinngemäß. Es geht hier in erster Linie um die Ermittlung des Vermögens und die Feststellung der Schulden der Gesellschaft und besteht der Zweck dieser auch als „Planungsbilanz“ bezeichneten Aufstellung darin, einen „ersten Eindruck vom zu erwartenden Abwicklungsergebnis zu bekommen“⁹⁹⁵.

Der Liquidator verschafft sich über diese offenzulegende Bilanz einen Überblick über Aktiva und Passiva zu Beginn der Liquidation. Zeichnet sich bereits hier ab, dass die GmbH aller Voraussicht nach nicht über genügend Vermögen verfügt, um sämtliche

⁹⁹¹ Es ist in jedem Fall eine zustellfähige Anschrift erforderlich (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 799).

⁹⁹² *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 122. Vgl demgegenüber das Sperrjahr bei der AG nach § 213 AktG sowie das Sperrjahr für die GmbH nach deutschem Recht gemäß § 72 dGmbHG.

⁹⁹³ *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 213 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 93 Rz 17; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 718.

⁹⁹⁴ *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 122.

⁹⁹⁵ *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 211 Rz 1.

Gläubiger zu bedienen bzw stellt sich im Lauf eines Liquidationsverfahrens Überschuldung heraus, sind die Liquidatoren im Sinn sorgfaltsgemäßer Geschäftstätigkeit verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen. Wie den Geschäftsführer der werbenden GmbH trifft, den Liquidator dann gemäß § 69 Abs 2 KO die Pflicht zur rechtzeitigen Konkurseröffnung; längstens bleibt hierfür ein Zeitfenster von 60 Tagen⁹⁹⁶.

Zusätzlich geht die hA davon aus, dass ein Jahresabschluss für den der Abwicklung vorausgegangen Zeitraum aufzustellen ist⁹⁹⁷, ebenso ist ein Jahresabschluss für den Schluss eines jeden Liquidationsjahres aufzustellen.

3. Gläubigerbefriedigung, Sicherstellung

Das Gesetz schreibt nicht vor, dass die Liquidation innerhalb eines bestimmten Zeitraums abgeschlossen zu sein hat. Die zeitliche Komponente bis hin zur Vollbeendigung wird aber jedenfalls auch durch den Umstand, dass die Gläubiger zu befriedigen sind, dass Verbindlichkeiten erfüllt und Forderungen eingezogen werden müssen, bestimmt werden. In aller Regel wird die GmbH Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses, zB eines Bestandverhältnisses, sein. Dann gilt es schon zu überlegen, wie dieses Rechtsverhältnis im Hinblick auf den Abwicklungszweck wirtschaftlich sinnvoll beendet werden kann bzw werden sich im Hinblick auf Kündigungsfristen und Termine zu beachtende Vorgaben ergeben⁹⁹⁸. Auch in Ansehung von Versicherungsverträgen muss beachtet werden, dass die entgegen der ursprünglich eingegangenen Vertragsdauer vorzeitig erklärte Kündigung mit Dauerrabatrückforderungen verbunden sein und zu nicht unerheblichen finanziellen Belastungen führen kann⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ *Ginthoer & Partner/Hasch & Partner*, Der GmbH-Geschäftsführer (2006) Rz 383.

⁹⁹⁷ *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 122.

⁹⁹⁸ In einem solchen Fall könnte eine Aufkündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt sein. Man denke an den Fall, dass eine GmbH ein Bestandverhältnis mit einem zeitlich grundsätzlich wirksamen Kündigungsverzicht abgegeben hat.

⁹⁹⁹ § 8 Abs 3 VVG.

Bezüglich der zu tilgenden Schulden gilt es fällige, unstrittige Verbindlichkeiten, die iSv § 91 Abs 2 S 1 mit im Auflösungszeitpunkt vorhandenen und während des Liquidationsverfahrens eingehenden Geldern zu tilgen sind, sowie diejenigen, die iSv § 91 Abs 2 Satz 2 nicht innerhalb der Sperrfrist geltend gemacht wurden, von jenen Verbindlichkeiten zu unterscheiden, die noch nicht fällig oder strittig bzw schwebend sind¹⁰⁰⁰. Während Gesellschaftsgläubiger, die sich mit ihren fälligen Forderungen bei den Liquidatoren melden, Anspruch auf Befriedigung haben, sind für die zuletzt genannte Gruppe von Forderungen Beträge zurückzubehalten, welche nicht an die Gesellschafter verteilt werden dürfen¹⁰⁰¹. Nach dem Wortlaut des Gesetzes können gemäß § 91 Abs 4 „*nicht behobene Beträge*“ bei Gericht hinterlegt werden; für nicht fällige, bestrittenen oder schwebende Forderungen müsste anderweitig Sicherheit geleistet werden¹⁰⁰². Dieser Anspruch ist laut Lehre mittels Klage und einstweiliger Verfügung auf streitigem Rechtsweg durchzusetzen¹⁰⁰³.

Das Gesetz schreibt auch nicht vor, in welcher Reihenfolge die Gläubiger zu befriedigen sind. Die Liquidatoren sind auch nicht verpflichtet, die sich bei ihnen meldenden Gläubiger im selben Verhältnis (konkursmäßig) zu bedienen. Dies kann zu Ausfällen für erst später auftretende Gläubiger führen, wenn noch während der Abwicklung der Konkurs eröffnet werden muss¹⁰⁰⁴.

Vorab nicht bekannte Gläubiger, die sich auf einen ordnungsgemäß publizierten Gläubigeraufruf hin beim Liquidator melden, sind grundsätzlich auch noch nach Ablauf der 3-Monatsfrist zu befriedigen, weil die Sperrfrist eben nicht als Präklusivfrist gilt und grundsätzlich das gesamte Gesellschaftsvermögen zur Gläubigerbefriedigung heranzuziehen ist. Wurde nun bereits zulässigerweise mit der Verteilung von Gesellschaftsvermögen begonnen, so ist die Verteilung zwar zu

¹⁰⁰⁰ Dazu zählen solche aus laufenden Geschäften; sie sind nach Eintritt der Fälligkeit zu befriedigen (*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 716).

¹⁰⁰¹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 717.

¹⁰⁰² ZB in Form eines Bürgen oder im Rahmen von Pfandbestellungen (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 11); sind Forderungen ohnehin – zB hypothekarisch – gesichert, ist keine zusätzliche Sicherheit erforderlich, denn dies würde *mE* über den Zweck der Bestimmung hinausgehen.

¹⁰⁰³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 717.

¹⁰⁰⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 718.

unterbrechen und sind auch die verspäteten Gläubiger zu befriedigen bzw sicherzustellen¹⁰⁰⁵, jedoch nur sofern bzw soweit eben zu diesem Zeitpunkt dann tatsächlich noch nicht ausgekehrtes Vermögen vorhanden ist. Somit besteht also das Risiko, dass der Gläubiger, der zu spät kommt, leer ausgeht¹⁰⁰⁶. Aufgrund des Trennungsprinzips können Gläubiger unbekannter Forderungen, die sich verspätet gemeldet haben, auch nicht gegen die Gesellschafter vorgehen, denen insofern zu Recht Gelder ausbezahlt worden sind. Ein Verstoß gegen das GmbH-rechtliche Ausschüttungsverbot liegt dann nämlich nicht vor¹⁰⁰⁷.

4. Verteilung des Liquidationserlöses – Der Gesellschafter als Gläubiger der GmbH

Frühestens nach Ablauf der 3-monatigen Sperrfrist darf mit der Verteilung von Gesellschaftsvermögen an die Auszahlungsberechtigten begonnen werden, dies unter der weiteren Voraussetzungen, dass bekannte Gläubiger befriedigt bzw die Gläubiger strittiger oder noch nicht fälliger Forderungen sichergestellt wurden¹⁰⁰⁸. Übersteigen die Aktiva die Passiva so kann der Überschuss gemäß § 91 Abs 3 nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, „*unter die Gesellschafter*“ verteilt werden. Davor sind Steuern und die Kosten des Liquidationsverfahrens zu berichtigen.

5. Anspruch auf die Liquidationsquote

Die Gesellschafter haben einen quotenmäßigen Anspruch auf den Liquidationserlös nach dem Verhältnis der eingezahlten – nicht der übernommenen – Stammeinlagen¹⁰⁰⁹, dh sie erhalten vom Liquidationsüberschuss entsprechend ihrer tatsächlichen Leistung auf die Stammeinlage einen bestimmten Teil. Der Anspruch entsteht nach Ablauf der Sperrfrist bei Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁵ Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 446.

¹⁰⁰⁶ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 718; OGH 25.9.1923, 1 Ob 548/23.

¹⁰⁰⁷ Geist in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 213 Rz 2.

¹⁰⁰⁸ Das bloße Ablauf der Sperrfrist genügt also nicht (Geist in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 213 Rz 2).

¹⁰⁰⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 91 Rz 15; vgl dazu auch die Gewinnverteilungsvorgaben nach § 82 Abs 2.

¹⁰¹⁰ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 719.

(insb Befriedung bzw Sicherstellung der Gläubiger), richtet sich gegen die Gesellschaft und besteht ex lege in Geld¹⁰¹¹.

Dieses gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche „Recht auf das anteilige Liquidationsguthaben“ wird zutreffend als ein „*unentziehbares Gläubigerrecht aus dem Gesellschaftsverhältnis*“ (der Gesellschafter als Gläubiger der GmbH) verstanden¹⁰¹². Sämtliche Zahlungen, die als Liquidationsquote zulässigerweise an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, stellen keinen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 83 Abs 1 dar und sind die Gesellschafter daher niemandem gegenüber verpflichtet, rechtmäßig Erhaltenes zurückzuzahlen; und zwar eben auch dann nicht, wenn ein verspätet auftretender Gläubiger unbekannterweise übergangen worden ist¹⁰¹³. *ME* ist dies legitim, denn sonst wäre die Sperrfrist obsolet und würde es zu unnötiger Rechtsunsicherheit bei den Gesellschafter führen.

Nach Abschluss der eigentlichen Tätigkeit des Liquidators hat dieser eine Liquidationsschlussbilanz aufzustellen¹⁰¹⁴. Ist die Liquidation beendet, endet auch das Geschäftsjahr. Der sich auf Basis dieser Schlussbilanz ergebender Liquidationsgewinn kann letztlich verteilt werden.

6. Liquidationsschlussrechnung

Die Vermögensverteilung soll noch vor Erstellung der im GmbHG an sich nicht mehr vorgesehenen Liquidationsschlussrechnung erfolgen¹⁰¹⁵. Die Aufstellung einer solchen Schlussrechnung ist für den Liquidator insofern vorteilhaft, als diese dem Gesellschafterbeschluss auf Entlastung des Liquidators zugrunde gelegt werden kann und so einen Nachweis dafür bildet, dass die Gesellschafter mit der Verteilung

¹⁰¹¹ *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 125.

¹⁰¹² *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 72 Rz 3.

¹⁰¹³ Dazu krit *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 92 Rz 18.

¹⁰¹⁴ *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 125.

¹⁰¹⁵ *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 125; siehe auch § 214 AktG.

einverstanden sind¹⁰¹⁶. In der Sache selbst handelt es sich um eine gesellschaftsinterne Abrechnung über das versilberte Vermögen.

7. Entlastung des Liquidators

Die Entlastung iSv § 93 Abs 1 ist Voraussetzung für die Löschung der GmbH im Firmenbuch. Die Liquidation gilt als beendet, wenn kein verteilungsfähiges Vermögen mehr vorhanden ist¹⁰¹⁷. Verweigern die Gesellschafter dem Liquidator die beschlussmäßige Entlastung kann die GmbH im Firmenbuch nicht gelöscht werden und müsste der Liquidator dann seinerseits die Gesellschafter auf Entlastung klagen. Regelmäßig werden die Gesellschafter die Entlastung dann nicht erteilen, wenn sie wissen oder zumindest vermuten, dass noch Vermögen vorhanden ist; aus diesem Aspekt erklärt sich der Sinn dieser Vorgabe¹⁰¹⁸.

8. Löschung der GmbH aus dem Firmenbuch

Es ist Aufgabe des oder der Liquidatoren in jeweils vertretungsbefugter Zahl¹⁰¹⁹, um Löschung der GmbH im Firmenbuch anzusuchen. Die Gesellschafter selbst sind hingegen nicht antragsberechtigt. Das Firmenbuchgesuch auf Löschung hat zu enthalten:

- Erklärung des oder der Liquidatoren, dass die Abwicklung beendet ist;
- Nachweis über die erteilte Entlastung;
- Angabe, wem nach § 93 Abs 3 die Bücher und Schriften zur Aufbewahrung übergeben wurden;
- Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes für Körperschaften nach § 160 Abs 3 BAO; und

¹⁰¹⁶ Puchinger/Goess, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, ecolex 2005, 126.

¹⁰¹⁷ OGH 15.12.1999, 6 Ob 205/99m.

¹⁰¹⁸ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 805.

¹⁰¹⁹ Die Lehre ist sich nicht einig, ob es sich um sämtliche Liquidatoren handeln muss, oder ob das Einschreiten in vertretungsbefugter Zahl ausreicht. Faktisch werden wohl sämtliche Liquidatoren an der Löschung der GmbH mitzuwirken haben, denn schließlich ist deren (nämlich aller) Erklärung, dass die Liquidation beendet ist, ebenfalls Voraussetzung für die Löschung, weshalb auch *mE* das Firmenbuchgesuch von allen Liquidatoren mit zu unterfertigen sein wird (*Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 807).

- Belegblätter über die Veröffentlichung der Auflösung samt Gläubigeraufruf¹⁰²⁰.

Ein Nachweis, dass sämtliche Schulden bezahlt worden sind, muss dagegen nicht erbracht werden. Die Liquidation ist beendet, wenn es nichts mehr zu liquidieren gibt¹⁰²¹. Aus dem Grund ist es laut Jud auch nicht notwendig und muss daher auch nicht nachgewiesen werden, dass alle Schulden bezahlt worden sind¹⁰²². Diese im Grund undogmatische Begründung ist rein praxisorientiert und *mE* insofern vertretbar, als die Löschung zulässig sein muss, wenn nichts mehr zu verteilen übrig ist und die Gesellschaft als vollbeendet gilt.

9. Exkurs: Löschung der beklagten GmbH während eines Prozesses

Den Einwand einer beklagten GmbH, die während eines Passivprozesses gelöscht worden ist, was angeblich zum Verlust von deren Passivlegitimation geführt habe, nahm ein verstärkter Senat des OGH 1998 zum Anlass, die bis zu dem Zeitpunkt uneinheitliche Jud klarzustellen und formulierte das Höchstgericht folgende Rechtssätze¹⁰²³:

„Wird die beklagte Kapitalgesellschaft während eines anhängigen Prozesses gelöscht, ist das Verfahren auf Begehren des Klägers fortzusetzen. Strebt der Kläger hingegen nicht die Fortsetzung des Verfahrens gegen die gelöschte Gesellschaft an, ist die Klage zurückzuweisen und das bisherige Verfahren für nichtig zu erklären“.

Insofern wurde also klar gestellt, dass selbst eine als vollbeendet anzusehende Gesellschaft, weil vermögenslos und gelöscht, noch parteifähig sein kann, sofern eben der Kläger auf die Fortsetzung des Verfahrens besteht. In einer späteren E hat der OGH dazu dann weiter festgehalten, dass es in beiden Fällen sachgemäß sei, dem Kläger zwar das Recht zu geben, das Verfahren fortzusetzen, er soll aber nicht

¹⁰²⁰ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 800.

¹⁰²¹ *Puchinger/Goess*, Leitfaden zur Liquidation kleiner GmbHs, *ecolex* 2005, 126.

¹⁰²² Siehe OLG Wien 16.8.1982, 5 R 156/82.

¹⁰²³ OGH 8 ObA 2344/96f (verst Senat), RdW 1999, 143.

dazu gezwungen sein¹⁰²⁴. Von einer Fortsetzung des Verfahrens wird der Kläger in der Praxis in erster Linie dann Abstand nehmen, wenn davon auszugehen ist, dass die GmbH ohnehin vermögenslos ist, denn dann wird ein die Gesellschaft verpflichtender Titel nicht exekutierbar sein und die Verfolgung des Anspruchs durch den Kläger diesem letztlich nur weitere, nicht einbringlich zu machende Kosten verursachen. Wird die Klage hingegen gegen eine GmbH erhoben, die bereits als vollbeendet anzusehen ist, mangelt es an der Prozessvoraussetzung der Parteifähigkeit und die Klage ist zurückzuweisen¹⁰²⁵.

Aus Sicht der aktiv klagenden GmbH ist im Hinblick auf die Lehre vom Doppeltatbestand *mE* klar, dass der Umstand der Löschung in dem Fall deshalb nicht zum Verlust der Parteifähigkeit führen wird, weil schon im klageweise geltend gemachten Anspruch ein potentieller Vermögenswert gesehen werden kann¹⁰²⁶; ebenso im Kostenersatzanspruch der obsiegenden (obwohl schon gelöschten) GmbH als Partei¹⁰²⁷.

F. Vollbeendigung

Im Sinn der Lehre vom Doppeltatbestand bewirkt die Löschung aus dem Firmenbuch nur dann den Untergang des Rechtssubjektes GmbH, wenn die Gesellschaft gleichzeitig vermögenslos ist. Die Firmenbucheintragung wirkt nur deklarativ. Solange noch verwertbares Vermögen vorhanden ist, mag dieser Umstand auch nicht bekannt sein, ist die gelöschte GmbH noch existent¹⁰²⁸. Dies ist in Lehre und Jud völlig unstrittig. Entscheidend ist dabei der Umstand, dass das Vermögen eben tatsächlich noch verwertbar sein muss; uneinbringliche, aber bestehende Forderungen zählen ebenso wenig dazu, wie zB kontaminierte Grundstücke oder Autowracks¹⁰²⁹.

¹⁰²⁴ OGH 7 Ob 167/05t, *ecolex* 2006, 37.

¹⁰²⁵ OGH 28.4.2005, 8 ObA 47/04a.

¹⁰²⁶ So auch *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 810.

¹⁰²⁷ OGH 2 Ob 518/91, *GesRZ* 1991, 225 = *RdW* 1991, 233; dazu ausführlich *Heinke*, *Der Tod im Zivilprozess* 39 ff.

¹⁰²⁸ *Eller*, *Liquidation der GmbH* Rz 80.

¹⁰²⁹ Siehe dazu ausführlich *K. Schmidt* in *Scholz*, *GmbHG* II⁹ § 74 Rz 12 und 14.

G. Exkurs: Nachtragsliquidation

1. Allgemeines

Gemäß § 93 Abs 5 ist eine Wiederaufnahme der Liquidation möglich, wenn nachträglich der Verteilung unterliegendes (verwertbares) Vermögen „hervorkommt“ und beim Firmenbuchgericht der mittlerweile gelöschten GmbH von einem dazu Berechtigten ein entsprechender Antrag eingebracht wird.

Der Zweck der Vorschrift erhellt sich daraus, dass Vermögen, welches an sich zu verteilen oder zur Gläubigerbefriedigung heranzuziehen wäre und erst nach Löschung hervorkommt¹⁰³⁰, dem jeweils Berechtigten – hier ist nicht bloß an die ehemaligen Gesellschafter zu denken, sondern auch an Gläubiger – nicht eo ipso zufällt, sondern im Rahmen eines speziellen Verfahrens, nämlich der Nachtragsliquidation, zugeteilt werden muss¹⁰³¹. Im Hinblick auf die Rechtssubjektivität bedeutet dies, dass die GmbH in einem solchen Fall nicht als vollbeendet anzusehen ist bzw zumindest vorübergehend wieder als rechts- und parteifähig betrachtet werden muss. Konsequenterweise wird also dann davon auszugehen sein, dass die GmbH nur scheinbar vollbeendet war¹⁰³² und können deshalb die allgemeinen für die Liquidation anwendbaren Vorschriften herangezogen werden¹⁰³³.

2. Voraussetzungen

a. Antrag eines Beteiligten

Ein Nachtragsliquidationsverfahren wird nur auf Antrag eines „*Beteiligten*“ eingeleitet. Dies kann ein Gesellschafter, ein Gesellschaftsgläubiger, allgemein „jeder sein, der Kenntnis von verteilungsfähigem Vermögen oder sonst ein rechtliches Interesse daran hat, dass die GmbH wieder ins Liquidationsstadium eintritt¹⁰³⁴. Zur

¹⁰³⁰ Der Grund, warum es nicht verteilt wurde spielt im Hinblick auf die Zulässigkeit der Nachtragslegitimation keine Rolle (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 93 Rz 12).

¹⁰³¹ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 816.

¹⁰³² *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 74 Rz 23.

¹⁰³³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 721.

¹⁰³⁴ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 812.

Antragstellung ist also jeder berechtigt, der ein Interesse an Verwertung, Befriedigung oder Verteilung von vorhandenem Gesellschaftsvermögen hat¹⁰³⁵.

Inhaltlich ist der Antrag auf „Wiederaufnahme der Liquidation“ zu richten, verbunden mit dem Begehren auf Wieder- bzw. Neueinsetzung der einstigen Liquidatoren oder Bestellung neuer Abwickler¹⁰³⁶. Zu beachten ist, dass einem ehemaligen Gesellschafter weder Parteistellung im Verfahren auf Einleitung noch Rechtsmittellegitimation gegen den Beschluss auf Bestellung eines Nachtragsliquidators zukommt¹⁰³⁷. Eine Wiedereintragung der GmbH ins Firmenbuch ist jedenfalls gesetzlich nicht vorgesehen, was sich mit der bloß deklaratorischen Wirkung der Eintragung erklären lässt; es kann aber beantragt werden¹⁰³⁸.

b. Bescheinigung von verteilungsfähigem Vermögen

Weitere gesetzliche Voraussetzung für eine Nachtragsliquidation ist die Bescheinigung eines als verwertbar anzusehenden Vermögens, wobei den Antragsteller die Behauptungs- und Bescheinigungslast¹⁰³⁹ trifft.

Strittig ist, ob auch andere Umstände, also nicht nur verteilungsfähige Aktiva, die Einleitung einer Nachtragsliquidation rechtfertigen können; zu denken wäre insb an bestimmte „Abwicklungsmaßnahmen iSv nicht notwendigerweise vermögensrechtlichen Maßnahmen“¹⁰⁴⁰. Dies wird im dt Rechtsbereich *mE* vollkommen zu Recht als zulässig anerkannt, wenn ein „zwingendes rechtliches

¹⁰³⁵ So bereits OGH 6 Ob, 12/91, SZ 64/134; siehe weiters: OGH 22.2.2001, 6 Ob 19/01i und 6 Ob 274/00p.

¹⁰³⁶ *Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, Muster 31.201 und 31.202.

¹⁰³⁷ Siehe OGH 16.2.2006, 6 Ob 13/06i.

¹⁰³⁸ In Deutschland wird hingegen einhellig die Meinung vertreten, dass die Gesellschaft als „Nachtrags-Liquidations-GmbH“ wieder ins Firmenbuch einzutragen ist (siehe *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 74 Rz 23 mwN). Für Österreich siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 93 Rz 15.

¹⁰³⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 721; OGH 22.2.2001, 6 Ob 19/01i; *Fritz*, GmbH-Praxis I, Vertragsmuster und Eingaben, 1387 (Muster 1.3211 - 1.3237).

¹⁰⁴⁰ Beispiele: Arbeitszeugnisse, zu bewirkende Zustellungen, grundbücherliche Löschungen (vgl *Eller*, Liquidation der GmbH Rz 163). Für weitere Fallbeispiele siehe ebenfalls *Eller*, Liquidation der GmbH Rz 167 ff.

Bedürfnis“ besteht¹⁰⁴¹. Schon aus praktischen Gründen sollte eine Nachtragsliquidation *mE* nicht auf den gesetzlichen Fall des nachträglichen Hervorkommens von Vermögen beschränkt werden, sondern sollte es zulässig sein, eine Nachtragsliquidation zur Durchführung einzelner Abwicklungsmaßnahmen einzuleiten. So auch *Umfahrer*¹⁰⁴² unter Bezugaufnahme auf die dt Lehre und Jud, der als Beispiel die Löschung eines Pfandrechtes erwähnt, was zudem praktisch recht häufig vorkommt. *K. Schmidt* lehnt hier den Umstand, dass ein unbekannter Gläubiger, der (unbekannterweise) unberücksichtigt geblieben ist, nachträglich Forderungen geltend machen will, übrigens als unzureichend ab¹⁰⁴³, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen im Hinblick auf die Verteilung von Gesellschaftsvermögen eingehalten worden sind¹⁰⁴⁴.

3. Verfahren

In der Sache selbst geht es im Rahmen der Nachtragsliquidation um die nachträgliche Abwicklung des nunmehr hervorgekommenen Vermögens bzw um die Vornahme der sonstigen Abwicklungsmaßnahme nicht vermögensrechtlicher Natur, sofern man dies als einer Nachtragsliquidation zugänglich anerkennt. Ein neuerlicher Gläubigeraufruf findet laut *Reich-Rohrwig* nicht statt¹⁰⁴⁵. Über die Durchführung und den Abschluss der Nachtragsliquidation hat der (Nachtrags-)Liquidator dem Firmenbuchgericht entsprechend Mitteilung zu machen¹⁰⁴⁶.

Danach ist die GmbH erloschen; sollte irgendwann einmal wieder Vermögen dieses Rechtssubjektes hervorkommen, spricht *mE* nichts dagegen, erneut eine Nachtragsliquidation durchzuführen. Eine Fortsetzung der gelöschten GmbH kann auch im Rahmen einer Nachtragsliquidation nicht mehr erfolgen¹⁰⁴⁷, denn der Zweck

¹⁰⁴¹ *Eller*, Liquidation der GmbH Rz 162 f.

¹⁰⁴² *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 811; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 721.

¹⁰⁴³ *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II⁹ § 74 Rz 21.

¹⁰⁴⁴ *Eller*, Liquidation der GmbH Rz 174.

¹⁰⁴⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 722; so auch *Eller*, Liquidation der GmbH 86.

¹⁰⁴⁶ *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 816.

¹⁰⁴⁷ OGH 26.1.2006, 6 Ob 216/05s

der wiedereröffneten Liquidation besteht darin, die Vollbeendigung herbeizuführen¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁸ K. Schmidt in Scholz, GmbHG II⁹ § 74 Rz 23; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 93 Rz 15.

ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE

Abschließend werden die wichtigsten Erkenntnisse und Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung zusammengefasst¹⁰⁴⁹:

Grundlegendes

Auch die GmbH als ein von der natürlichen Person verschiedener Träger von Rechten und Pflichten durchlebt im Lauf der Zeit verschiedene Stadien des Seins. Die errichtete und durch Eintragung ins Firmenbuch entstandene Gesellschaft wird zwar idR auf Dauer geschaffen, doch gibt es keine (statutarisch) ewige Gesellschaft. Deshalb muss sie auflösbar und voll zu beendigen sein können. Die Begriffspaare „Errichtung/Entstehung“ und „Auflösung/Vollbeendigung“ stehen einander gegenüber. So wie es Unterschiede zwischen der Vorgesellschaft und der GmbH als juristischer Person nach Firmenbucheintragung gibt, sind Auflösung und Vollbeendigung strikt von einander zu trennen. Die Auflösung bezeichnet den Übergang der werbenden in jenen der abzuwickelnden Gesellschaft; an der ursprünglichen Rechtspersönlichkeit ändert sich dadurch aber nichts. Ist die Gesellschaft aufgelöst, existiert sie idR noch, es sei denn, dass speziell kein Abwicklungsbedarf gegeben ist. Vollbeendigung bedeutet den Untergang der GmbH als Rechtssubjekt. Dafür müssen nach der Lehre vom Doppeltatbestand kumulativ Vermögenslosigkeit gegeben und die Löschung im Firmenbuch erfolgt sein. Solange Vermögen vorhanden ist, gibt es die GmbH (noch), mag sie auch schon (von Amts wegen) gelöscht worden sein. Vermögenslosigkeit ohne Löschung bewirkt dagegen weder Auflösung, weil das allein kein Auflösungstatbestand ist, noch Vollbeendigung.

Systematisches

§ 84 Abs 1 zählt jene Auflösungsgründe auf, nach denen es im Regelfall zur Liquidation der Gesellschaft iSv § 89 Abs 1 kommt. Aus systematischer Sicht wäre es *mE* konsequent gewesen, den Fusionsbeschluss und die Konkurseröffnung, wie

¹⁰⁴⁹ Anmerkung des Verfassers: Zur Vermeidung von Wiederholungen sind Quellenangaben in diesem Kapitel nicht erneut angeführt!

überhaupt alle Auflösungsgründe, die nicht zur Liquidation führen bzw jene Tatbestände, bei denen es zu einem Vermögensübergang von der GmbH auf einen Nachfolgerechtsträger im Weg der Universalsukzession kommt – wo also kein Bedarf für ein Liquidationsverfahren vorhanden ist -, nicht im Katalog des § 84 Abs 1 zu nennen.

Im Sinn einer ordentlichen Strukturierung hätte man die Regelung des ehemaligen § 1 AmtsLG im Rahmen der Aufhebung dieses Gesetzes *mE* in das GmbHG und dort bestenfalls in § 84 Abs 1 übernehmen sollen. Die Überführung der Norm des ehemaligen § 1 AmtsLG in das Firmenbuchrecht erscheint allerdings insofern konsequent, als vom Anwendungsbereich der Folgenorm § 39 FBG nunmehr „jede in das Firmenbuch einzutragende Gesellschaft“ umfasst ist, somit nicht bloß Kapitalgesellschaften, sondern auch O(H)G, KG und EWIV in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen. Andererseits ist die inhaltlich korrespondierende Norm im AktG auch Bestandteil des „klassischen“ Auflösungsparagrafen und in § 203 Abs 1 Z 4 AktG geregelt, weshalb die Übernahme in den Katalog des § 84 Abs 1 zumindest gerechtfertigt gewesen wäre.

Ähnlich verhält es sich prinzipiell bei der Löschung nach § 40 FBG wegen Vermögenslosigkeit. Nach den *verba legalia* gilt die Gesellschaft mit der Löschung zwar als aufgelöst, was grundsätzlich für Aufnahme in § 84 Abs 1 spricht. In Zusammenhalt mit den Vorgaben der Lehre vom Doppeltatbestand wird aber eine Auflösung durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit regelmäßig – aber nicht zwingend - zur Vollbeendigung der GmbH führen. Ist nämlich tatsächlich noch Vermögen vorhanden, besteht die GmbH trotz Löschung weiter. Daher passt die Bestimmung *mE* besser in das FBG, als in § 84 Abs 1.

Die Normen des § 10 Abs 2 und Abs 3 FBG beziehen sich auf das Löschen per Beschluss bzw die Eintragung der Nichtigkeit von Kapitalgesellschaften im Allgemeinen und erfolgt das Einschreiten des Firmenbuchgerichts hier von Amts wegen oder allenfalls auf Initiative von dritter Seite im Interesse der Vollständigkeit und Richtigkeit der Publizität des Firmenbuchs und sind diese Tatbestände somit zu Recht im FBG verankert.

Auflösungsgründe und Vollbeendigung nach dem GmbHG

Als Auflösungsgrund nach § 84 Abs 1 Z 1 gilt ausschließlich der Ablauf der im Gesellschaftsvertrag ursprünglich vereinbarten oder nachträglich eingefügten, hinreichend bestimmten Zeit (echte Zeitbegrenzung). Die Auflösung, die hier ipso iure ohne zusätzlich erforderlichen Beschluss eintritt, muss zum Firmenbuch angemeldet werden; diese Eintragung hat, außer in den Fällen, wo es sich um eine Satzungsänderung handelt, rechtsbezeugenden Charakter.

Der Auflösungsbeschluss nach § 84 Abs 1 Z 2, in dem der Wille zur Dissolution klar und deutlich erkennbar sein muss, kann als Grundlagenentscheidung nur von den Gesellschaftern gefasst werden und muss notariell beurkundet werden. Die notarielle Beurkundung ist Wirksamkeitsvoraussetzung und bedingt, dass der Beschluss nicht schriftlich gefasst werden kann. Ein Formmangel führt zur (absoluten) Nichtigkeit des Beschlusses, welche jedoch mit Firmenbucheintragung heilt. Wird ein mit einem Formmangel behafteter Auflösungsbeschluss erfolgreich mittels Klage angefochten, wird er ex tunc beseitigt und das Firmenbuchgericht wird die für nichtig erklärte Eintragung von Amts wegen zu löschen und entsprechend zu veröffentlichen haben. Die einfache Mehrheit reicht zur Beschlussfassung aus, sofern das Konsensquorum nicht gesellschaftsvertraglich hinauf gesetzt worden ist; die obligatorische Firmenbucheintragung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung und wirkt deklarativ. Der Auflösungsbeschluss als solcher stellt keine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar. Ist ausnahmsweise eine Statutenänderung Voraussetzung für das Beschließen einer Auflösung, muss diese vorher wirksam geworden sein. Einer eigenen sachlichen Rechtfertigung bedarf der nach den gesetzlichen bzw. statutarischen Vorgaben rechtsgültig zustande gekommene Auflösungsbeschluss nicht. Der Minderheitsgesellschafter kann sich gegen eine ungewollte Auflösung durch das Festlegen von bestimmten Quoren oder Einräumung von Zustimmungs- oder Aufgriffsrechten im Vertrag schützen.

Bei der Fusion (Sv) § 84 Abs 1 Z 3 geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft unter Ausschluss des Abwicklungsverfahrens auf die übernehmende Gesellschaft als deren Gesamtrechtsnachfolgerin über. Die übertragende(n) GmbH(en) gilt/gelten bereits mit dem rechtswirksamen Zustandekommen des

Fusionsbeschlusses als aufgelöst. Die Eintragung der Fusion ins Firmenbuch führt zum Erlöschen und damit zur Vollbeendigung der übertragenden GmbH(en). Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass der Auflösungszeitpunkt und jener, in dem Vollbeendigung eintritt, im Fall einer Verschmelzung nicht exakt zusammenfallen, denn Zeit und Ort des Fassens des Verschmelzungsbeschlusses in der Generalversammlung werden sich regelmäßig vom Zeitpunkt der Anmeldungen (!) der Fusion zur Eintragung ins Firmenbuch durch die Geschäftsführer sämtlicher beteiligter Gesellschaften und erst recht vom Vollzug der firmenbuchgerichtlichen Verfügung im Register unterscheiden.

Die GmbH wird gemäß § 84 Abs 1 Z 4 durch Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen per Beschluss des Konkursgerichtes aufgelöst. Das Konkursgericht hat die Konkurseröffnung von sich aus dem Firmenbuchgericht mitzuteilen; die Geschäftsführung der GmbH trifft diesbezüglich keine Mitwirkungspflicht. Der Masseverwalter tritt hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Gesellschaftsvermögens an die Stelle der Geschäftsführung. Sofern das Unternehmen nicht (zumindest vorübergehend) fortgeführt wird, ist es zu verwerten. Anstelle des Liquidationsverfahrens nach dem GmbHG wird die GmbH nach der KO abgewickelt. Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung können als die eigentlichen Konkursgründe angesehen werden. Zu einer Abweisung des Konkursantrages mangels kostendeckenden Vermögens per Gerichtsbeschluss kommt es bei der GmbH nur dann, wenn weder die Gesellschaft selbst über Vermögen verfügt bzw der Kostenvorschuss für die Anlaufkosten in Höhe von ca EUR 4.000,00 auch von den (ehemaligen) Geschäftsführern nicht einbringlich zu machen ist, noch der antragstellende Gläubiger einen entsprechenden Vorschuss zahlt. Auch so kann es zur Auflösung der Gesellschaft kommen.

Die laut § 84 Abs 1 Z 5 zuständige Verwaltungsbehörde kann jede GmbH mittels Bescheid im Verwaltungsverfahren auflösen, wenn die Gesellschaft die Grenzen ihres gesetzlichen determinierten Wirkungsbereiches verletzt; wenn die Geschäftsführung gerichtlich strafbare Handlungen von gewisser Schwere für das Gemeinwohl setzt, oder wenn dem GmbH-Kreditinstitut nach den Voraussetzungen des BWG die Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften entzogen wird. Hier wird

also in erster Linie auf die Tätigkeit des in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmens abgestellt und kann in besonders schwerwiegenden Fällen im Auflösungsbescheid zusätzlich angeordnet werden, dass die GmbH ihre Tätigkeit sofort einzustellen hat.

Die gesetzlichen Vorgaben für einen die GmbH auflösenden Beschluss des Handelsgerichts iSv § 84 Abs 1 Z 6 finden sich auf zwei Gesetzesstellen verteilt. Einerseits ermächtigt § 40 FBG zur Löschung infolge Vermögenslosigkeit, andererseits regelt § 10 Abs 2 FBG die Auflösung durch Fassen eines Lösungsbeschlusses, wenn es der Eintragung an einer wesentlichen Voraussetzung mangelt, sowie § 10 Abs 3 FBG die Nichtigkeitklärung der Gesellschaft unter analoger Heranziehung von § 216 Abs 1 AktG vor. Der Unterschied zwischen den Regelungen besteht darin, dass dem Gericht im Rahmen von Abs 3 leg cit („*hat*“) im Gegensatz zu Abs 2 leg cit kein Ermessen eingeräumt ist. Darüber hinaus verdrängt § 10 Abs 3 FBG laut den Gesetzesmaterialien § 10 Abs 2 FBG in dessen Anwendungsbereich. Gemeinsam ist den Regelungen nach § 40 FBG und § 10 FBG, dass sie nie auf Antrag der Gesellschaft bzw direkt auf Initiative von Gesellschaftern eingeleitet werden können. Die Lösungsanträge bzw der Antrag auf Nichtigkeitklärung werden entweder von Amts wegen oder von gesetzlich dazu aktivlegitimierten Behörden bzw der Interessensvertretung eingebracht. Den Lösungs- oder den Nichtigkeitsbeschluss fasst das Handelsgericht in Firmenbuchangelegenheiten, wodurch die GmbH aufgelöst und idR als vollbeendet anzusehen ist. *ME* tritt die Auflösung in beiden Fällen mit Rechtskraft des jeweiligen Beschlusses ein. Nichts anderes kann für § 10 Abs 3 FBG gelten, mag der Eintragungsinhalt eines derartigen Beschlusses auch anders lauten.

Die praktische Bedeutung der freiwilligen Vermögensübertragung auf die öffentliche Hand iSv § 95 GmbHG ist gering. Dies hängt wohl damit zusammen, dass die aufgezeigten Vorgänge darauf hinauszulaufen haben, dass derart verstaatlichte Unternehmen ins direkte Eigentum des Bundes (bzw der Länder oder Gemeinden) als Einzelunternehmer zu übertragen wären, während sich der Staat sonst der zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen privatrechtlicher Natur bedienen kann, was zweifellos einen nicht undeutenden Vorteil darstellt. Inhaltlich betrachtet geht es

bei beiden Varianten der Verstaatlichung um die Vollbeendigung der GmbH unter Ausschluss der Abwicklung. Für ein eigenes, zeitlich abgrenzbares Auflösungsstadium ist kein Platz.

Auflösung und Vollbeendigung in bzw nach anderen Gesetzen

Die GmbH ist mit Rechtskraft des Beschlusses im Konkursverfahren, mit dem der Konkursantrag mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird (Gattungszeichen „Se“), nach § 39 FBG aufgelöst. Beim Firmenbuchgericht wird diese Rechtstatsache als Geschäftsfall erfasst und die entsprechende Eintragung im Register verfügt. Die Eintragung kann nur deklarativen Charakter haben, denn die materiellen und formellen Voraussetzungen des die Auflösung bewirkenden Beschlusses werden und müssen bereits vom Konkursgericht geprüft werden. Einwände gegen die Rechtskraft des konkursverfahrensrechtlichen Beschlusses im Rekursverfahren beim Firmenbuch gegen den Eintragungsbeschluss sind laut OGH nur ausnahmsweise zu berücksichtigen und werden nur dann erfolgreich sein, wenn sich der Rekurswerber auf formelle Mängel des Konkursverfahrens, insbesondere eine fehlerhafte Zustellung, beruft, während Einwände bezüglich der materiellrechtlichen Voraussetzungen eines Beschlusses nach § 71b KO nicht zulässig sind. Ein Rechtsanspruch der aufgelösten GmbH auf Austragung aus dem Firmenbuch besteht nicht. Dies lässt sich *mE* insbesondere aus dem Umstand erklären, dass es bei Kapitalgesellschaften keine persönliche Nachhaftung der Gesellschafter nach Beendigung der Gesellschaft gibt. Die zwingende Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens für nach § 39 FBG aufgelöste Gesellschaften wäre *mE* sinnvoll, ist jedoch gesetzlich nicht verankert.

Umwandlung und Spaltung nach §§ 2, 5 UmwG bzw § 14 SpaltG dienen häufig dazu, Änderungen der Unternehmensorganisation bei geänderten Rahmenbedingungen betriebswirtschaftlicher Natur durchführen zu können. Im Unterschied zur Auflösung mit anschließender Abwicklung ist eine umgewandelte oder aufgespaltete GmbH bereits mit rechtswirksamer Eintragung des Umgründungsvorgangs im Firmenbuch

vollbeendet. Der Vermögensübergang vollzieht sich *uno acto* und das Rechtssubjekt gilt dann als erloschen.

Gesellschaftsvertragliche Auflösung

Dem „Bedürfnis der Wirtschaftsteilnehmer nach einer individualistischen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses“ hat der historische Gesetzgeber auch in Form von § 84 Abs 2 Rechnung getragen und dabei die Einräumung eines Kündigungsrechtes als beispielhaft hervorgehoben. Schon seit Inkrafttreten der Stammfassung des GmbHG war und ist es erlaubt, neben den gesetzlichen auch statutarische Auflösungsgründe und Kündigungsklauseln samt deren individueller Ausgestaltung in die Gesellschaftsverträge zu schreiben, *„nur dürfen solche vertragsgemäßen Auflösungsgründe nicht den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen“*. Man kann die hier als *eo ipso*-Auflösungsgründe bezeichneten Tatbestände von den Kündigungsklauseln unterscheiden und als Unterscheidungsmerkmal heranziehen, ob der jeweilige Tatbestand unmittelbar wirkt, oder ob ein weiterer rechtsgeschäftlicher Akt erforderlich ist, um die Auflösung herbeizuführen. Für beide Kategorien gilt, dass sie inhaltlich möglichst detailliert ausgestaltet und unbedingt im Statut der Gesellschaft verankert sein müssen, um rechtswirksam werden zu können. Die Wirkung besteht bei den *eo ipso*-Auflösungsgründen in der direkten Gesellschaftsauflösung und berechtigen Kündigungsklauseln zur Abgabe einer Kündigungserklärung. Kann ein Auflösungsgrund dem Anspruch des Gebots der inhaltlichen Bestimmtheit nicht genügen und ist dieser daher auch nicht geeignet, bereits als solcher die unmittelbare Auflösung der GmbH herbeizuführen, ist er in eine Kündigungsklausel umzudeuten.

Die Kündigung im GmbH-Recht

Betrachtet man das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen, finden sich gesetzliche Kündigungsmöglichkeiten für die GesBR im ABGB und für OG und KG im UGB; sohin bei „geschlossenen“ Gesellschaften deren Bestand vom Gesellschafterwechsel abhängig ist. Es handelt sich bei diesen um personenbezogene Zusammenschlüsse mit besonderem gesetzlichen Augenmerk auf die konkrete personelle

Zusammensetzung des Gesellschafterkreises¹⁰⁵⁰ und ist der Gesellschaftsanteil an OG und KG gemäß § 124 Abs 3 UGB grundsätzlich nicht übertragbar. Darüber hinaus kann ein Gesellschafter gemäß § 124 Abs 1 UGB auch nicht ohne Zustimmung der übrigen über seinen Gesellschaftsanteil verfügen. Dagegen ist die Mitgliedschaft zur GmbH (durch Abtretung des Geschäftsanteils) an sich frei übertragbar, wenn auch die Praxis diesen Grundsatz in aller Regel durch Vinkulierung von Geschäftsanteilen mit und ohne Verbindung mit Aufgriffsrechten umgeht. So finden sich im GmbHG oder im AktG, also bei den „offenen“ Kapitalgesellschaften, wo der Gesetzgeber keine den Personengesellschaften vergleichbar starke Bindung zwischen der Gesellschaft einerseits und der konkreten Person des Gesellschafters festlegt (hier steht das „Kapital“ im Vordergrund), de lege lata weder ordentliche noch außerordentliche Kündigungsrechte. Auch im dt GmbH-Recht ist das Kündigungsrecht nicht gesetzlich positiviert. Wie nach dem österr GmbHG ist es aber auch dort möglich und üblich, Kündigungsklauseln als statutarische Auflösungsgründe im Vertrag festzuhalten. Das Kriterium, das die ordentliche von der außerordentlichen Kündigung unterscheidet, ist *mE* das Erfordernis des wichtigen Grundes und kommt es nicht auf die Art der Geltendmachung an (bloße Erklärung vs Rechtsgestaltungsklage).

Austritt und Ausschluss aus der GmbH

Normen betreffend Austritt und Ausschluss aus der gesellschaftsvertraglichen Verbundenheit fehlen mit Ausnahme des Ausschlusses infolge Kaduzierung im GmbHG überhaupt und finden sich Lösungsrechte in Bezug auf bestimmte Sachverhalte nur in sondergesetzlichen Vorschriften nach SpaltG, GesAusG, UmwG, EU-VerschG, SEG. Den gesetzlichen Austrittsnormen liegt dabei wertend vor allem der Umstand zugrunde, dass sich Entscheidungen, die in der Gesellschaft mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen sind, uU für den überstimmten Mitgesellschafter subjektiv negativ auswirken können; eine fundamentale Änderung kann aus der Sicht des Überstimmten einen wichtigen Grund zum Austritt darstellen. Es ist zulässig und empfehlenswert, in den Gesellschaftsvertrag entsprechende Klauseln (Ausschluss oder Austritt unter bestimmten Voraussetzungen)

¹⁰⁵⁰ Schummer, Personengesellschaften⁶, 44.

aufzunehmen. Inhaltlich betrachtet muss es dabei vor allem um die Festlegung von rechtlich zulässigen Abfindungsfinanzierungsformen gehen, damit man von einem der Höhe nach angemessenen Barabfindungsanspruch des Ausscheidungswilligen sprechen kann bzw damit ein Ausschluss überhaupt in Frage kommt, wobei aufgrund der Intensität des Eingriffs insb beim Ausschluss immer auch ein wichtiger Grund vorliegen muss.

Ein allgemein gültiges echtes Austrittsrecht ohne vertragliche Basis besteht *mE* de lege lata jedenfalls nicht, weil einer solchen Annahme (nach wie vor) die zwingenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften und somit letztlich der Gläubigerschutz sowie das dem System der Kapitalgesellschaften zugrunde liegende Trennungsprinzip entgegenstehen. Der Preis dafür, dass die GmbH-Gesellschafter dem Grundsatz nach nicht persönlich für Verbindlichkeiten der GmbH haften, besteht darin, dass als Ausgleich hierfür strikte Normen notwendig sind, um die mit der persönlichen Haftungsbeschränkung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern sonst möglicherweise einhergehende Beeinträchtigung von deren Interessen hintanzuhalten. Die Aufbringung des gesetzlichen Mindeststamm-/Grundkapitals bei Kapitalgesellschaften samt der Pflicht zur Erhaltung und ordnungsgemäßer Verwaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens führen zum „Haftungsprivileg“ der Aktionäre und GmbH-Gesellschafter¹⁰⁵¹. Im Spannungsfeld dazu liegt das Gläubigerschutzprinzip, aus welchem abzuleiten ist, dass die Haftungsstruktur und die Vermögenslage der Gesellschaft entsprechend streng und restriktiv zu regeln ist, denn die Einbringlichmachung der Gläubigerforderungen hängt im Wesentlichen davon ab, dass die Gesellschaft über einen ausreichenden Haftungsstock verfügt.

Wie bereits erwähnt, kann ein Austrittsrecht samt Barabfindungsanspruch, der nicht aus dem Gesellschaftsvermögen finanziert werden darf, im Gesellschaftsvertrag als ultima ratio-Maßnahme vereinbart werden. Der von *Reich-Rohrwig* und dem OGH beschriebene Austrittsvorgang unter Preisgabe des Geschäftsanteils, also bei einem Verzicht auf eine der Höhe nach angemessene Abfindung (Abandonrecht), sollte

¹⁰⁵¹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 8 ff.

jedenfalls – weil dies in aller Regel nicht mit einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen verbunden sein wird – möglich sein. Gegenüber der Auflösung infolge Kündigung wird der Austritt außerdem nur dann einen Vorteil darstellen, wenn sich die GmbH/die Gesellschafter die Abfindung auch tatsächlich leisten können und wollen; sonst wird die Gesellschaft erst recht in Liquidation treten müssen.

Tatsache ist, dass die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet in den letzten Jahren die Richtung zu nehmen scheint, für einzelne besonders wichtige Tatbestände vermehrt entsprechende Lösungsrechte in den jeweiligen Gesetzen vorzusehen. Diese gesetzgeberische Tätigkeit zeigt, dass man durchaus problembewusst sowohl im Sinn eines funktionierenden Wirtschaftsmarktes als auch unter Berücksichtigung des Gläubigerschutzes bereit ist, die für notwendig erachteten Austrittsregelungen zu schaffen. *ME* muss dieser Weg weiter konsequent beschritten werden, um die angestrebten Rechtsschutzziele auch tatsächlich zu verwirklichen, ohne dabei jenen allzu großzügige Zugeständnisse zu machen, die scheinbar keine besonderen Anforderungen an eine gewisse Vertragstreue der Gesellschafter stellen und das Marktrisiko allein für ausreichend erachten.

Nach derzeitiger Rechtslage ist somit ein Austritt mit Barabfindungsanspruch nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig und darüber hinaus nur dann durchführbar, wenn im Hinblick auf die Bezahlung der Abfertigung sichergestellt ist, dass sie nicht aus Gesellschaftsmitteln fließt. Dem GmbH-Gesellschafter, der seine Mitgliedschaft zum Verband aktiv beenden will, bleibt ohne vertragliche Basis nur die Möglichkeit, seinen Geschäftsanteil zu verkaufen oder die GmbH-Auflösung per Beschluss anzustreben. In beiden Fällen wird er regelmäßig auf die Mitwirkung anderer angewiesen sein, um den Ausstieg zu erreichen. Das allgemeine Marktrisiko allein reicht *mE* jedenfalls nicht aus, um dem ausscheidungswilligen Gesellschafter gegen den Willen der Mitgesellschafter den Weg aus der vertraglichen Verbundenheit zu ebnen. Kommt die für einen Auflösungsbeschluss erforderliche Mehrheit nicht zustande, muss auch dieser Ausweg scheitern.

Auch der Ausschluss ist, abgesehen von der Kaduzierung und den in Sondergesetzen vertypen Einzelfällen, gesetzlich nicht geregelt. Nach dem

GesAusG und dem UmwG sind gewisse „squeeze out-Effekte“ gegen Barabfindung zu erzielen. Ausschlussklauseln in Gesellschaftsverträgen werden in Lehre und Judikatur übereinstimmend anerkannt, sofern diese nicht gegen zwingende Bestimmungen des geltenden Rechts verstoßen. So praktikabel die Heranziehung der für Personengesellschaften geltenden Bestimmungen zur Begründung des Ausschlusses dem Grund nach erscheinen mögen, so wenig lassen sich diese aufgrund von bestehenden Systemunterschieden mit den geltenden Bestimmungen des GmbH-Rechtes vereinbaren bzw ist es *mE* fragwürdig, wenn man die personengesellschaftsrechtlichen Regelungen unreflektiert auf die GmbH überträgt.

Das Konfliktszenario als Ausgangspunkt in der Problemstellung beim Ausschluss entspricht jenem beim Austritt mit verkehrten Parteirollen. In Extremsituationen wird man das berechnete Interesse der Mitgesellschafter dahingehend, einen besonders „lästigen“ Gesellschafter aus dem Verband auszuschließen, nicht leugnen können¹⁰⁵², und ist es daher nur legitim, Rechtsbehelfe zum Ausschluss des untragbar gewordenen Mitgesellschafter zu fordern, selbst und gerade wenn das Statut dafür keine passenden Regelungen bereit hält. Lockert man nun aber das geltende Recht der Kapitalgesellschaften im Hinblick auf eine allzu großzügige Gewährung von echten Austritts- und Ausschlussrechten auf, würde dies wohl endgültig dazu führen, dass man sich vom Typus der GmbH, als einem Teil der in sich geschlossenen Gesellschaftsformen, in Richtung GmbH-light o.Ä. entfernen und das Trennungsprinzip verwässern würde.

Abfindungsfinanzierung

Wie bereits angedeutet, ist das Kernproblem iZm der Gewährung von Austritts- und Ausschlussrechten darin zu sehen, wie die Abfindung legal zur Verfügung gestellt werden kann. Sind Ausschluss und Austritt gesetzlich bzw gesellschaftsvertraglich vorgesehen, hat der Austretende oder Ausgeschlossene jedenfalls Anspruch auf eine der Höhe nach angemessene Abfindung. Vorgänge, die einer Enteignung gleich kommen, sind nicht erlaubt.

¹⁰⁵² *Ostheim*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 263 f.

Im Hinblick auf Abfindungszahlungen durch die GmbH gilt es in erster Linie das „Verbot von Vermögensverschiebungen in vertikaler Linie“ von der Gesellschaft zum (ehemaligen) Gesellschafter nach §§ 82, 83 zu beachten, welches Hand in Hand mit dem Verbot des Erwerbs eigener Anteile nach § 81 geht¹⁰⁵³. Die GmbH selbst kann also deshalb nicht Abfindungsschuldnerin (wie die Personengesellschaft¹⁰⁵⁴) sein, weil der Übernahme dieser Annahme für die GmbH nach wie vor § 81 entgegensteht; mag das Verbot durch die jüngste Gesetzgebung, wonach der Erwerb eigener Geschäftsanteile in gewissen Fällen (unentgeltlich, durch Universalsukzession oder zur Minderheitsgesellschafterentschädigung in bestimmten gesetzlich geregelten Fällen [!]) für zulässig erkannt worden ist, auch teilweise aufgelockert worden sein. Darüber hinaus wäre eine Zahlung durch die GmbH im Sinn des Gläubigerschutzes aufgrund der geltenden Kapitalerhaltungspflicht nur dann zulässig, wenn das Verfahren nach § 54 über die ordentliche (effektive) Kapitalherabsetzung beachtet wird, wobei eine Leistung der Abfindung aus Gesellschaftsvermögen überhaupt nur bei GmbHen in Frage kommen kann, die mit entsprechend hohem Stammkapital ausgestattet sind und die sich eine Abfindung über die Kapitalherabsetzung somit leisten können und wollen. Gläubigerschutzbestimmungen erlauben sonst keine wie auch immer geartete Rückzahlung von Stammeinlagen an die Gesellschafter, zumal das Gesellschaftsvermögen den einzigen Haftungsfond der GmbH-Gläubiger darstellt. Ein Erwerb des Geschäftsanteils durch die GmbH selbst wird somit idR an § 81 scheitern, wobei selbst auf diesem Weg nur Minderheitsgesellschafter in den gesetzlich ausdrücklich genannten Fällen abgefunden werden könnten. Ob eine Abfindung von Minderheitsgesellschaftern ohne gesetzliche Grundlage, nur auf Basis von § 81 erlaubt ist, ist fraglich; ebenso ungeklärt wäre dabei, bis zu welcher Beteiligungsgrenze finanziell abgeschichtet werden könnte. Die Entscheidung darüber, ob bzw dass eigene Anteile erworben werden und im Gegenzug dafür aus einem allenfalls vorhandenen Bilanzüberschuss Abfindung bezahlt wird, würde als außergewöhnliches Geschäft jedenfalls in die ausschließliche Beschlussfassungskompetenz der Generalversammlung fallen; dies kann aus § 35 und § 82 geschlossen werden.

¹⁰⁵³ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 12.

¹⁰⁵⁴ Vgl §§ 137 ff UGB.

Weiters ist es auch nicht erlaubt, im Statut vorzusehen, dass die Abfindung an den Austretenden anders als durch etwaige von den Gesellschaftern selbst bereit gestellte Finanzmittel – also quasi freiwillig - bezahlt wird; dies wurde vom OGH bereits 1912 entschieden. Eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, wonach ein GmbH-Gesellschafter im Fall von dessen Austritt bei gleichzeitigem Fortbestand der GmbH den Wert seiner Stammeinlage ausbezahlt erhält, wurde „*als mit dem GmbHG nicht vereinbar qualifiziert.*“ Laut OGH muss das Statut für einen solchen Fall „*entweder die Auflösung der Gesellschaft oder aber Rücklassung des Geschäftsanteils ... verfügen*“.

Bezüglich einer Leistungspflicht der Gesellschafter gegenüber dem Austretenden (also auf „horizontaler Ebene“) lässt sich dem geltenden Recht *mE* auch kein brauchbarer Hinweis zur Begründung einer solchen Zahlungspflicht entnehmen. Im Gegenteil, deuten die, die konzeptionelle Struktur der Kapitalgesellschaften umsetzenden Normen vielmehr darauf hin, dass die Gesellschafter gerade nicht verpflichtet sind, mehr zu leisten, als gesetzlich oder vertraglich vorgesehen ist. Eine allgemeine Zahlungspflicht des Kapitalgesellschafters gegen dessen Willen zur finanziellen Abschichtung eines ausgeschlossenen oder austretenden Mitgesellschafters kann man aus dem GmbHG somit *mE* nicht ableiten.

Dies bedeutet letztlich, dass Freiwilligkeit der Gesellschafter immer Grundvoraussetzung für die Abfindungsfinanzierung ist, wobei sich diese Freiwilligkeit natürlich an bestimmten (betriebs-)wirtschaftlichen Kriterien und an persönlichen Aspekten orientieren wird und die Gesellschafter ihre Entscheidung unter Abwägung der jeweiligen Vorteile und Nachteile treffen werden. Wird die Abfindung dennoch von der GmbH geleistet, kann die Zahlung gemäß § 83 zurückgefordert werden, selbst wenn die rechtsgrundlose Vermögensverschiebung gewollt war¹⁰⁵⁵. Die Gerichte sind verpflichtet, Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sowohl im Verfahren vor dem Firmenbuch, als auch im Rahmen

¹⁰⁵⁵ *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269 (279).

von Zivilprozessen vor den ordentlichen Gerichten von Amts wegen wahrzunehmen¹⁰⁵⁶.

Auflösungsklage?

Nach § 61 dGmbHG gibt es ein zwingendes Recht der mindestens 10% des Stammkapitals repräsentierenden Minderheit zur Erhebung einer Auflösungsklage aus wichtigem Grund. Eine inhaltlich mit dieser Norm korrespondierende Bestimmung fehlt im österreichischen GmbH-Recht und wurde von der Jud bis dato auch stets abgelehnt. Das geltende Recht und der OGH einerseits stehen damit einem Großteil der Lehre bzw des Schrifttums andererseits im Hinblick auf deren Meinung zur Zulässigkeit einer Auflösungsklage gegenüber. Die Gegner der Klagemöglichkeit haben also das Gesetz und den OGH auf ihrer Seite und vermögen Stimmen in der Lehre allein praktisch wenig dahingehend auszurichten, diesen Status quo zu ändern, sofern die durchaus fundierten und entsprechend konsequent vertretenen Argumente nicht in gefestigte Rechtsprechung eingehen oder zum Anlass für eine Gesetzesänderung werden.

Gegen die Auflösungsklage beruft man sich auf den erklärten Willen des historischen GmbH-Gesetzgebers, auf das Schweigen des späteren Gesetzgebers bei den Novellierungen sowie auf die konzeptionellen Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften. Die Befürworter sagen, dass die Argumente des Gesetzgebers aus dem Jahr 1906 heute obsolet seien und man die Untätigkeit der Legislative in dem Bereich nicht in dem Sinn auslegen dürfe, dass deshalb keine Analogieschlüsse zulässig wären. Die in der Praxis häufig vorkommende, zum Teil stark personalistische Ausgestaltung der an sich körperschaftlich konzipierten GmbH, die zudem als Dauerrechtsverhältnis zu betrachten ist, rechtfertige die analoge Heranziehung der für Personengesellschaften geltenden Bestimmungen zur Auflösungsklage.

Der Frage nach der Gewährung einer Auflösungsklage kommt in jedem Fall besondere Bedeutung zu. Die Grundprinzipien des kapital- und des

¹⁰⁵⁶ OGH 19.11.2002, 4 Ob 252/02s; 6 Ob 288/99t, SZ 73/14.

personengesellschaftsrechtlichen Systems mit deren jeweiligen Auswirkungen auf die Gesellschafter (persönliche [Nach-]Haftung, Wettbewerbsverbot usw) müssen hier einander gegenüber gestellt und muss so abgewogen werden, ob die Struktur der konkreten Kapitalgesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes eine mittels Klage geltend zu machende Auflösung rechtfertigen könnte. *ME* ist die Ablehnung durch den OGH vertretbar, doch kann man nicht abstreiten, dass eine Auflösungsklage als ultima ratio-Maßnahme unter Umständen vielleicht doch das einzige und letzte vernünftige Mittel darstellen kann, um die GmbH gegen den Willen des oder der übrigen Gesellschafter aufzulösen, wenn die Gründe entsprechend gewichtig sind und man über den Schadenersatz nicht zu einem sachgerechten Ausgleich gelangen kann, was zB im Fall eines sog dead lock durchaus denkbar wäre. Hier sind der Gesetzgeber und der OGH in die Pflicht zu nehmen.

Die Fortsetzungsmöglichkeit

Die gesetzlich nicht geregelte Fortsetzung der aufgelösten GmbH ist grundsätzlich erlaubt, es sei denn, dass mit der Verteilung von zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögenswerten an die Gesellschafter oder Dritte, die nicht Gläubiger der GmbH sind, schon begonnen wurde. Ist das Vermögen bereits zur Gänze an die Gesellschafter ausgekehrt, oder wurde die Gesellschaft infolge Vermögenslosigkeit aus dem Firmenbuch gelöscht, ist keine Fortsetzung mehr möglich. Eine vollbeendigte GmbH kann jedenfalls nicht mehr fortgesetzt werden und scheidet eine Fortsetzung weiters von vornherein immer dann aus, wenn die Gesellschaft aufgelöst und gleichzeitig vollbeendet ist. In einem solchen Fall bleibt den interessierten Personen nur die Neugründung. Die Fortsetzung als solche stellt idR keine Satzungsänderung dar, doch ist ein notariell beglaubigter Fortsetzungsbeschluss der Gesellschafter erforderlich; die Beseitigung des Auflösungsgrundes ist üblicherweise zu bescheinigen. Die Fortsetzung der Gesellschaft ist zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden und wirkt deklarativ. Die fortgesetzte GmbH ist dann wieder eine werbende Gesellschaft.

Liquidation zur Vollbeendigung

Die Normalrechtsfolge der Auflösung besteht in der Abwicklung der Gesellschaft mit dem Ziel der Vollbeendigung. Der Zustand der aufgelösten GmbH im Hinblick auf deren Rechtspersönlichkeit ist durch „Rechtskontinuität“ gekennzeichnet; der Gesellschaftszweck ändert sich, die Rechtsperson ist aber noch dieselbe. Unter Berücksichtigung des geänderten Gesellschaftszwecks geht es dann jedoch in erster Linie um die Versilberung des Gesellschaftsvermögens, die Befriedigung der Gläubiger und die anschließende Verteilung der verbleibenden Beträge unter den Gesellschaftern.

Die Liquidation unterbleibt in jenen Fällen, in denen sich eine dogmatische und tatsächliche Trennung von Auflösungs- und Vollbeendigungszeitpunkt nicht ausmachen lässt, weil die Gesellschaft in dem Zeitpunkt, in dem sie als aufgelöst gilt, gleichzeitig vollbeendet ist, wie bei Verschmelzung, Umwandlung, Aufspaltung und Verstaatlichung. Bei der Auflösung infolge Konkureröffnung richtet sich die Abwicklung nach der KO und nicht nach §§ 89 ff. In den Fällen der Auflösung nach § 39 FBG sowie bei einer amtswegigen Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 40 FBG findet eine Liquidation mangels Bedarf nicht statt. Aus demselben Grund kann eine Liquidation dann überflüssig sein, wenn das Statut der GmbH Aufgriffsrechte zugunsten bestimmter Personen für den Fall einer Kündigung vorsieht.

Im Sinn des Gläubigerschutzes folgt die Abwicklung einem geregelten Verfahren. Über dieses Abwicklungsverfahren wird es möglich, nach Befriedigung der Gläubiger allenfalls noch vorhandenes Gesellschaftsvermögen wieder an die Gesellschafter auszukehren, ohne dass dies einen Verstoß gegen die strengen Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG darstellt. Unter Heranziehung der Lehre vom Doppeltatbestand besteht die Gesellschaft solange, als noch verteilungs- bzw verwertungsfähiges Vermögen vorhanden ist. Ist die Löschung im Firmenbuch vollzogen und kommt nachträglich, aus welchem Grund auch immer, Vermögen hervor, muss, damit dies dem Berechtigten zukommen kann, nachtragsliquidiert werden.

Es ist strittig, ob es sich immer um nachträglich hervorgekommene Aktiva handeln muss, oder ob auch sonstige, nicht zwingend vermögensrechtliche Umstände, ausreichen, um den Antrag auf Einleitung der Nachtragsliquidation stellen zu können. *ME* eignet sich die Nachtragslegitimation ebenso, wenn es zB darum geht, Rechtsakte setzen zu müssen, die sonst vielleicht nur deshalb unterbleiben würden, weil es den Rechtsträger nicht mehr gibt (Stichwort: Löschung von Eintragungen aus dem Grundbuch).

Der Zustand der vollständig abgewickelten GmbH als juristischer Person ist mit dem Tod der physischen Person gleichzusetzen.

ANHANG

Abstract

In einer kurzen Einführung wird die GmbH wesensmäßig charakterisiert und ihre praktische Bedeutung beleuchtet. Die Klärung der Frage, was die GmbH als Rechtssubjekt ausmacht und wann der Rechtsträger zu existieren beginnt, ist speziell für die Auseinandersetzung mit dem Thema dieser Untersuchung, dem Untergang der Gesellschaft als juristischer Person und deren Folgen, von Bedeutung. Die einzelnen Auflösungsgründe nach § 84 GmbHG werden systematisch behandelt und wird dabei versucht, jeden einzelnen Tatbestand anhand bestimmter, einheitlicher Kriterien zu erörtern. Verschiedene Umstände, Ursachen und Voraussetzungen, die dazu führen und bewirken, dass eine GmbH aufgelöst wird und schließlich als vollbeendet anzusehen ist, werden untersucht, um in weiterer Folge Möglichkeiten, Wege und Mittel zum (un-)freiwilligen Exit aus der gesellschaftlichen Partnerschaft herauszuarbeiten bzw aufzuzeigen, welche Alternativen es geben könnte oder, welche Rechtsinstrumente im Hinblick auf einen gerechten Interessenausgleich zwischen den widerstreitenden Bedürfnis- bzw Schutzaspekten der Beteiligten zumindest wünschenswert erscheinen. Die Möglichkeit zur Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft wird behandelt und die Liquidation nach §§ 89 ff GmbHG bis hin zur Vollbeendigung in Grundzügen dargestellt. Abschließend werden die Ergebnisse und wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst und zeigt sich dabei, dass es keine „ewige“ Gesellschaft gibt; sie muss auflösbar und voll zu beenden sein. Auflösung und Vollbeendigung sind strikt von einander zu trennen. Ist die Gesellschaft aufgelöst, existiert sie noch. Vollbeendigung hingegen bedeutet den Untergang der GmbH als Rechtssubjekt. Dafür müssen nach der Lehre vom Doppeltatbestand kumulativ Vermögenslosigkeit gegeben und die Löschung im Firmenbuch erfolgt sein. § 84 Abs 1 zählt jene Auflösungsgründe auf, nach denen es im Regelfall zur Auflösung und nachfolgend zur Liquidation der Gesellschaft kommt. Gemäß § 84 Abs 2 ist es erlaubt, weitere (statutarische) Auflösungsgründe zu vereinbaren. Eo ipso-Auflösungsgründe führen zur direkten Auflösung und Kündigungsklauseln berechtigen zur Abgabe einer Auflösungserklärung. Bei den Kapitalgesellschaften gibt es de lege lata weder ordentliche noch außerordentliche Kündigungsrechte. Es ist aber zulässig, im GmbH-

Gesellschaftsvertrag Kündigungsrechte festzuschreiben und diese individuell auszugestalten, während dies bei der AG nicht möglich ist. Das Kriterium, das die ordentliche von der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit unterscheidet, ist das Erfordernis des wichtigen Grundes. Austritt und Ausschluss aus der gesellschaftsvertraglichen Verbundenheit sind allgemein nicht gesetzlich geregelt. Ein übergesetzliches Austrittsrecht besteht de lege lata nicht, weil dem die zwingenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften und somit der Gläubigerschutz und das Trennungsprinzip entgegenstehen. Der Gesellschafter, der aktiv ausscheiden will, hat nur die Möglichkeit, seinen Geschäftsanteil zu verkaufen oder die GmbH-Auflösung per Beschluss anzustreben. Auch der Ausschluss ist, abgesehen von der Kaduzierung und den in Sondergesetzen vertypeten Einzelfällen, gesetzlich nicht geregelt. Nach dem GesAusG und dem UmwG sind gewisse „squeeze out-Effekte“ gegen Barabfindung zu erzielen. Ausschlussklauseln in Gesellschaftsverträgen werden in Lehre und Judikatur anerkannt, sofern diese nicht gegen zwingende Bestimmungen des geltenden Rechts verstoßen. Sind Ausschluss oder Austritt gesetzlich bzw gesellschaftsvertraglich vorgesehen, hat der Austretende oder Ausgeschlossene jedenfalls Anspruch auf eine der Höhe nach angemessene Abfindung. Vorgänge, die einer Enteignung gleich kommen, sind nicht erlaubt. Eine Auflösungsklage aus wichtigem Grund fehlt im österreichischen GmbH-Recht und wurde deren Geltung von der Jud bis dato abgelehnt. Das geltende Recht und der OGH stehen damit einem Großteil der Lehre bzw des Schrifttums im Hinblick auf deren Meinung zur Zulässigkeit einer Auflösungsklage gegenüber. Die gesetzlich nicht geregelte Fortsetzung der aufgelösten GmbH ist grundsätzlich erlaubt, es sei denn, dass mit der Verteilung von zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögenswerten an Gesellschafter oder Dritte, die nicht Gläubiger der GmbH sind, schon begonnen wurde. Ist das Vermögen zur Gänze an die Gesellschafter ausgekehrt, oder wurde die Gesellschaft infolge Vermögenslosigkeit aus dem Firmenbuch gelöscht, ist keine Fortsetzung mehr möglich. Eine vollbeendigte GmbH kann jedenfalls nicht mehr fortgesetzt werden. Die Normalrechtsfolge der Auflösung besteht in der Abwicklung der Gesellschaft mit dem Ziel der Vollbeendigung. Der Zustand der vollständig liquidierten und gelöschten GmbH ist mit dem Tod der physischen Person gleichzusetzen.

Curriculum Vitae

Enrico Reitenbach, Mag. iur., * 22.10.1976

Bundesgymnasium St. Veit/Glan - Matura 1995

Universität Wien, Diplomstudium Rechtswissenschaften - Mag. iur. 2002

2000 Praktikum in der Außenhandelsstelle der WKOE für CH und LIE in Zürich

2001/2002 Rechtsanwaltsgehilfe bei RA Dr. Michael Meyenburg in Wien

2002/2003 Gerichtsjahr im Sprengel des OLG Wien

2003 bis 2006 Rechtsanwaltsanwärter bei Braunegg, Hoffmann & Partner
Rechtsanwälte OG in Wien

2007 Rechtsanwaltsprüfungskommission beim OLG Wien, Rechtsanwaltsprüfung
nach RAPG idgF mit sehr gutem Erfolg

2005 bis 2010 Universität Wien, Doktoratsstudium Rechtswissenschaften

seit 2007 Rechtsanwaltsanwärter bei RA Dr. Georg Braunegg in Wien