

Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung



VORWORT

Der Nutzen für zahlreiche Südtiroler Unternehmen, den eine Broschüre, die der Reform des Gesellschaftsrechts gewidmet ist, stiften kann, liegt auf der Hand, noch dazu wenn diese Bröschüre mit dem vollständigen Originaltext der diesbezüglichen gesezesvertretenden Verordnung und mit der entsprechenden Übersetzung in deutscher Sprache erscheint. Seit vielen Jahren schenkt die Südtiroler Sparkasse AG jenen wichtigen Themen besondere Aufmerksamkeit, die unsere Kunden interessieren. Dank der fruchtbaren Zusammenarbeit mit der Notariatskammer Bozen können wir unserer Schriftenreihe einen weiteren Baustein in Form eines ersten „Handbuches“, das den Gesellschaften mit beschränkter Haftung gewidmet ist, hinzufügen. Ein besonderer Dank gebührt dem Präsidenten der Notariatskammer Bozen, Notar RA Dr. Paolo Stefani, und den Autoren der Broschüre, Notar RA Dr. Luca Barchi und RA DDr. Peter Karl Plattner. Allen Lesern wünsche ich eine aufschlussreiche Lektüre.

Eine organische Gesellschaftsreform wird schon seit einiger Zeit erwartet, wenn man bedenkt, dass das Sachgebiet seit dem Inkrafttreten im Jahre 1942 und nach einer über ein halbes Jahrhundert dauernden Gültigkeit nur einige wenige Abänderungen kennt.

Die Neuerungen des Gesellschaftsrechtes im Rahmen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind sicher für eine Wirtschaft, wie die unsere ist, und die vor allem aus Betreiben mittlerer Größe oder aus Familienbetrieben in fortlaufender Entwicklung, und aus nur wenigen AGs und aus keinen an der Börse notierten Gesellschaften besteht, von höchstem Interesse.

Die Gesetzesnovelle hat sich das prioritäre Ziel gesetzt, die Konkurrenzfähigkeit der GmbH auf dem Markt zu erhöhen, ihre Regelung zu vereinfachen und die Privatautonomie zu erweitern, indem sie den Privatpersonen erlaubt, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung "auf Maß" zu bilden und somit die Struktur und Organisation derselben an die besonderen Erfordernisse ihrer Gesellschafter anzupassen.

Die Gesellschaftsreform unterstreicht auf der einen Seite das persönliche Element dieses Gesellschaftstyps, auf der anderen behält sie den Vorteil der beschränkten Haftung bei. Das Ergebnis ist eine vollständig neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die in einem gewissen Sinn als eine Art Offene Handelsgesellschaft mit einer perfekten vermögensrechtlichen Eigenständigkeit, bezeichnet werden kann. Somit wird die strenge Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften verwässert. Nicht zufällig wurde während der Vorbereitungsarbeiten empfohlen, die Regelung der neuen GmbH nach jener der Personengesellschaften und vor der der AG einzufügen, um die Strukturveränderung hervorzuheben. Außerdem kann man feststellen, dass auch die Verweise der Normen der GmbH auf jene der AG, typisch für das ursprüngliche System des Gesetzbuches von 1942, zum größten Teil verschwunden sind; daraus kann man schließen, dass nun auch die GmbH über eine eigene autonome und organische Gesetzesregelung verfügt.

Diese Broschüre soll ein Beitrag zum Kennenlernen der Gesellschaftsreform in Südtirol sein und ein erstes gewandtes und zweisprachiges Mittel zur Gesellschaftsreform schaffen, das wahrscheinlich das erste in Südtirol ist, mit Übersetzung auch in die deutsche Sprache.

Besonderer Dank gilt der Südtiroler Sparkasse, die die Initiative gefördert und finanziert und die Übersetzungen bereitgestellt hat, Notar Luca Barchi für sein Handbuch, Dr. Peter Karl Plattner für den die Bilanz betreffenden Teil, Notar Enrico Bellezza aus Mailand, der ein erstes Statut zu Verfügung gestellt hat und den Notaren der Provinz Bozen, die letztgenanntes Statut übersetzt haben.

Dr. Paolo Stefani
Präsident des Notariatskollegiums von Bozen

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|--|-------|-----|
| 1. Einleitung..... | Seite | 7 |
| 2. Transitorische Regelung und erforderliche Anlehnung der alten Satzungen an die neue Regelung..... | Seite | 9 |
| 3. Personen der Gesellschaften..... | Seite | 17 |
| 4. Gesellschaftssitz und Zweigstellen..... | Seite | 20 |
| 5. Gesellschaftszweck..... | Seite | 21 |
| 6. Gesellschaftskapital und Einlagen..... | Seite | 22 |
| 7. Dauer der Gesellschaft..... | Seite | 44 |
| 8. Austritt des Gesellschafters..... | Seite | 44 |
| 9. Ausschluss des Gesellschafters..... | Seite | 54 |
| 10. Gesellschaftsgremien..... | Seite | 58 |
| 11. Verwaltung der Gesellschaft..... | Seite | 59 |
| 12. Neue Haftung für die führenden Gesellschafter..... | Seite | 76 |
| 13. Kontrollen durch die Gesellschafter..... | Seite | 73 |
| 14. Gremium für die rechtliche Rechnungsprüfung..... | Seite | 74 |
| 15. Entscheidungen der Gesellschafter..... | Seite | 92 |
| 16. Anfechtungen der Entscheidungen der Gesellschafter..... | Seite | 110 |
| 17. Bilanz..... | Seite | 122 |
| 18. Änderungen des Gründungsvertrages..... | Seite | 126 |
| 19. Ausgabe von Schuldverschreibungen..... | Seite | 139 |
| 20. Auflösung und Liquidation der Kapitalgesellschaften..... | Seite | 141 |
| 21. Gesellschaftsankäufe von den Gründungsmitgliedern, Gesellschaftern oder Verwaltern in den zwei Jahren nach der Gründung..... | Seite | 154 |
| 22. Gesellschafterfinanzierung..... | Seite | 153 |
| 23. Nebenvereinbarungen zum Gesellschaftsvertrag..... | Seite | 154 |
| 24. Beteiligungsübernahme in Personengesellschaften, die unbeschränkte Haftung zur Folge haben..... | Seite | 163 |
| 25. Nichtigkeit..... | Seite | 166 |
| 26. Umbildung..... | Seite | 168 |
| 27. Führungs- und Kontrolltätigkeit..... | Seite | 190 |
| 28. Schiedsgericht..... | Seite | 196 |
| ANHANG: Statut..... | Seite | 201 |

PRAKTISCHES HANDBUCH DER NEUEN GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG

1. EINLEITUNG

Mit gesetzesvertretender Verordnung Nr. 6 vom 17. Januar 2003 wurde in unserer Ordnung die Durchführung des Gesetzes Nr. 340 vom 24. November 2000 verfügt, mit welchem das Parlament der Republik die Regierung mit der Reform des Gesellschaftsrechts betraut hat.

Die vom auftraggebenden Gesetzgeber aufgezeigten Richtlinien hinsichtlich der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bezweckten die notwendige Angleichung dieser Gesellschaftsform an die auf internationaler Ebene vorhandenen Modelle, sowohl in Europa als auch außerhalb, um den Wirtschaftstreibenden ein neues, moderneres und wettbewerbsfähigeres Instrument anbieten zu können, das sich

- a) durch eine bedeutende und akzentuierte Elastizität;
 - b) durch die vermehrte Berücksichtigung der Gesellschafter und deren zwischenmenschlichen Beziehungen
- auszeichnet.

ZWECK DER REFORM

- a) eine bedeutende und akzentuierte Elastizität
- b) eine vermehrte Berücksichtigung der Gesellschafter und deren zwischenmenschlichen Beziehungen

Dieser Modernisierungsprozess der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der sich zum Großteil an die Modelle der juristischen Ordnungen der deutschsprachigen Länder wie Deutschland und Österreich anlehnt, gipfelte einerseits in eine klare Trennung zwischen der Regelung der GmbH und jener, die für die Aktiengesellschaft vorgesehen ist, und anderseits in eine deutliche Annäherung der GmbH an das Modell, das vom Zivilgesetzbuch für die Personengesellschaften (offene Handelsgesellschaften, einfache Kommanditgesellschaften, einfache Gesellschaften) vorgesehen ist. Dies alles ohne die Vorteile einer Haftung einzubüßen, die sich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft lediglich auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt.

Daraus entstand eine vollständig neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die gewissermaßen als eine Art offene Handelsgesellschaft bezeichnet wer-

den kann, die durch eine perfekte Vermögensautonomie gekennzeichnet ist. Diese Tendenz wird durch die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie bestätigt, die bei der GmbH die zwei Begriffe Satzung und Gründungsakt beiseite legt und lediglich den zweiten Begriff erwähnt, so wie es bei den Personengesellschaften vorgesehen ist (obwohl sicherlich nichts dagegen spricht, auch weiterhin die Satzung wie bisher üblich zu verwenden).

Zum jetzigen Zeitpunkt ist es jedoch schwer, der neuen GmbH eine einheitliche Bezeichnung zu geben und sie einem einzigen Modell zuzuordnen. Die vom auftraggebenden Gesetzgeber aufgezeigte Notwendigkeit der Elastizität gab dem beauftragten Gesetzgeber nämlich die Möglichkeit, ein ziemlich anpassungsfähiges Modell auszuarbeiten, deren wichtigsten Elemente nun zum Großteil der freien Handelsautonomie der Gesellschafter übertragen sind. Diese haben somit die Möglichkeit, von Mal zu Mal eine spezifische und unterschiedliche Struktur auszuarbeiten, die sich für die besonderen Erfordernisse des Konkretfalles eignet. Die neue GmbH kann also wie ein Kleid gesehen werden, das auf die Erfordernisse der einzelnen Gesellschaften zugeschnitten werden kann.

8

Die Reform muss deshalb von den Unternehmern mit Optimismus aufgenommen werden, da ihnen ein Instrument in die Hand gegeben wird, das bestmöglich ihren persönlichen Erfordernisse angepasst werden kann, und sie somit in der Lage sind, ihre Wettbewerbsfähigkeit auf dem Markt zu erhöhen.

Heute ist es für ein kleines und/oder mittleres Unternehmen mehr als je ratsam, sich bei seinem Wirtschaftsberater über die neuen Möglichkeiten zu informieren, die das Gesetz bietet. Nur so kann eine wichtige Chance gewahrt werden, dem Unternehmen eine neue strukturelle und verwaltungsmäßige Wettbewerbsfähigkeit zu verleihen.

Es ist klar, dass der Erlass einer so tiefgreifenden und im Vergleich zu früher innovativen Reform unweigerlich neue Probleme mit sich bringt, bedingt sowohl durch die notwendige Studie und Assimilierung der neuen Regelung als auch durch die Notwendigkeit, die alten Satzungen der bereits gegründeten Gesellschaften bis spätestens 30. September 2004 der neuen Regelung anzugleichen. Nach dieser Frist werden die mit der neuen Regelung nicht vereinbaren Bestimmungen definitiv fallen gelassen.

2. TRANSITORISCHE REGELUNG UND ERFORDERLICHE ANGLEICHUNG DER ALTEN SATZUNGEN AN DIE NEUE REGELUNG

2.1. ANGLEICHUNG DER SATZUNGEN DER BEREITS GEGRÜNDETEN GESELLSCHAFTEN

Für alle bereits gegründeten Gesellschaften mit beschränkter Haftung ergibt sich das Problem, die alten Satzungen an die neuen Bestimmungen anzugleichen.

Der neue Art. 223 bis des Zivilgesetzbuches, so wie von der gesetzesvertr. Verordnung Nr. 6 eingeführt, sieht nämlich vor, dass die Angleichung der Satzungen an die neuen, unabweichlichen Bestimmungen obligatorisch ist und bis spätestens 30. September 2004 zu erfolgen hat.

Die Änderungen zur Angleichung an die neuen unabweichlichen oder abweichlichen Gesetzesbestimmungen, können zudem mit einfacher Mehrheit der außerordentlichen Versammlung beschlossen werden.

Diese Bestimmung ist von besonderer Bedeutung, da sie von den satzungsmäßigen Mehrheiten abweicht. Das gewöhnliche Gleichgewicht in den Gesellschaften bei der Versammlung wird somit aufgehoben.

Sowohl die Mehrheits- als auch die Minderheitsgesellschafter (falls die „Quorums“ für die Beschlüsse der außerordentlichen Gesellschaften hinsichtlich der Satzungsänderungen so festgesetzt sind, dass für die Zustimmung auch die Zustimmung der Minderheitsgesellschafter erforderlich ist) sollten bei der Gesellschafterversammlung, die zur Angleichung der Satzungen an die neuen Bestimmungen einberufen wurde, anwesend sein. So können unliebsame Äußerungen oder Überraschungen von Seiten jeweils der Minderheit oder der Mehrheit vermieden werden.

OBLIGATORISCHE ANGLEICHUNG DER ALTEN SATZUNGEN AN DIE NEUEN BESTIMMUNGEN

- A) Frist innerhalb 30. September 2004;
- B) außerordentliche Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der Anwesenden in Abweichung des von der geltenden Satzung vorgesehenen Quorums.

Ist diese Frist verstrichen, werden die Klauseln, die mit den neuen unabweichlichen Gesetzesbestimmungen nicht vereinbar sind, automatisch fallen gelassen und, wo möglich, mit den neuen Regeln gemäß Art. 1419 ZGB ersetzt. Die Klauseln, die nicht der automatischen Ersetzung unterliegen, könnten in der Gesellschaft eine Pattsituation hervorrufen, da ihre Gremien keine Funktionsmöglichkeit mehr haben, und demzufolge eine Auflösung der Gesellschaft erforderlich wird.

FOLGEN DER NICHT ERFOLGTEN ANGLEICHUNG AN DIE UNABWEICHLICHEN BESTIMMUNGEN INNERHALB 30. SEPTEMBER 2004

- A) automatische Ersetzung der alten Klauseln mit der neuen Regelung bzw.
- B) Auflösung der Gesellschaft

2.2. GRÜNDUNG VON NEUEN GESELLSCHAFTEN

10

2.2.1 Gründung von neuen Gesellschaften, die vor dem 01.01.2004 in das Handelsregister einzutragen sind.

Die vor dem 1. Januar 2004 gegründeten Gesellschaften können bereits bei der Gründung oder Änderung der Satzung Satzungsklauseln anwenden, die mit der neuen Regelung konform sind.

Diese Klauseln sind jedoch nur ab dem Zeitpunkt, jedenfalls nach dem 1. Januar 2004, wirksam, an dem sie in das Handelsregister eingetragen werden können, mit gleichzeitiger Hinterlegung der neuen Fassung der Satzung. Um bereits vor dem 1. Januar 2004 die Angleichung an die neue Regelung vorzunehmen, müssen demnach 2 Satzungen erstellt werden. Die erste ist in der Übergangsphase zwischen Gründung und Inkrafttreten der Reform zum 1. Januar 2004 gültig und die zweite, die mit der Reform konform ist, ersetzt die erste Satzung, sobald sie im Handelsregister eingetragen werden kann, aber jedenfalls erst nach dem ersten Januar 2004.

Diejenigen, die die zahlreichen Möglichkeiten der Reform nicht zu nutzen beabsichtigen, können in einigen Fällen alternativ eine „generische“ und „aseptische“ Fassung der Satzung erstellen, die sich auf den allgemeinen

Verweisen auf die Gesetzesbestimmungen stützt und somit gleichzeitig den Erfordernissen des geltenden Gesetzes und jenen der Reform Rechnung trägt.

2.2.2. Gründung von neuen Gesellschaften, die nach dem 31.12.2003 in das Handelsregister einzutragen sind

Ab dem 1. Januar 2004 können Gesellschaften, die von einem Gründungsvertrag und einer Satzung geregelt werden, die mit der neuen Regelung nicht konform sind, nicht in das Handelsregister eingetragen werden, auch wenn sie vor dem erwähnten Datum mit Notariatsakt gegründet worden sind. Demnach können ab diesem Datum nur Gesellschaften gegründet werden, die von der Reform geregelt werden.

Folglich müssen auch die Gesellschaften, die mit Notariatsakt ab der zweiten Hälfte des Monats Dezember 2003 gegründet werden und somit im Monat Januar 2004 einzutragen sind, den Richtlinien der Reform entsprechen.

2.3. Gründungsverfahren

Das Verfahren zur Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gliedert sich wie folgt:

GRÜNDUNGSPHASEN

- 1) Abschluss des Gründungsvertrages mit öffentlicher Urkunde und gleichzeitige Überprüfung der substantiellen Rechtmäßigkeit durch den beurkundenden Notar;
- 2) Hinterlegung des Gründungsvertrags beim Handelsregister innerhalb von 20 Tagen durch den Notar;
- 3) Überprüfung der alleinigen formellen Ordnungsmäßigkeit durch das Handelsregister;
- 4) Eintragung in das Handelsregister und Erwerb der juristischen Persönlichkeit.

2.3.1. Erste Phase: Abschluss des Gründungsvertrags und Überprüfung der Rechtmäßigkeit durch den Notar

Beim Abschluss des Gründungsvertrages muss der beurkundende Notar die Überprüfung der substantiellen Rechtmäßigkeit des Aktes vornehmen und muss zudem das Bestehen der folgenden Voraussetzungen für die Gründung überprüfen:

- 1) das Gesellschaftskapital muss zur Gänze gezeichnet sein;
- 2) die Vorgaben der Artikel 2342 und 2343 des Zivilgesetzbuches hinsichtlich der Einlagen müssen berücksichtigt sein;
- 3) es müssen die erforderlichen Genehmigungen vorhanden sowie die anderen von den Sondergesetzen geforderten Voraussetzungen für die Gründung der Gesellschaft hinsichtlich ihres besonderen Zweckes erfüllt sein.

12

Die Reform bestätigt definitiv die ausschließliche Befugnis der Notare zur Überprüfung der substantiellen Rechtmäßigkeit des Gründungsvertrages, die einst dem Landesgericht beim Homologierungsurteil erteilt und dann bereits laut **Vereinfachungsgesetz** Nr. 340/2000 den Notaren übertragen wurde. Demnach ist es ausschließlich der Notar, der unter seiner eigenen **Disziplinarverantwortung** laut Art. 138-bis des Notariatsgesetzes Nr. 89/1913 die verschiedenen im Gründungsakt enthaltenen Vereinbarungen auf ihre Vereinbarkeit überprüfen muss, um die Angemessenheit oder Unangemessenheit festzustellen, und der überprüfen muss, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Gründung der Gesellschaft bestehen.

2.3.2. Zweite Phase: Hinterlegung des Aktes samt Anlagen beim Handelsregister.

Der Notar, der den Gründungsvertrag entgegengenommen hat, muss diesen innerhalb der neuen, kürzeren Frist von nur 20 Tagen ab dem Datum des Vertrages, - anstatt der vorhergehenden längeren Frist von 30 Tagen – beim Handelsregister, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, hinterlegen, wobei er die Dokumente beilegt, die das Bestehen der obigen Voraussetzungen belegen.

In den Fällen, in denen das Gesetz vorsieht, dass die Genehmigungen gemäß den Artikeln 2329, Ziffer 3) des Zivilgesetzbuches zur Durchführung von bestimmten besonderen Tätigkeiten nach dem Abschluss des Gründungsvertrages erteilt werden sollen, läuft die Frist von 20 Tagen ab dem Tag, an dem das Original oder die beglaubigte Kopie der Genehmigungsverfügung dem Notar ausgehändigt worden ist.

Nimmt der Notar hingegen die Eintragung ohne Genehmigung oder mit ungültiger Genehmigung vor, ist nun die für die Ausstellung der Genehmigungen zuständige Behörde ausdrücklich berechtigt, die Löschung der Gesellschaft vom Handelsregister zu beantragen. Das Landesgericht entscheidet, nach Anhörung der Gesellschaft, in der Beratungskammer und, falls dem Antrag stattgegeben wird, muss die Gesellschaft in Liquidation gestellt werden.

Nehmen der Notar oder die Verwalter die Hinterlegung innerhalb der oben erwähnten Frist nicht vor, kann jeder Gesellschafter dies auf Spesen der Gesellschaft veranlassen.

2.3.3. Dritte Phase und vierte Phase: formelle Kontrolle der Eintragung und Eintragung in das Handelsregister.

Die Eintragung in das Handelsregister wird vom Notar bei der Hinterlegung des Gründungsvertrages gefordert.

Zu diesem Zeitpunkt muss das Handelsregister lediglich die formelle Ordnungsmäßigkeit der vom Notar beigebrachten Unterlagen überprüfen. Der mit der Führung des Handelsregisters Beauftragte hat keine Befugnis, eine eventuelle Überprüfung der substantiellen Rechtmäßigkeit des Aktes vorzunehmen, da diese Funktion ausschließlich dem Notar obliegt.

Nach Feststellung der formellen Ordnungsmäßigkeit der Unterlagen, muss der mit der Führung der Handelsregister Beauftragte die Eintragung in das Handelsregister veranlassen.

Richtet die Gesellschaft Zweigstellen im Sinne des Artikels 2299 des Zivilgesetzbuches ein, muss ein Auszug des Gründungsvertrages beim

Handelsregister **des Bezirkes** hinterlegt werden, **in welcher die** Zweigstelle errichtet wird.

2.3.4. Wirkung der Eintragung.

Nur mit der Eintragung in das Handelsregister erwirbt die Gesellschaft die juristische Persönlichkeit und erlangt eine rechtliche Existenz.

Vor diesem Zeitpunkt existiert jedoch noch keine Rechtspersönlichkeit.

2.3.5. Im Namen der Gesellschaft durchgeführte Handlungen vor der Eintragung in das Handelsregister.

Es besteht die Möglichkeit, dass vor der Eintragung in das Handelsregister die im Gründungsvertrag ernannten Verwalter Handlungen im Namen und für Rechnung der Gesellschaft vornehmen.

14

Offensichtlich können diese Handlungen nicht umgehend bindend für die Gesellschaft sein, da diese noch nicht existiert, und demnach müssen sie unbedingt der „*condicio juris*“ unterzogen werden, bestehend aus der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, und die weitere Voraussetzung erfüllen, dass die Gesellschaft, sobald sie eingetragen wurde, diese Handlungen ratifiziert.

Die Durchführung von Geschäften im Namen der Gesellschaft vor der Eintragung bewirkt hingegen automatisch die unbeschränkte Haftung als Gesamtschuldner gegenüber Dritten jener Personen, die die Handlungen vorgenommen haben.

Weiters haften unbeschränkt als Gesamtschuldner immer der alleinige Gründungsgesellschafter bei Einpersonen-Gesellschaften und bei Gesellschaften mit mehreren Beteiligten, jene Gesellschafter, die im Gründungsvertrag oder mit getrenntem Akt die Durchführung des Geschäfts beschlossen, genehmigt oder bewilligt haben.

Diese Ausdehnung der Haftung auf die Gesellschafter, die die Handlung genehmigt oder beschlossen haben, stellt eine von der Reform eingeführte Neuerung

dar. Diese bezweckt eine Absicherung der Garantien gegenüber Dritten in der delikaten Phase der Gesellschaftsgründung und trifft nicht nur denjenigen, der formell im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, sondern auch denjenigen, der im Wesentlichen die Entscheidung zur Handlung getroffen hat.

Nur wenn nach der erfolgten Eintragung in das Handelsregister die Gesellschaft das Geschäft genehmigt, übernimmt diese die Haftung für die durchgeführten Geschäfte und haftet als Gesamtschuldner mit den anderen Rechtspersonen. Automatisch wird sie auch zur Befreiung derjenigen, die gehandelt haben, verpflichtet.

Die Auswirkungen der Ratifizierung durch die Gesellschaft sind nur bis zum Datum der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister rückwirkend, da vor diesem Datum die Gesellschaft rechtmäßig noch nicht existiert. So wie es für die Rechte der Fall ist, die das Gesetz für die Ungeborenen vorsieht (vgl. Artikel 462 und 784 Zivilgesetzbuch).

Weiters muss darauf hingewiesen werden, dass die eventuelle Ratifizierung gegenüber Dritten diejenigen, die gehandelt haben oder das Geschäft beschlossen haben, nicht von der Haftung befreit, sondern die Haftung der Gesellschaft als Gesamtschuldner mit jenen, die gehandelt haben, hinzufügt.

In Ermangelung der Ratifizierung sind niemals Auswirkungen auf die Gesellschaft zu erwarten.

HANDLUNGEN, DIE IM NAMEN DER GESELLSCHAFT VOR DER EINTRAGUNG IN DAS HANDELSREGISTER DURCHGEFÜHRT WURDEN

Unterliegen der folgenden Voraussetzungen:

- 1) Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister
- 2) Ratifizierung der Handlungen durch die Gesellschaft nach der erfolgten Eintragung;
 - a) Bewirken die unbeschränkte Haftung als Gesamtschuldner derjenigen, die gehandelt haben;
 - b) Bewirken immer die uneingeschränkte Haftung als Gesamtschuldner des alleinigen Gesellschafters (Einpersonen-Gesellschaft) oder der Gesellschafter, die in jedweder Form das Geschäft beschlossen oder genehmigt haben;

- c) Nur durch die Ratifizierung der Gesellschaft können die Auswirkungen der Handlungen auch dieser angelastet werden;
- d) Die Ratifizierung befreit nicht gegenüber Dritten diejenigen, die gehandelt haben, sondern sie fügt lediglich die Haftung als Gesamtschuldner der Gesellschaft hinzu und bewirkt für die Gesellschaft die Pflicht der Befreiung derjenigen, die gehandelt haben;
- e) Die Ratifizierung ist nur bis zum Datum der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister rückwirkend.

2.3.6. Auswirkungen der nicht erfolgten Eintragung in das Handelsregister.

Solange die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, können die Beträge, die laut Absatz 2 des Artikels 2342 Zivilgesetzbuch als Einzahlung auf die Einlagen in Geld hinterlegt worden sind, von den Verwaltern nicht entnommen werden.

Falls hingegen innerhalb der kürzeren Frist von 90 Tagen nach dem Abschluss des Gründungsvertrages oder nach Erteilung der in Ziffer 3) des Artikel 2329 Zivilgesetzbuch vorgesehenen Genehmigungen die Eintragung nicht vorgenommen wurde:

- a) werden die Beträge den Zeichnern zurückerstattet;
- b) verliert der Gründungsvertrag seine Gültigkeit.

Der Verlust der Gültigkeit des Gründungsvertrages ist nun vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen, um Zweifel in der Auslegung auszuräumen, die durch diesbezügliche Lücken in den vorhergehenden Gesetzesbestimmungen entstanden sind.

Gleichfalls werden auch Einlagen in Natur oder Dienstleistungen unwirksam und werden als nie vorgenommen betrachtet.

3. PERSONEN DER GESELLSCHAFTER

Die Reform sieht ausdrücklich vor, dass die Gesellschafter der GmbH sowohl natürliche Personen als auch Körperschaften sein können, die eine juristische Persönlichkeit haben oder auch nicht (Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften, Konsortien, Genossenschaftsgesellschaften, Vereinigungen, Stiftungen usw.). In Wirklichkeit hat auch vor der Reform niemand gezweifelt, dass auch juristische Personen Gesellschafter einer GmbH sein können, ab 1. Januar 2004 muss jedoch im Gründungsvertrag zusätzlich zur Bezeichnung der Körperschaft auch der Ort und das Datum ihrer Gründung angegeben werden.

Diese Pflicht stellt eine Neuerung dar, die praktische Schwierigkeiten nach sich ziehen könnte, da es nicht immer einfach ist, das Datum und den Ort der Gründung einer Körperschaft ausfindig zu machen, insbesondere bei italienischen Körperschaften, die nicht Gesellschafter sind, für welche kein öffentliches Register besteht, in das man Einsicht nehmen kann. Noch schwieriger wird es bei den ausländischen Körperschaften.

Die Bestimmung wurde jedoch so formuliert, dass im Falle einer Beteiligung von ausländischen Körperschaften, alle Elemente vorhanden sind, um unter Anwendung der Richtlinien des internationalen Privatrechts (vgl. Art. 25 des Gesetzes Nr. 218 vom 31. Mai 1995) festsetzen zu können, welches Gesetz die Funktion, die Rechtsfähigkeit und die Vertretung dieser Körperschaft regelt.

3.1. EINPERSONEN-GESELLSCHAFT

Es kann eine Einpersonen-GmbH gegründet werden, die also aus einem einzigen Gesellschafter besteht, der sowohl eine natürliche Person als auch eine Körperschaft mit Rechtspersönlichkeit oder auch nicht, sein kann. Möglich ist ebenfalls, dass im Laufe der Dauer einer Gesellschaft diese einen einzigen Gesellschafter als Beteiligten hat.

Diese Möglichkeit war schon vom vorhergehenden Gesetz vorgesehen, beschränkte jedoch den Vorteil der beschränkten Haftung, bis auf einige Ausnahmen, auf die alleinigen natürlichen Personen.

Die Reform führt in diesem Punkt eine wichtige Neuerung ein, und zwar die Möglichkeit für die Körperschaften, einzige Gesellschafter einer GmbH zu werden und zu den für die natürlichen Personen vorgesehenen Bedingungen in den Genuss des Vorteils der beschränkten Haftung zu gelangen sowie die Abschaffung der vorhin erwähnten Fälle, die für den Ausschluss von der Begünstigung vorgesehen sind.

Insbesondere kann nun der einzige Gesellschafter, sei es natürliche Person oder Körperschaft, in den Genuss der beschränkten Haftung gelangen, wobei er nur die zwei folgenden Voraussetzungen erfüllen muss:

- a) es müssen die Einlagen gemäß Artikel 2464 ZGB vorgenommen und
- b) die Bekanntmachung gemäß Artikel 2470 ZGB durchgeführt worden sein;

Ansonsten haftet der einzige Gesellschafter, solange diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten derselben, die im Zeitraum entstanden sind, in der er alleiniger Gesellschafter war.

18

a) Im Zusammenhang mit den Einlagen verfügt der Art. 2464 ZGB folgendes:

- die Geldeinlagen müssen zur Gänze bei der Gründung der Gesellschaft vom einzigen Gesellschafter bzw. innerhalb von 90 Tagen ab dem Zeitpunkt, an dem während der Dauer der Gesellschaft die Gesellschaftsmehrheit verloren gegangen ist, eingezahlt werden.

b) Hinsichtlich der Bekanntmachung verfügt der Art. 2470 des ZGB:

- Wenn die gesamte Beteiligung im Besitz eines einzigen Gesellschafters ist oder der einzige Gesellschafter ersetzt wird, müssen die Verwalter für die Eintragung ins Handelsregister eine Erklärung hinterlegen, die Zu- und Vorname oder Firmenbezeichnung, Geburtsort und Geburts- oder Gründungsdatum, Wohn- oder Firmensitz sowie Staatsangehörigkeit des einzigen Gesellschafters enthält.
- Wenn sich die Gesellschaftsmehrheit bildet oder neu bildet, müssen die Verwalter eine entsprechende Erklärung für die Eintragung ins Firmenregister hinterlegen.
- Der einzige Gesellschafter oder wer aufhört, einziger Gesellschafter zu sein, kann die entsprechende Bekanntmachung gemäß den vorhergehenden Absätzen vornehmen.

Die oben erwähnten Verwaltererklärungen sind innerhalb von dreißig Tagen ab der Eintragung ins Gesellschafterbuch zu hinterlegen und müssen das Datum dieser Eintragung aufweisen.

Außer den oben erwähnten Fällen gibt es keine mehr, in denen der einzige Gesellschafter persönlich mit seinem Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftbar gemacht werden kann, mit Ausnahme der Haftung gemäß Art. 2331 Zivilgesetzbuch, die ausdrücklich für die AG vorgesehen ist und vom Absatz 3, Art. 2436 Zivilgesetzbuch für die GmbH erwogen wird, für Geschäfte, die im Namen der Gesellschaft vor Eintragung derselben in das Handelsregister vorgenommen wurden (siehe oben Absatz 2.3.5).

EINPERSONEN-GESELLSCHAFT

Einziger Gesellschafter: natürliche Person als auch Körperschaft

- Vorteil der beschränkten Haftung, unter der Voraussetzung, dass
- a. die Einlagen gemäß Vorgabe des Artikels 2464 ZGB vorgenommen wurden und
 - b. die Bekanntmachung gemäß Artikel 2470 ZGB durchgeführt wurde;

ansonsten

haftet der Gesellschafter, nur bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, persönlich mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten, die im Zeitraum entstanden sind, in dem er einziger Gesellschafter war.

3.1.2. Zwischen der Gesellschaft und dem einzigen Gesellschafter abgeschlossene Verträge

Der Art. 2478 ZGB sieht vor, dass die mit dem einzigen Gesellschafter abgeschlossenen Verträge der Gesellschaften und die Geschäfte des einzigen Gesellschafters nur dann den Gläubigern der Gesellschaft entgegengehalten werden können, wenn sie aus dem Entscheidungsbuch der Verwalter oder aus schriftlicher Urkunde mit sicher nachweisbarem Datum vor der Pfändung hervorgehen.

Diese Bestimmung wurde offensichtlich vorgesehen, um zu verhindern, dass der einzige Gesellschafter rechtswidrige Handlungen zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger durchführen kann, indem er den Schutz der beschränkten Haftung der Gesellschaft rechtswidrig in Anspruch nimmt.

3.1.3 Haftung des einzigen Gesellschafters für Geschäfte, die vor der Eintragung in das Handelsregister durchgeführt worden sind.

Der einzige Gesellschafter, da er die einzige Rechtsperson ist, die im Gründungsvertrag oder mit getrennter Urkunde die Durchführung von Handlungen im Namen der Gesellschaft vor der Eintragung in das Handelsregister genehmigt oder beschlossen haben kann, haftet immer persönlich und als Gesamtschuldner mit jenen, die gemäß Art. 2331 ZGB gehandelt haben, für die so eingegangenen Verbindlichkeiten.

4. GESELLSCHAFTSSITZ UND ZWEIGSTELLEN

Die Reform sieht die Pflicht vor, im Gründungsvertrag nur die Gemeinde, in der sich der Sitz oder die eventuellen Zweigniederlassungen befinden, und nicht mehr die Adresse mit Angabe der Straße und der Hausnummer anzuführen.

Diese beiden Elemente müssen hingegen einfach vom Notar, bei der Gründung der Gesellschaft, oder von den Verwaltern, falls sich diese Elemente im Rahmen der Gemeinde im Laufe der Dauer der Gesellschaft ändern, im Sinne des erneuerten Artikels 11-ter der Übergangsbestimmungen des Zivilgesetzbuches, dem Handelsregister mitgeteilt werden.

Daraus folgt, dass bei Änderungen des Hauptsitzes oder der Zweigstelle der Gesellschaft innerhalb derselben Gemeinde ab 1. Januar 2004 kein entsprechendes Notariatsprotokoll abgefaßt werden muss.

Für die Verlegung des Hauptsitzes oder der Zweigstelle außerhalb der ursprünglichen Gemeinde bleibt hingegen alles unverändert, es wird also weiterhin der vom Notar abgefaßte Beschluss der Gesellschafterversammlung verlangt. Dasselbe gilt für die Neueinrichtung von einer oder mehreren Zweigstellen.

Änderung des Gesellschaftssitzes oder der Zweigstelle

- a) erfolgt die Verlegung innerhalb derselben Gemeinde, genügt eine einfache Mitteilung der Verwalter an das Handelsregister, da eine Änderung des Gründungsvertrages nicht mehr erforderlich ist;
- b) erfolgt die Verlegung außerhalb der Gemeinde, braucht es einen Beschluss der Gesellschafterversammlung und das entsprechende Protokoll des Notars, da in diesem Fall die Abänderung des Gründungsvertrages weiterhin erforderlich ist.

5. GESELLSCHAFTSZWECK

Die Reform führt auch Neuerungen hinsichtlich des Gesellschaftszweckes ein. Sie sieht nämlich vor, dass im Gründungsvertrag die Tätigkeit anzuführen ist, die den Gesellschaftszweck ausmacht.

Die Verwendung des Begriffes „Tätigkeit“ wurde vom Gesetzgeber gewollt, um der in Italien weitgehend verbreiteten Gewohnheit entgegenzuwirken, den Gesellschaftszweck so allgemein und allumfassend anzugeben, dass er de facto unbestimmt ist. Jetzt besteht die präzise Notwendigkeit, die übrigens bereits von der Rechtsprechung gefordert wurde, die in diesem Punkt rigoroser ist, die einzelnen Tätigkeiten, die den Gesellschaftszweck bilden, präzise und analytisch nach Warenkategorien und/oder Wirtschaftssektoren festzusetzen. Dies hindert natürlich die Gesellschafter nicht daran, eine Mehrheit von Tätigkeiten anzugeben, die auch in unterschiedlichen Sektoren ausgeübt werden können, da die Gesellschaft sehr wohl mehrere Tätigkeiten ausüben darf, die auch in keinem Zusammenhang stehen. Der Gründungsvertrag darf jedoch nicht eine unendliche Auflistung aller möglichen und unvorstellbaren Tätigkeiten enthalten, da ein solcher als „Telefonverzeichnis“ aufgebauter Gesellschaftszweck, der bereits vor der Reform nicht hätte homologiert werden können, ab dem 1. Januar 2004 absolut unzulässig sein wird.

6. GESELLSCHAFTSKAPITAL UND EINLAGEN

6.1. Gesellschaftskapital

Das für GmbHs vorgesehene Mindestkapital bleibt unverändert und beläuft sich also weiterhin auf 10.000 (zehntausend) Euro.

Allerdings ist keine Einschränkung der Beteiligungsgrößen vorgesehen. Diese können sich auch auf Beträge von weniger als 1 Euro belaufen und können also eventuell mit der Verwendung von Euro-Dezimalen angegeben werden. Im Begleitbericht stellt der Gesetzgeber zudem klar, dass in der GmbH, so wie in den Personengesellschaften, die Beteiligung des Gesellschafters, obwohl teilbar, einzig ist.

Der Gesetzgeber führt weiters eine neue Begriffsverwendung ein, wobei der Begriff „*Gesellschaftsanteile*“ fallen gelassen und mit dem Begriff „*Gesellschaftsbeteiligungen*“ ersetzt wird.

Die Beteiligungen können nicht in Form von Aktien erworben werden und nun wird die öffentliche Aufforderung zur Investition derselben ausdrücklich verboten, da der Gesetzgeber die neue GmbH nur als eine Art „geschlossene“ Gesellschaft sieht, die für kleine und mittlere Unternehmen bestimmt ist.

22

6.2. Einlagen

Hinsichtlich des Gegenstands der Einlagen und der Vorgangsweise für die Zuweisung der Gesellschaftsbeteiligungen im Verhältnis zu den Einlagen werden wichtige Neuerungen eingeführt.

6.2.1. Gegenstand der Einbringungen

Ab dem 1. Januar 2004 können alle Elemente der Aktiva, die einer wirtschaftlichen Bewertung unterliegen, in die GmbH eingebracht werden. Die einzige geforderte Voraussetzung für den Gegenstand der Einbringung ist es demnach, dass diese einen wirtschaftlichen Wert zu besitzt.

Somit werden auf einem Schlag sämtliche Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit von Einbringungen, aus dem Weg geräumt, die zwar nützlich für die

Gesellschaft sind, aber keine direkte Garantie für die Gesellschaftsgläubiger darstellen können, da sie nicht einer Zwangsvollstreckung unterliegen, wie zum Beispiel:

- a) das Know-how
- b) die Pflicht des Nicht-Wettbewerbs
- c) nur in Nutzung eingebrachte Liegenschaften
- d) ein Vertrag
- e) ein Garantierrecht
- f) ein Patent
- g) eine Marke
- h) eine negative Verbindlichkeit im allgemeinen

Der Gesetzgeber ging jedoch noch weiter, und trieb die Neuerung so weit, dass, im Gegensatz zu der AG, auch Einlagen in Arbeit und Dienstleistungen ausdrücklich zulässig sind. Somit wird ein altes Dogma des Gesellschaftsrechts aus den Anker gehoben, laut dem die Zulässigkeit von Einbringungen solcher Art immer strikt verweigert wurde, da diese als zu ätherisch angesehen wurden, und als absolut ungeeignet, um von den Gesellschaftsgläubigern zur Befriedigung ihrer Forderungen herangezogen zu werden.

23

Allerdings bleibt allgemein gesehen das Prinzip aufrecht, laut dem die Einlage in Geld zu erfolgen hat, und nur eine anderweitige spezifische Verfügung, die eigens im Gründungsvertrag einzufügen ist, kann zu Einlagen, die nicht in Geld sind, berechtigen.

Die verschiedenen Arten der Einlagen bewirken nun auch verschiedene Vorgangsweisen für die Durchführung, insbesondere:

a) Einlagen in Geld:

- Diese bilden den normalen Gegenstand der Einlage, sofern nicht Anders im Gründungsvertrag vorgesehen;
- bei der Gründung der Gesellschaft müssen nur die 25/100 (fünfundzwanzig Hundertste) und nicht mehr die 3/10 (drei Zehntel) des Einbringungswertes eingezahlt werden;
- die Einlage in Geld kann zudem durch die Vorlage eine Versicherungspolizze oder einer Bankbürgschaft über einen Betrag, der zumindest

jenem der Einbringung entspricht, ersetzt werden (Merkmale der Polizze und der Bankbürgschaft müssen jedoch noch vom Gesetzgeber durch eine zukünftige Verordnung des Präsidenten des Ministerrates festgesetzt werden); der Gesellschafter kann in der Folge die Polizze oder die Bürgschaft jederzeit mit der Einzahlung des entsprechenden Betrages in Geld ersetzen.

b) Einlagen in Sachwerten oder Forderungen

- ihre Zulässigkeit muss im Gründungsvertrag entsprechend vorgesehen sein;
- die entsprechenden Anteile müssen bei ihrer Zeichnung zur Gänze eingelöst werden;
- der einbringende Gesellschafter muss den beeidigten Bericht eines Sachverständigen oder einer Revisionsgesellschaft, die im Verzeichnis der Rechnungsprüfer eingetragen sind oder einer Revisionsgesellschaft, die im entsprechenden Verzeichnis eingetragen ist, vorlegen. Dieser Sachverständige muss jedoch nicht mehr vom Präsident des Landesgerichts bestellt werden, sondern wird direkt von der Partei gewählt;
- es besteht nicht mehr die ausdrückliche Pflicht für die Verwalter, die Prüfung der Schätzung vorzunehmen (wie es in der vorhergehenden Regelung und für die AG noch heute vorgesehen ist), allerdings geht man davon aus, dass dies auf jeden Fall zur Pflicht der Sorgfalt der Verwalter selbst gehört;

c) Einlagen in Arbeit oder Dienstleistungen

- ihre Zulässigkeit muss im Gründungsvertrag entsprechend vorgesehen sein;
- der Gründungsvertrag muss die Art, die Vorgangsweise und die Dauer der Leistung detailliert festlegen;
- sie müssen immer durch eine Bankbürgschaft oder eine Polizze belegt werden, mit welchen der zugewiesene Gesamtwert der vom Gesellschafter eingegangenen Verpflichtungen gedeckt wird;
- der einbringende Gesellschafter muss den beeidigten Bericht eines Sachverständigen oder einer Revisionsgesellschaft, die im Verzeichnis der Rechnungsprüfer eingetragen sind oder einer

Revisionsgesellschaft, die im entsprechenden Verzeichnis eingetragen ist, vorlegen. Dieser Sachverständige muss jedoch nicht mehr vom Präsident des Landesgerichts bestellt werden, sondern wird direkt von der Partei gewählt;

- eventuell kann vorgesehen werden, dass bei Nichterfüllung oder eingetretener Unmöglichkeit der Leistung der verpflichtete Gesellschafter von der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann.

Es ergibt sich das Problem, ob angesichts der unglücklichen Formulierung der Bestimmung und des diesbezüglichen Schweigens des Begleitberichtes zum Gesetz, auch für die Einlagen von Arbeit und Dienstleistungen die Bestimmungen einzuhalten sind, die für die Einlagen in Naturalien vorgesehen sind, da es sich nicht um Einlagen in Geld handelt, und ob demzufolge die Expertise eines Sachverständigen erforderlich ist.

Zum jetzigen Zeitpunkt, vorbehaltlich einer anderen Auslegung der zukünftigen Rechtsprechung, ist es vorzuziehen, sich für die eher tuzioristische Möglichkeit zu entscheiden, die diese Arten von Einlagen jenen in Natur und Forderungen gleichstellt. Folglich ist auch für diese Arten von Zuführungen erforderlich, dass der Gesellschafter einen beeidigten Bericht eines Sachverständigen oder einer Revisionsgesellschaft, die im Verzeichnis der Rechnungsprüfer eingetragen sind, oder einer Revisionsgesellschaft, die im entsprechenden Verzeichnis eingetragen ist, vorlegt.

Hinsichtlich des Inhalts der Bürgschaft oder der Versicherungspolize, die trotz der nicht gerade glücklichen Formulierung der Gesetzesbestimmung immer die Einlage in Arbeit oder Dienstleistungen begleiten sollte, scheint man ableiten zu können, dass dieser darauf abzielt, das Erbringen der Leistung gegenüber der Gesellschaft zu gewährleisten und auch die Forderungen der dritten Gesellschaftsgläubiger sicherzustellen. Gegenüber diesen Rechtspersonen sollte diese nicht nur das Erbringen der Leistung gewährleisten, sondern auch für die Befriedigung ihrer Rechte stets belangbar sein. Ansonsten könnten bei einer Gesellschaft mit einem Gesellschaftskapital, das nur durch Arbeit der Gesellschafter freigesetzt werden kann, könnten die Gesellschaftsgläubiger nie auf dem Vollstreckungswege durch das Gesellschaftsvermögen befriedigt werden.

Die Garantie muss für einen Betrag geleistet werden, die jenem des der Einbringung zugewiesenen Wertes entspricht und muss eine Laufzeit aufweisen, die der Frist der Verbindlichkeit entspricht. Da das Gesetz diesbezüglich nichts verfügt, muss hier der Gesetzgeber klärend einschreiten.

Sonderbar ist es abschließend, dass für die GmbH der Gesetzgeber immer, also auch z.B. für die Einlagen in Liegenschaften, verlangt, dass der ernannte Sachverständige, der nun vom Gesellschafter und nicht mehr vom Präsident des Landesgerichts bestellt wird (wie immer noch für die AG vorgesehen ist), immer ein Sachverständiger entweder von einer Revisionsgesellschaft, die im Verzeichnis der Rechnungsprüfer eingetragen ist oder von einer Revisionsgesellschaft, die im entsprechenden Verzeichnis eingetragen ist, sein muss und nicht, wie für die AG vorgesehen, ein Sachverständiger des spezifischen Sektors der Einlage!

26

Die Expertise muss stets folgendes enthalten:

- 1) Beschreibung der eingebrachten Güter und Forderungen
- 2) Angabe der herangezogenen Bewertungskriterien
- 3) Bescheinigung, dass ihr Wert mindestens jenem entspricht, der ihnen für die Festsetzung des Gesellschaftskapitals und des eventuellen Aufpreises zugewiesen wurde.

Die Expertise muss vom Notar immer dem Gründungsvertrag beigelegt werden. Die eventuelle fehlende Beilegung kann vom mit der Führung der Handelsregister Beauftragten beanstandet werden, da diese eine formelle Unregelmäßigkeit darstellt.

6.2.2. NICHT AUSGEFÜHRTE EINLAGEN

Der neue Artikel 2466 Zivilgesetzbuch sieht für den Fall, dass der Gesellschafter innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Einlage nicht ausführt, eine neue Verfahrensweise vor, die sich wie folgt gliedert:

VOM GESELLSCHAFTER NICHT AUSGEFÜHRTE EINLAGE

1. PHASE

Die Verwalter fordern den säumigen Gesellschafter auf, die Ausführung der Einlage innerhalb von 30 Tagen vorzunehmen.

2. PHASE

Verstreicht diese Frist ungenutzt, können die Verwalter nach ihrer Wahl

1) Schritte zur Ausführung der geschuldeten Einlagen einleiten

Oder

2) den Anteil des säumigen Gesellschafters den anderen Gesellschaftern, im Verhältnis zu ihrer Beteiligung, verkaufen. Der Verkauf erfolgt auf Gefahr und Risiko des säumigen Gesellschafters über den Wert, der sich aus der letzten genehmigten Bilanz ergibt;

3. PHASE

Fehlen Angeboten für den Kauf, wird der Anteil versteigert, sofern es der Gründungsvertrag zuläßt.

4. PHASE

- a) Falls der Verkauf nicht stattfinden kann, weil es keine Käufer gibt, schließen die Verwalter den Gesellschafter aus und behalten die eingehobenen Beträge ein;
- b) das Kapital muss dann entsprechend gekürzt werden.

STRAFE FÜR DEN SÄUMIGEN GESELLSCHAFTER

Der säumige Gesellschafter darf nicht an den Entscheidungen der Gesellschafter teilhaben.

EINGETRETENE FÄLLIGKEIT ODER UNGÜLTIGKEIT DER BÜRGSCHAFTEN ODER DER VERSICHERUNGSPOLIZZEN

Die vorhergehenden Bestimmungen finden Anwendung auch für den Fall, dass aus jedwedem Grund:

- a) Die Versicherungspolizze oder die Bankbürgschaft, die im Sinne des Artikels 2464 als Sicherstellung der Einlagen in Arbeit oder Dienstlei-

stungen oder als Ersatz der Einlagen in Geld geleistet wurden verfallen oder ungültig geworden
In diesem Fall bleibt dem Gesellschafter die Möglichkeit vorbehalten, die Einlagen mit der Einzahlung des entsprechenden Geldbetrages zu ersetzen.

6.3. Zuweisung der Beteiligungen an die Gesellschafter, die nicht im Verhältnis zum Wert der Einlagen erfolgt.

Die Reform führt eine Neuerung ein, da die Gesellschafter bei der Aufteilung des Gesellschaftsvermögens eine Aufteilung der Beteiligungen vornehmen können, die nicht im Verhältnis zum Wert der von jedem Gesellschafter ausgeführten Einlagen erfolgt. Einzige selbstverständliche Voraussetzung ist, dass der Wert der Einlagen, insgesamt nicht unter dem Gesellschaftskapital liegt (vgl. Art. 2464 Zivilgesetzbuch).

28

Praktische Anwendung des Prinzips

a) Gesellschaft, in der die Anwesenheit von Gesellschaftern mit besonderer Erfahrung oder spezifischen Fähigkeiten erforderlich ist

Beispiel:

Man hat ein Gesellschaftskapital von 100 und zwei Gesellschafter A und B der Gesellschafter A könnte eine Einlage in Geld von 10 und der Gesellschafter B eine Einlage in Geld von 90 vornehmen, die Beteiligungen könnten trotzdem 50 zu 50 zwischen den beiden Gesellschaftern aufgeteilt werden.

Diese nicht verhältnismäßige Zuweisung der Gesellschaftsbeteiligungen oder der Aufteilung des Gesellschaftskapitals soll der Person des Gesellschafters eine höhere Relevanz und demnach eine angemessene wirtschaftliche Bewertung ermöglichen.

Man denke diesbezüglich an eine Gesellschaft, die als Gesellschaftszweck die Ausübung von besonders technischen Tätigkeiten hat, in welcher ein

Gesellschafter ist, der in diesem Sektor eine besondere Kompetenz und Erfahrung aufweisen kann. In diesem Fall ist die Beteiligung des Gesellschafters an der Gesellschaft, auf Grund seiner Fähigkeiten, besonders wichtig und könnte demnach aufgewertet werden, indem man dem Gesellschafter eine höhere Beteiligung im Vergleich zu der von ihm getätigten Einlage in Geld zuweist.

b) Generationswechsel im Betrieb innerhalb der Familie des Unternehmers

Eine weitere praktische Anwendung der nicht verhältnismäßigen Zuweisung der Beteiligungen könnte sich bei Generationswechseln in den Betrieben ergeben. Man denke da an den Unternehmer, der die Führung seines Unternehmens stufenweise seinen Kindern übergeben will.

In diesem Falle könnte der Vater seinen Betrieb in eine GmbH einbringen, und ein Gesellschaftskapital von 100 als Beispiel angenommen, könnte er den Betrieb zum Wert von 80 einbringen und die beiden Kinder könnten je-
der eine Einlage in Geld im Wert von 10 tätigen, aber die Beteiligungen wür-
den zu 10 dem Vater und zu je 45 den beiden Kindern zugewiesen werden.

Der Vater könnte sich außerdem das Recht vorbehalten, die Gesellschaft zu verwalten bzw. 40% der Gewinne der Gesellschaft zu erhalten, wobei dieser Prozentanteil höher ist als der Nominalwert der eigenen Beteiligung (vgl. Art. 2468, Absatz 2).

Offensichtlich würde in diesem Fall eine indirekte Schenkung von Seiten des Vaters zu Gunsten eines jeden Kindes im Wert von 35 erfolgen ($45 - 10 = 35$).

6.4. Art der Beteiligungen

6.4.1. Unzulässigkeit von Kategorien von Anteilen.

Im Gegensatz zu den Aktien hat der Gesetzesgeber - im Einklang mit dem Zweck der Reform, der Person des Gesellschafters größere Bedeutung einzuräumen - für die GmbH absichtlich nicht die Möglichkeit vorgesehen, ver-

schiedene Kategorien von Anteilen zu schaffen, da dies unweigerlich zu ihrer Objektivierung und demnach zu einem Verlust der Verbindung zur Person des Gesellschafters geführt hätte.

Unmöglichkeit der Ausgabe von unterschiedlichen Kategorien von Anteilen, wo aber jeder Anteil innerhalb derselben Kategorie dieselben Rechte hat.

Dieser Wille des Gesetzgebers, dessen Ratio im Begleitbericht zur gesetzest. Verordnung Nr. 6 ausdrücklich erläutert wird, müsste demnach der Debatte, die sich zu diesem Thema sowohl hinsichtlich der Lehre als auch der Rechtsprechung vor der Reform entwickelt hatte, ein Ende bereiten.

6.4.2. Möglichkeit besondere Rechte vorzusehen, die einigen Gesellschaftern vorbehalten sind

30

Obwohl einerseits die Möglichkeit verweigert wurde, nach verschiedenen Kategorien typisierte Beteiligungen in Serie auszugeben, wurde es, um die zwischenmenschlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern hervorzuheben, andererseits gestattet, den einzelnen Gesellschaftern Rechte im Zusammenhang mit der Verwaltung der Gesellschaft oder die Aufteilung der Gewinne einzuräumen.

Nachstehend ein Schema dieser Rechte:

- 1) Recht auf Bestellung der Verwalter der Gesellschaft
 - 2) Vetorecht bei bestimmten Geschäften der Gesellschaft
 - 3) Recht, Verwalter der Gesellschaft zu sein
- Bzw.
- 1) Recht auf bevorzugte Behandlung bei der Aufteilung der Gewinne
 - 2) Recht auf Erhalt eines Prozentanteils am Gewinn der höher ist, als der prozentuelle Wert der eigenen Beteiligung

Diese Rechte – im Gegensatz zu dem, was bei Ausgabe von verschiedenen Kategorien von Anteilen passieren würde – sind nicht mit dem Anteil, sondern mit der Person des Gesellschafters verbunden. Demnach ist für deren Abänderung oder Abschaffung, sofern der Gründungsvertrag diesbezüglich

nichts anderes vorsieht, die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, da sie die Eigenschaft einer vertraglichen Verbindung zwischen den Gesellschaftern haben und subjektive Rechte schaffen, die mit den Regeln der Gesellschaftsmehrheiten nicht gegeben sind.

Sollte hingegen der Gründungsvertrag die Abänderung dieser Rechte mit Mehrheit vorsehen und im Falle einer bedeutenden Abänderung derselben, erscheint es angebracht, für die Gesellschafter, die dagegen stimmen, das Rücktrittsrecht einzuführen.

Der eventuelle Beschluss der Gesellschafter, mit welchem die Durchführung von Geschäften genehmigt wird, die eine bedeutende Abänderung dieser Rechte bewirken, räumt dem Gesellschafter, der dagegen gestimmt hat, *ex lege immer das Rücktrittsrecht* ein.

Demnach muss die Besonderheit dieser Rechte im Gründungsvertrag ausdrücklich hervorgehoben werden, um „*prima facie*“ deren Natur und folglich die anwendbare Regelung festzustellen.

Letztendlich ergibt sich das Problem, ob diese Rechte gemeinsam mit der Übertragung durch Akt *inter vivos* oder durch Nachfolge *mortis causa* der Beteiligung des Gesellschafters, dem diese Rechte vorbehalten sind, automatisch übertragen werden sollen oder nicht. Da sie mit der Person des Gesellschafters verbunden sind, erscheint es sinnvoller, dass sowohl bei Abtretung durch Akt *inter vivos* der gesamten Beteiligung durch den Gesellschafter als auch bei Nachfolge *mortis causa*, diese Rechte nicht dem Begünstigten oder den Erben übertragen werden, sondern automatisch gelöscht werden; im Gegensatz sollten diese Rechte im Falle einer nur teilweisen Abtretung der Beteiligung beim ursprünglichen Gesellschafter verbleiben. Einerseits stimmt es auch, dass diese Rechte an und für sich nicht mit den persönlichen Rechten, wie zum Beispiel den Rechten der Person, vergleichbar sind, die mit dem Tod ihres Inhabers gelöscht werden. Demnach sollten sie, zumindest bei Universalerbenschaft, wenn nicht auf einen eventuellen Legatar, der immer nur eine teilweise Erbfolge antritt, zumindest auf den Erben übertragen werden, da dieser hingegen immer die Erbfolge in *universum ius defuncti* antritt.

Diesbezüglich besteht jedoch von Seiten der Lehre eine gewisse Unsicherheit, bedingt zum einen durch die Neuheit der Einrichtung, zum anderen durch das Schweigen des Gesetzgebers zu diesem Punkt. Demnach erscheint es ratsam, das Schicksal dieser Rechte im Falle der Übertragung der

Gesellschaftsbeteiligung durch ihren Inhaber, vorhergehend im Gründungsvertrag zu regeln.

In Anbetracht der typisch vertraglichen Natur dieser Rechte, die einzelnen Gesellschaftern vorbehalten sind, kann man beobachten, dass durch die neue Bestimmung de facto Vereinbarungen, die zuvor typischerweise Gegenstand der sogenannten „Gesellschafterverträge“ also zwischen Gesellschaftern getroffene Vereinbarungen außerhalb der Satzung, waren, nun im Gründungsvertrag eine höhere Wirksamkeit erlangen, da sie somit allen Gesellschaftern entgegengehalten werden können.

6.5. Übertragung der Beteiligungen

6.5.1. Einschränkungen des freien Umlaufs

32

Auch was den Umlauf der Gesellschaftsbeteiligungen anbelangt, führt die Reform wichtige Neuerungen ein.

Obwohl es einerseits wie vorher möglich ist, die Übertragung der Beteiligungen sowohl durch Akt *inter vivos* als auch durch Erbfolge *mortis causa* einzuschränken oder sogar ganz zu verhindern, wollte der Gesetzgeber andererseits vermeiden, dass der Gesellschafter in der Gesellschaft „gefangen“ bleibt und hat somit das nicht abschaffbare Rücktrittsrecht eingeführt.

RÜCKTRITT DES GESELLSCHAFTERS IMMER

Sollte der Gründungsvertrag:

- a) die absolute nicht Übertragbarkeit der Beteiligung vorsehen;
- b) die Übertragung vom Wohlwollen von Gesellschaftsorganen, Gesellschaftern oder Dritten abhängig machen, ohne dass diesbezüglich Bedingungen und Einschränkungen festgesetzt worden sind;
- c) Bedingungen oder Einschränkungen vorsehen, die im konkreten Fall die Übertragung wegen Todesfall verhindern.

SATZUNGSMÄSSIGE AUFSCHIEBUNG DES AUSTRITTSRECHTS

Der Austritt kann jedoch durch ausdrücklichen Vermerk im Gründungsvertrag für einen Zeitraum von höchstens zwei Jahren ab Gründung der Gesellschaft oder ab Zeichnung der Beteiligung, im Falle einer Kapitalerhöhung, ausgeschlossen werden.

Im Lichte der neuen Bestimmungen gelten demnach sämtliche Einschränkungen, die in der Praxis bereits vor der Reform verbreitet waren, obwohl einige gezwungenermaßen durch das Austrittsrecht des Gesellschafters ausgeglichen werden müssen.

Folgende Klauseln haben nun Gültigkeit:

1) für den Fall der Übertragung durch Rechtshandlung unter Lebenden:

- a) Klausel des Vorkaufs im eigentlichen Sinn bei gleichen Bedingungen für den Dritten
- b) Klausel des Vorkaufs im nichteigentlichen Sinn zu einem Preis, der vorbestimmt oder von einem dritten Schiedsrichter gemäß Art. 1349 Zivilgesetzbuch festgesetzt wird;
- c) Klausel der Billigung, das bzw. an objektiven Elementen gekoppelt ist;
- d) Klausel der reinen Billigung mit Berichtigung des Austrittsrechts;
- e) Klausel der Sperre mit Berichtigung des Austrittsrechts
- f) Komplexe Klauseln wie: Vorkauf + Billigung („Billigung“ oder „reine Billigung + Rücktritt“)

2) für den Fall der Erbfolge mortis causa

- a) Klausel der automatischen Konsolidierung zu Gunsten der überlebenden Gesellschafter im Verhältnis zum Beteiligungsanteil, der von jedem gehalten wird, mit der Pflicht, den Erben des verstorbenen Gesellschafters den Realwert der Beteiligung auszuzahlen;
- b) Klausel der Option gemäß Art. 1331 Zivilgesetzbuch zu Gunsten der überlebenden Gesellschafter für einen Preis, der dem Realwert der Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters entspricht;
- c) Einseitiger Vorvertrag zu Gunsten der überlebenden Gesellschafter für einen Preis, der dem Realwert der Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters entspricht;

- d) Klausel, die im Konkretefall die nicht Übertragbarkeit der Beteiligung (reine Billigung, Billigung, totale Sperre) bewirkt, mit der Pflicht für die Gesellschaft, den Erben den Wert der Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters auszuzahlen;
- e) Klausel der Beschränkung der Übertragbarkeit, die im Konkretefall die Übertragung an die Erben nicht verhindert;
- f) Klausel der fakultativen Fortführung für die Erben, durch die sie die Möglichkeit haben zu entscheiden, ob sie das Verhältnis mit der Gesellschaft aufrecht erhalten oder aus der Gesellschaft austreten wollen.

Weiterhin unzulässig für die GmbH ist hingegen die Klausel des Rückkaufes der Beteiligung zu Gunsten der Gesellschaft, in Anbetracht des im Sinne des Art. 2474 ZGB aufrecht bleibenden Verbots für die GmbH eigene Beteiligungen zu erwerben.

34

Ebenfalls unzulässig, da sie gegen das Verbot von Abmachungen über die Erfolge gemäß Art. 458 Zivilgesetzbuch verstoßen, sind die Klauseln, die eine Liquidation oder Auszahlung von Entgelten an die Erben vorsehen, die unter dem Realwert der Beteiligung liegen. Diese würden nämlich eine vertragliche Bereicherung mortis causa zu Gunsten der anderen Gesellschafter bewirken.

Eventuelle Überträge von Beteiligungen, die in Übertretung der satzungsmäßigen Einschränkungen vorgenommen werden, können – unabhängig von ihrer Nichtigkeit oder auch nicht, je nach dem, wie sich diesbezüglich die schwankende Rechtsprechung orientiert, sicherlich nie von den Verwaltern im Gesellschafterbuch vermerkt werden und werden demnach gegenüber der Gesellschaft immer unwirksam sein. Dies weil auf Grund der Wirkung der Bekanntmachung des Gründungsvertrages durch Hinterlegung beim Handelsregister, diese Einschränkungen Wirksamkeit erlangen und erga omnes entgegengehalten werden können.

Der Begünstigte kann demnach keine Gesellschaftsrechte ausüben, wenn der alte abtretende Gesellschafter weiterhin Gesellschafter in der Gesellschaft bleibt.

**STRAFE BEI VERLETZUNG DER EINSCHRÄNKUNGEN, DIE DIE SATZUNG
DEM UMLAUF DER BETEILIGUNGEN AUFERLEGT**

- a) Unwirksamkeit der Abtretung gegenüber der Gesellschaft
- b) der Käufer kann nicht in das Gesellschafterbuch eingetragen werden
- c) der Käufer kann keine Gesellschaftsrechte ausüben

6.5.2. Vermögensregelung der Ehegatten und Übertragung der Beteiligungen

Der Ankauf von Beteiligungen an einer GmbH von Seiten von Ehegatten in gesetzlicher Gütergemeinschaft unterliegt den Bestimmungen des Art. 177 und ff., des Zivilgesetzbuches und kann alternativ folgendes bewirken:

- a) die Beteiligung fällt in die Gütergemeinschaft de residuo (vgl. Art. 177 Buchstaben b), c) und Art. 178) d.h., es entsteht ein einfaches Forderungsrecht betreffend die Hälfte des Wertes zum Zeitpunkt der Auflösung der Gemeinschaft;
- b) die Beteiligung fällt in die aktuelle Gütergemeinschaft (Art. 177 Buchst. a);
- c) die Beteiligung wird als persönliche Sache erworben (Art. 179).

35

Während die unter Punkt a) und c) aufgezeigten Möglichkeiten keine Probleme verursachen, könnte die Möglichkeit b) einige Schwierigkeiten mit sich bringen. Fällt die Beteiligung an einer GmbH in die aktuelle Gütergemeinschaft, bewirkt dies für die Verwalter die Pflicht, die Eintragung in das Gesellschafterbuch zu Gunsten der beiden Ehegatten in gesetzlicher Gütergemeinschaft vorzunehmen.

Die interne Verwaltung der Beteiligung wird von den Artikeln 180, 181, 182, 183 e 184 Zivilgesetzbuch geregelt, während der Gesellschaft gegenüber die Vorgabe laut Art. 2468, letzter Absatz Anwendung findet, der die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters erfordert.

Ist zudem nur einer der Ehegatten beim Ankauf erschienen und gibt dieser nicht seine Zustimmung zur Eintragung des Namens auch des anderen Ehegatten in das Gesellschafterbuch, kann letzterer die erwähnte Eintragung nur nach dem Feststellungsurteil, das feststellt, dass die Beteiligung in die Gütergemeinschaft fällt, erwirken, da die Verwalter der Gesellschaft kein Urteil hinsichtlich der Vermögensregelung des Gesellschafters abgeben können und sollen.

Sieht letztendlich die Satzung besondere Voraussetzungen für den zukünftigen Gesellschafter vor und möchte dieser die Beteiligung für die gesetzliche Gemeinschaft erwerben, müssen beide Ehegatten die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllen. Erfüllt sie jedoch nur der Käufer, aber nicht dessen Ehegatte, sind die Verwalter berechtigt, die Eintragung des Letzteren in das Gesellschafterbuch der Gesellschaft zu verweigern.

6.5.3. Wirkung und Bekanntmachung der Übertragung

Die Übertragung der Beteiligung ist mit der Eintragung in das Gesellschafterbuch (Art. 2470 Zivilgesetzbuch) gegenüber der Gesellschaft wirksam.

A) Für die Übertragung mittels Rechtsgeschäft unter Lebenden ist immer die notarielle Form des Akts (beglaubigte Privaturkunde oder öffentliche Urkunde) erforderlich. Der Akt muss zuerst innerhalb von 30 Tagen ab seiner Unterzeichnung vom Notar bei der zuständigen Handelskammer hinterlegt werden. Anschließend muss er vom abtretenden oder begünstigten Gesellschafter, gemeinsam mit dem Nachweis seiner erfolgten Hinterlegung (und nicht Eintragung) bei der Handelskammer vorgelegt werden, damit die Verwalter der Gesellschaft die Anmerkung im Gesellschafterbuch vornehmen können.

B) Im Falle der Erbfolge mortis causa müssen die Erben oder Legatäre gemäß Vorgabe der Kombination der Artikel Nr. 7 des KD Nr. 239 vom 29.03.1942 und 239 und 2470 des Zivilgesetzbuches den Verwaltern nachstehende Unterlagen vorlegen:

- a) Totenschein des verstorbenen Gesellschafters;
- b) (beglaubigte) Abschrift des Bekanntmachungsprotokolls des Testaments, selbstverständlich nur wo ein solches vorhanden ist;
- c) Notarietsakt, der die Eigenschaft des Erben oder Legatars bescheinigt.

Es muss hingegen keine Abschrift der Erbschaftsmeldung vorgelegt werden, da die entsprechende Steuer abgeschafft wurde.

6.5.4. Doppelter Verkauf derselben Beteiligung an mehrere Personen

Der Art. 2470 Absatz III des Zivilgesetzbuches führt eine neues, wichtiges Kriterium für die Lösung von Konflikten zwischen mehreren Käufern ein und derselben Beteiligung ein und setzt den Vorrang für denjenigen fest, der als erster die Eintragung der Abtretung beim zuständigen Handelsregister vorgenommen hat, sofern er im guten Glauben handelt, auch wenn sein Rechtstitel ein späteres Datum als jenes seines Mitbewerbers trägt.

Dieses Prinzip, das von jenem im Art. 1155 Zivilgesetzbuch hinsichtlich des Umlaufs von beweglichen Gütern entlehnt wurde, bietet jedoch an für sich nicht eine sofortige Lösung. Es verlangt nämlich – auf Grund einer präzisen und sorgfältig erwogenen systematischen Entscheidung des Gesetzgebers – die Voraussetzung des guten Glaubens, verstanden als unwissentliche Verletzung eines Rechtes des Anderen. Diese ist, auch wenn sie immer unter Berücksichtigung des Prinzips gemäß Art. 1147 Absatz III angenommen wird, ein subjektives Element, dessen konkrete Feststellung unsicher ist. Die Bestimmung scheint weiters zu fordern, dass der gute Glaube vom Zeitpunkt der Abtretung bis zum Moment der Eintragung in das Register bestehen muss.

Dem eventuellen unterlegenen Käufer bleibt hingegen nichts anderes übrig, als gegen den Verkäufer, der ihm die Beteiligung verkauft hat, vorzugehen, um die Rückerstattung des erlittenen Schadens zu erhalten.

Doppelte Abtretung ein und derselben Beteiligung von Seiten eines Gesellschafters zu Gunsten von zwei Käufern

Es siegt der Käufer, der:

- a) in gutem Glauben (der gemäß Art. 1147 Zivilgesetzbuch immer vermutet wird, sofern nicht das Gegenteil erwiesen wird)
- b) als erster die Abtretung zu seinen Gunsten beim Handelsregister, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat, einträgt.

6.5.5. Haftung des Verkäufers für die noch geschuldeten Einzahlungen.

Falls ein Gesellschafter seine Beteiligung verkauft und diese noch nicht zur Gänze eingelöst wurde, haftet er als Gesamtschuldner mit dem Käufer gegenüber der Gesellschaft für die Zahlung der fehlenden Zehntel für einen Zeitraum von drei Jahren. Diese Frist läuft nicht mehr ab dem Datum des Übertragungsvertrages, sondern ab dem Datum der Eintragung des Vertrages in das Handelsregister. Die Gesellschaft muss in jedem Fall die Zahlung vom neuen Gesellschafter verlangen, ohne Pflicht der vorhergehenden Belangung des Vermögens des Letzteren.

6.5.6. Geschäfte der GmbH auf eigene Beteiligungen und Leveraged buy-out

Es bleibt das absolute Verbot für die GmbH bestehen (vgl. Art. 2474 Zivilgesetzbuch), eigene Beteiligungen zu kaufen, als Sicherheit anzunehmen bzw. Anleihen zu gewähren oder Sicherheiten für ihren Erwerb oder ihre Zeichnung zu leisten.

38

Diesbezüglich zeigt sich jedoch eine Öffnung von seiten des Gesetzgebers, zumindest hinsichtlich der Beziehung zwischen dem allgemeinen Verbot, Sicherheiten zum Ankauf von eigenen Beteiligten zu leisten und den sogenannten leveraged buy-out-Geschäften.

Mit diesem Begriff bezeichnet man eine Vielfalt von wirtschaftlichen Geschäften, die mit unterschiedlichen Methoden vorgenommen werden können, und die auf den Kauf einer Gesellschaft abzielen, wobei man auf Anleihen zurückgreift, die wirtschaftlich durch die Sicherheit des Vermögens der anzukaufenden Gesellschaft abgedeckt sind.

Klassisch wird dieses Geschäft durch eine Gesellschaftsfusion vorgenommen, die sich in folgende Phasen gliedert:

LEVERAGED BUY-OUT-GESCHÄFT

- a) Gründung einer Mittelgesellschaft, *Vehikel-Gesellschaft oder Shell company oder newco bezeichnet*, von Seiten derjenigen, die die bestehende Gesellschaft ankaufen wollen, die *Zielgesellschaft oder Target* bezeichnet wird;
- b) Aufnahme von Seiten der Vehikel-Gesellschaft der zum Kauf der Zielgesellschaft erforderlichen Finanzierungen;
- c) Ankauf des gesamten Pakets oder eines Mehrheitspakets an Aktien oder Beteiligungen der Zielgesellschaft von seiten der Vehikel-Gesellschaft;
- d) Fusion der Zielgesellschaft mit der Vehikel-Gesellschaft;
- e) Nachfolgende Tilgung der von der Vehikel-Gesellschaft für den Ankauf der Zielgesellschaft aufgenommenen Verschuldung mit dem Vermögen dieser Zielgesellschaft, das durch die Fusion erworben wurde;

Die Haltung der Rechtsprechung hinsichtlich dieser Art von Geschäften war immer sehr streng, da diese oft als unrechtmäßiges Instrument betrachtet wurden, um sowohl das Verbot für die Gesellschaft zum Ankauf eigener Beteiligungen als auch das Verbot, Vorschüsse für den Ankauf von eigenen Beteiligungen zu geben, zu umgehen. Folglich wurde auch deren Unrechtmäßigkeit erklärt.

Konkret und wirtschaftlich gesehen wird nämlich die für den Ankauf der Zielgesellschaft aufgenommene Verschuldung durch die Fusion mit dem Vermögen derselben Zielgesellschaft getilgt. Juristisch gesehen, ist die Angelegenheit jedoch komplexer, da die Zielgesellschaft niemals, zumindest direkt, eine Garantie zur Sicherstellung des Geschäfts leistet.

Mit der im Art. 2501 – bis Zivilgesetzbuch erläuterten Bestimmung, eingeführt im Abschnitt II, die der Fusion der Gesellschaften gewidmet ist, wird das leveraged buy-out ab dem 1. Januar 2004 ausdrücklich zu den nachstehenden Bedingungen legitimiert:

BEDINGUNGEN FÜR DAS LEVERAGED BUY-OUT

- a) das Fusionsprojekt laut Artikel 2501-ter, das von den Verwaltern der betroffenen Gesellschaften abzufassen ist, muss die Finanzressourcen anführen, die zur Tilgung der Verbindlichkeiten der aus der Fusion hervorgehenden Gesellschaft vorgesehen sind.
- b) Der Bericht der Verwalter gemäß Artikel 2501-quinquies muss die Gründe anführen, die das Geschäft rechtfertigen und einen Business- und Finanzplan enthalten, mit Angabe der Quelle der Finanzressourcen und einer Beschreibung der Ziele, die man erreichen will.
- c) Der Bericht der Sachverständigen gemäß Artikel 2501-sexies, bescheinigt die Angemessenheit der im Fusionsprojekt gemäß vorhergehendem zweiten Absatz enthaltenen Angaben.
- d) Dem Projekt muss ein Bericht der mit der obligatorischen buchhalterischen Prüfung der Zielgesellschaft oder kaufenden Gesellschaft betrauten Revisionsgesellschaft beigelegt werden.
- e) Auf diese Art der Fusion werden weiters die Bestimmungen laut Artikeln 2505 e 2505-bis angewandt, die zur Vereinfachung des Fusionsverfahrens im Falle der Fusion einer zur Gänze oder zu 90% kontrollierten Gesellschaft vorgesehen sind.

40

Der Gesetzgeber hat somit entschlossen, das leveraged buy-out zuzulassen unter der Bedingung, dass dieses Geschäft stets absolut transparent gestaltet wird, damit die Gesellschafter und Drittpersonen die Möglichkeit haben, das Geschäft und dessen wirtschaftlich-finanziellen Auswirkungen auf die Zielgesellschaft sorgfältig zu erwägen.

Es bleibt jedoch weiterhin zu erwägen, ob eine eventuelles negatives Gutachten der Sachverständigen hinsichtlich der Angemessenheit des Geschäftes der Durchführung des Geschäftes entgegensteht oder nicht.

6.5.6. Enteignung der Beteiligung und persönlicher Konkurs des Gesellschafters

Es bleibt weiterhin das Prinzip aufrecht, laut dem die Beteiligung enteignet werden kann.

Die Reform unterwirft jedoch die Pfändung der Beteiligung einer umfassenden Regelung:

- a) Der pfändende Gläubiger muss die Pfändung dem Schuldner und auch der Gesellschaft mitteilen;
- b) die Pfändung muss in das Handelsregister eingetragen werden;
- c) die Pfändung muss umgehend von den Verwaltern im Gesellschafterbuch vermerkt werden.

Ist die Beteiligung nicht frei übertragbar, bleibt der Gesellschaft letztendlich die Möglichkeit, gemeinsam mit dem Gläubiger und dem Gesellschafter eine Einigung hinsichtlich der Person des Käufers zu erzielen bzw. in Ermangelung, innerhalb von 10 Tagen nach Zuschlag der Beteiligung bei der Versteigerung einen Käufer ihrer Wahl vorzustellen.

Dasselbe ist im Falle des persönlichen Konkurses des Gesellschafters vorgesehen.

6.5.7. Pfändung, Nutznießung und Beschlagnahme der Beteiligung.

Mit der Einführung des neuen Textes des Artikels 2471 Zivilgesetzbuch hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Pfändung, Nutznießung und Beschlagnahme der Beteiligungen in GmbHs Zweifel und Unsicherheiten ausgeräumt, die in der vorhergehenden Fassung auf Grund einer lückenhaften Regelung entstanden sind.

NUTZNIESSUNG

- a) das Stimmrecht steht, sofern nicht anders vereinbart, dem Nutznießer zu;
- b) im Falle der Kapitalerhöhung gegen Zahlung steht das Bezugsrecht dem Gesellschafter zu, und die Beteiligungen werden nur ihm in vollem Eigentum zugewiesen. Nimmt der Gesellschafter nicht mindestens drei Tage vor der Fälligkeit die Zahlung der für die Ausübung des Bezugsrechts erforderlichen Beträge vor und falls die anderen Gesellschafter dieses nicht erwerben, muss es für seine Rechnung über die Bank oder über einen Vermittler, der zum Handel an der Börse ermächtigt ist, veräußert werden;

- c) Bei unentgeltlicher Erhöhung des Gesellschaftskapitals werden die neuen Beteiligungen nur in das nackte Eigentum zugewiesen und die Nutznießung dehnt sich somit auch auf die neuen Beteiligungen aus;
- d) Werden auf die Beteiligungen Einzahlungen verlangt, müssen diese vom Nutznießer vorgenommen werden, der nach Ablauf seines Rechts jedoch Anrecht auf die entsprechende Rückerstattung hat;
- e) Die sonstigen Gesellschaftsrechte verwaltungsmäßiger Art stehen, sofern nicht anders vereinbart, hingegen sowohl dem Gesellschafter als auch dem Nutznießer zu;

PFÄNDUNG

- a) Das Stimmrecht steht, sofern nicht anders vereinbart, dem Pfandgläubiger zu;
- b) im Falle der Kapitalerhöhung gegen Zahlung steht das Bezugsrecht dem Gesellschafter zu und die neuen Beteiligungen werden nur ihm im vollen Eigentum zugewiesen. Nimmt der Gesellschafter nicht mindestens drei Tage vor der Fälligkeit die Zahlung der für die Ausübung des Bezugsrechts erforderlichen Beträge vor und falls die anderen Gesellschafter dieses nicht erwerben, muss es für seine Rechnung über die Bank oder über einen Vermittler, der zum Handel an der Börse ermächtigt ist, veräußert werden;
- c) bei unentgeltlicher Erhöhung des Gesellschaftskapitals dehnt sich die Pfändung automatisch auf die neuen Beteiligungen aus;
- d) sind Einzahlungen auf die Aktien verlangt, muss der Gesellschafter mindestens drei Tage vor der Fälligkeit die Einzahlung der erforderlichen Beträge vornehmen; ist dies nicht der Fall, kann der pfändende Gläubiger die Beteiligungen verkaufen und falls die anderen Gesellschafter diese nicht erwerben wollen, müssen diese für seine Rechnung über die Bank oder über einen Vermittler, der zum Handel an der Börse ermächtigt ist, veräußert werden;
- e) Die sonstigen Gesellschaftsrechte verwaltungsmäßiger Art stehen, sofern nicht anders vereinbart, hingegen sowohl dem Gesellschafter als auch dem Pfandgläubiger zu;

BESCHLAGNAHME

- a) Das Stimmrecht steht dem Verwahrer zu;
- b) im Falle der Kapitalerhöhung gegen Zahlung steht das Bezugsrecht dem Gesellschafter zu und die neuen Beteiligungen werden nur ihm in vollem Eigentum zugewiesen. Nimmt der Gesellschafter nicht mindestens drei Tage vor der Fälligkeit die Zahlung der für die Ausübung des Bezugsrechts erforderlichen Beträge vor und falls die anderen Gesellschafter dieses nicht erwerben, muss es für seine Rechnung über die Bank oder über einen Vermittler, der zum Handel an der Börse ermächtigt ist, veräußert werden;
- c) bei unentgeltlicher Erhöhung des Gesellschaftskapitals dehnt sich die Beschlagnahme automatisch auf die neuen Beteiligungen aus;
- d) die sonstigen Rechte verwaltungsmäßiger Art stehen immer nur dem Verwahrer zu.

6.5.8. Mitinhaberschaft des Eigentums- und Nutznießungsrechtes auf ein und dieselbe Beteiligung

Bei Gemeinschaft des Eigentums- oder Nutznießungsrechtes auf die Gesellschaftsbeteiligung sieht der Gesetzgeber im Absatz IV des neuen Artikels 2468 ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen der Artikel 1105 und 1106 des Zivilgesetzbuches hinsichtlich der Gemeinschaft in Bezug auf die Ernennung des gemeinsamen Vertreters, der sämtliche Teilhaber gegenüber der Gesellschaft vertritt, Anwendung finden sollen.

Daraus folgt, dass die Vorgangsweise für die Ausübung der Gesellschaftsrechte mit mehrheitlicher Stimme der Teilhaber zu beschließen sind. Diese Mehrheit wird gemäß dem Wert ihrer Anteile gemessen und wie oben wird auch bei der Bestellung des gemeinsamen Vertreters und bei der Festsetzung seiner Rechte vorgegangen.

Für die Handlungen der außerordentlichen Verwaltung des Anteils, wie dessen Veräußerung oder die Bestellung des Nutznießungs- und Pfandrechts ist selbstverständlich immer die Zustimmung aller Teilhaber erforderlich.

7. DAUER DER GESELLSCHAFT

Ab dem ersten Januar 2004 ist es nicht mehr erforderlich, eine Dauer für die GmbHs anzugeben, da auch eine unbefristete Dauer möglich ist. Diese Neuerung, die den Bestimmungen für die Personengesellschaften entlehnt wurde, wird jedoch vom nicht abschaffbaren Recht des Gesellschafters, von der Gesellschaft auszutreten, ausgeglichen.

Somit wird vermieden, dass der Gesellschafter für immer in der Gesellschaft „gefangen“ bleibt.

Der Austritt muss der Gesellschaft mit einer Vorankündigungsfrist von mindestens 6 Monaten, die, durch spezifischen Vermerk im Gründungsvertrag, bis zu höchstens einem Jahr erhöht werden kann, mitgeteilt werden. Mit der Ausübung des Austrittsrechts kann der Gesellschafter somit jederzeit seine Verbindung zur Gesellschaft einseitig auflösen und in der Folge die Rückerstattung der eigenen Beteiligung im Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen erhalten.

44

Schematisch kann man also, abhängig von der Dauer, zwei Gesellschaftstypen haben:

Dauer der Gesellschaft:

- a) Befristete Dauer mit einer Frist, die nicht über die Lebzeiten der Gesellschafter liegen darf, für die das Austrittsrecht nicht angewandt wird;
- b) Unbefristete Dauer, mit nicht abschaffbarem Recht der Gesellschafter jederzeit mit einer Vorankündigung von mindestens sechs Monaten und höchstens einem Jahr von der Gesellschaft auszutreten.

8. AUSTRITT DES GESELLSCHAFTERS

Der Art. 2473 Zivilgesetzbuch führt für die Gesellschafter zwei Austrittsmöglichkeiten ein:

a) der Austritt ex lege

Er steht dem Gesellschafter nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zu und stellt ein subjektives Recht des Gesellschafters dar, das von den andern Gesellschaftern weder abgeändert noch abgeschafft werden kann.

b) der Austritt laut Vereinbarung

Er steht dem Gesellschafter zu den im Gründungsvertrag vorgesehenen Bedingungen zu und muss demnach in diesem ausdrücklich vorgesehen werden. Allerdings drückt diese Art von Austritt, gerade weil sie auf dem Gründungsvertrag beruht, den Willen der Gesellschafter aus und kann also von diesen mit den im Gründungsvertrag vorgesehenen Mehrheiten abgeändert oder abgeschafft werden. Bei deren Abschaffung wird dem Gesellschafter, der gegen den Beschluss stimmt, vom Gesetz das nicht abschaffbare Recht zugestanden, von der Gesellschaft auszutreten.

Der Austritt ist ein dem Gesellschafter zuerkanntes Gestaltungsrecht, die Verbindung zur Gesellschaft einseitig mit einseitiger Willensbekundung aufzulösen. Die Auflösung wird wirksam sobald sie der Gesellschaft mitgeteilt wurde, mit Ausnahme der unbefristet gegründeten Gesellschaft, für die die Vorankündigungsfrist obligatorisch ist.

Diese Bestimmung stellt eine wichtige Neuerung dar, da mit der alten Regelung der Austritt eines Gesellschafters von der Gesellschaft nur in den ausdrücklichen Fällen laut altem Artikel 2437 Zivilgesetzbuch zulässig war, für den Fall dass der Gesellschafter bei Beschlüssen mit folgendem Inhalt

- a) Änderung des Gesellschaftszwecks,
 - b) Verlegung des Gesellschaftszwecks ins Ausland,
 - c) Umwandlung des Gesellschaft
- abwesend oder nicht einverstanden war.

Außerhalb dieser Fälle hat sich die Rechtsprechung hingegen konstant und strikt geweigert, andere Möglichkeiten des Austritts in der Satzung vorzusehen. Der Austritt wurde nämlich von den Landesgerichten negativ beurteilt, da durch einen Austritt der Gesellschaft die Pflicht erwächst, den Wert der Beteiligung des ausgetretenen Gesellschafters auszuzahlen, was eine Kürzung

des Gesellschaftsvermögens und eine potentielle Beeinträchtigung hinsichtlich der Forderung für die Gesellschaftsgläubiger bedeuten könnte. Die Reform hingegen gibt den Gesellschaftern der GmbH einerseits die Möglichkeit, ohne Einschränkungen auszutreten, andererseits sieht sie einige Vorsichtsmaßnahmen bei der Auszahlung der Anteile vor, mit welchen die Gesellschaftsgläubiger abgesichert werden sollen.

Aus dem Text der Reform (vgl. Artikel 2437 hinsichtlich Aktiengesellschaften und 2497-quater Zivilgesetzbuch hinsichtlich Führung und Aufsicht) geht, zur Beilegung der Debatte, die diesbezüglich während der Gültigkeit der alten Regelung entstanden ist, nun endlich hervor, dass der Gesellschafter sowohl mit seiner ganzen Beteiligung als auch nur mit einem Teil derselben austreten kann. Im letzteren Fall bleibt er also Gesellschafter um einen geringen Teil und erhält nur den Teil seiner Beteiligung ausgezahlt, mit welchem er ausgetreten ist.

46

Praktisch gesehen, bietet die Erweiterung der Austrittsmöglichkeiten dem Gesellschafter mehrere Wege an, um bei Unstimmigkeiten mit den anderen Gesellschaftern von der Gesellschaft auszutreten. Gleichzeitig stellt sie auch ein Risiko für die Gesellschaft dar, da diese auf Grund des Rücktritts und in Ermangelung von Kaufangeboten für die Beteiligung des ausgetretenen Gesellschafters eine Kürzung des Vermögens erleidet, die – sollte es nicht möglich sein, die Beteiligung durch Inanspruchnahme der verfügbaren Rücklagen oder des Gesellschaftskapitals auszuzahlen – auch zur Auflösung der Gesellschaft selbst führen kann.

Bei internen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gesellschaftern kann der Austritt zudem auch ein Verhandlungsinstrument zu Gunsten der Minderheitsgesellschafter gegen die Mehrheit werden. Angesichts des Risikos, den dagegen stimmenden Gesellschafter, der sein Austrittsrecht ausübt, auszahlen zu müssen sind, sind die Mehrheitsgesellschafter gezwungen, ihre Entscheidungen mit größerer Sorgfalt abzuwägen bzw. Kompromisse einzugehen.

A) AUSTRITT EX LEGE

Es handelt sich um ein subjektives Recht des Gesellschafters, das niemals durch Beschluss der anderen Gesellschafter abgeschafft werden kann.

1) Er steht den Gesellschaftern zu, die folgenden Entscheidungen nicht zugestimmt haben:

- a) Änderung des Gesellschaftszwecks
- b) Änderung der Art der Gesellschaft
- c) Fusion oder Spaltung der Gesellschaft
- d) Widerruf der Liquidationsphase
- e) Verlegung des Sitzes ins Ausland
- f) Abschaffung einer oder mehrerer im Gründungsvertrag vorgesehenen Austrittsgründe
- g) Durchführung von Geschäften, die eine wesentliche Änderung des im Gründungsvertrag festgelegten Gesellschaftszweckes oder eine bedeutende Änderung der Rechte der Gesellschafter laut Artikel 2468, Absatz vier nach sich ziehen
- h) den Gesellschaftern, die gegen die Einführung oder Abschaffung von Schiedsklauseln nach dem 30. September 2004 (vgl. Art. 34 und 41 der Prozessreform) gestimmt haben

2) den Gesellschaftern, die der Führung und Koordinierung unterliegen, steht das Austrittsrecht zudem in folgenden Fällen zu:

- a) wenn die Gesellschaft oder die Körperschaft, die eine Führungs- und Koordinierungstätigkeit ausübt, eine Umwandlung beschlossen hat, die eine Änderung ihres Gesellschaftszweckes beinhaltet und die Ausübung von Tätigkeiten genehmigt, die die wirtschaftlichen und Vermögensverhältnisse der Gesellschaft, die der Führung- und Koordinierung unterliegt, empfindlich und direkt beeinflussen;
- b) wenn zu Gunsten des Gesellschafters die Verurteilung mit Vollstreckungsbeschluss desjenigen ausgesprochen wurde, der laut Art. 2497 Zivilgesetzbuch eine Führungs- und Koordinierungstätigkeit ausübt; in diesem Fall kann das Austrittsrecht nur für die gesamte Beteiligung des Gesellschafters ausgeübt werden;
- c) Bei Beginn und bei Beendigung der Führungs- und Koordinierungstätigkeit, wenn es sich nicht um eine Gesellschaft mit an der Börse

notierten Aktien handelt, wenn sich daraus keine Abänderung der Risikobedingungen für die Investition ergeben und wenn kein öffentliches Verkaufsangebot ausgerufen wird.

3) dem Gesellschafter einer unbefristet gegründeten Gesellschaft

steht das Austrittsrecht jederzeit zu und kann mit einer Vorankündigung von mindestens sechs Monaten ausgeübt werden; der Gründungsvertrag kann eine längere Vorankündigungsfrist vorsehen, die jedoch nicht länger als ein Jahr sein kann.

B) VERTRAGLICH VORGESEHENER AUSTRITT

Es handelt sich um ein Recht, das dem Gesellschafter durch den Gründungsvertrag eingeräumt wird und demnach kann es mit Änderung des Gründungsvertrages, die bei der Gesellschafterversammlung von den Gesellschaftern mit den erforderlichen Mehrheiten beschlossen wird, abgeändert oder abgeschafft werden.

Allerdings hat der Gesellschafter, der dem Beschluss nicht zustimmt, mit welchem Möglichkeiten des Austritts in der Satzung aufgehoben werden, ein Rücktrittsrecht ex lege.

- a) In den vom Gründungsvertrag vorgesehenen Fällen, eventuell auch „ad nutum“ und zu den frei im Gründungsvertrag festgesetzten Fristen und Vorgangsweisen.

8.1. ART UND WEISE SOWIE FRISTEN DES AUSTRITTS

a) AUSTRITT EX LEGE

Der Art. 2473 Zivilgesetzbuch regelt nicht die Art und Weise, mit welcher das Austrittsrecht ausgeübt werden muss und schweigt einfach zu diesem Punkt. Der Art. 2473-bis hingegen hinsichtlich der Aktiengesellschaft, regelt Fristen und Art und Weise des Austritts detailliert wie folgt:

AUSTRITT IN DER AG

2437-bis. (Fristen und Art und Weise des Austritts).

Das Austrittsrecht wird ausgeübt:

- a) durch Einschreibebrief, der innerhalb von fünfzehn Tagen nach Eintragung in das Handelsregister des Beschlusses, der den Austritt berechtigt, zu verschicken ist.

Er muss enthalten

- a) die Personalangaben des austretenden Gesellschafters,
- b) den Wohnsitz für die Mitteilungen hinsichtlich des Verfahrens,
- c) die Anzahl und die Kategorie der Aktien, für welche das Austrittsrecht ausgeübt wird, Falls der Tatbestand, der den Austritt berechtigt, nicht ein Beschluss ist, wird das Austrittsrecht innerhalb von dreißig Tagen ab seiner Kenntnisnahme durch den Gesellschafter ausgeübt.

Die Aktien, für welche das Austrittsrecht ausgeübt wurde, dürfen nicht abgetreten werden und müssen beim Gesellschaftssitz hinterlegt werden

Omissis

In Anbetracht des Schweigens des Gesetzgebers scheint es selbstverständlich, Bezug auf die Verfügung des Art. 2347-bis zu nehmen, zumindest was die Möglichkeiten des Austritts ex lege anlangt, auch wenn man feststellen muss, dass zum jetzigen Zeitpunkt eine extensive oder analoge Anwendung der für die Aktiengesellschaften vorgesehenen Bestimmungen auf die neue GmbH, angesichts der vom Gesetzgeber angewandten strikten Trennung zwischen diesen beiden Gesellschaftstypen, immer sorgfältig erwogen werden soll.

Das größte Problem ist jenes der Frist, innerhalb der das Austrittsrecht ex lege ausgeübt werden kann, denn

- a) entweder wendet man die Frist von 15 Tagen ab der Eintragung in das Handelsregister des Beschlusses, das den Austritt legitimiert bzw. von 30 Tagen ab Kenntnis des Tatbestandes, der den Austritt legitimiert an. Diese Lösung ist absolut vorzuziehen.

- b) oder, man läßt, im Gegensatz, den Austritt ohne zeitliche Beschränkung zu, was sicherlich zu einer unsicheren Situation führen würde;
- c) eventuell kann man auch – nur was die Beschlüsse anlangt – die Frist ab der Eintragung des Beschlusses in das Gesellschafterbuch laufen lassen, so wie es bei der Anfechtung der Gesellschafterbeschlüsse vorgesehen ist (siehe Art. 2479-ter).

Auch was die Form der Mitteilung des Austritts anlangt, schweigt das Gesetz bei der GmbH, während es bei der AG einen Einschreibebrief verlangt. Dieser ist sicherlich auf für die GmbH ratsam, wo eine analoge tout-court-Anwendung des Art. 2437-bis Zivilgesetzbuch nicht möglich ist.

Die Mitteilung des Austritts muss zudem gezwungenermaßen den Namen des austretenden Gesellschafters enthalten und muss angeben, ob das Austrittsrecht für die gesamte Beteiligung oder nur für einen Teil derselben ausgeübt wird.

50

Was schließlich die Vorankündigungsfrist anlangt, ist diese vom Art. 2473 Zivilgesetzbuch ausdrücklich nur im einzigen Fall des Austritts der Gesellschafter von Gesellschaften mit unbefristeter Dauer vorgesehen. Der Artikel verfügt eine normale Frist von 6 Monaten, die jedoch bis auf höchstens ein Jahr verlängert werden kann.

Daraus kann man folgern, *im Gegensatz*, dass in den anderen Fällen der Austritt sofort zum Zeitpunkt, an dem er der Gesellschaft mitgeteilt wird, Wirksamkeit erlangt.

b) VERTRAGLICH VORGESEHENER AUSTRITT

Im Falle des vertraglich vorgesehenen Austritts laut Vereinbarung ist es hingegen absolut erforderlich, dass Art und Weise und Fristen des Austritts detailliert im Gründungsvertrag geregelt werden, da die Materie zur Gänze dem freien Ermessen der Parteien überlassen wird. Es ist auch keine allgemeine Regelung vorgesehen, auf die zusätzlich Bezug genommen werden kann, falls der Gründungsvertrag, obwohl er die Austrittsfälle vorsieht, hinsichtlich der Art und Weise und der Fristen für die Ausübung des entsprechenden Austrittsrechtes schweigt.

8.2. EINSCHRÄNKUNGEN DES AUSTRITTS

Einzigste Sicherheit hinsichtlich des Austritts ist die nachstehende Einschränkung, die vom letzten Absatz des Art. 2473 Zivilgesetzbuch vorgesehen ist und sowohl auf den Austritt ex lege als auch auf den vertraglich vorgesehenen Austritt angewandt werden kann:

UNWIRKSAMKEIT UND EINSCHRÄNKUNGEN DES AUSTRITTS

Das Austrittsrecht

- darf in den folgenden zwei Fällen nicht ausgeübt werden
- und verliert, falls bereits ausgeübt, seine Wirkung:
 - a) falls die Gesellschaft den Beschluss, der den Austritt legitimiert, widerruft,
 - b) falls die Auflösung der Gesellschaft beschlossen wurde.

51

8.3. AUSZAHLUNG DER BETEILIGUNG INFOLGE DES AUSTRITTS

Die Gesellschafter, die von der Gesellschaft austreten, haben Anrecht auf die Rück-erstattung der eigenen Beteiligung im Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen.

Die Festsetzung des Wertes einer Beteiligung ist immer ein heikler Moment, der oft heftigen Streit zwischen dem ausgetretenen Gesellschafter und der Gesellschaft verursacht. Demnach hat der Gesetzgeber diesbezüglich folgende Kriterien festgesetzt:

KRITERIEN ZUR FESTSETZUNG DES AUSZAHLUNGSWERTES

Der Wert, der dem Gesellschafter zurückzuerstatten ist, wird wie folgt festgesetzt:

- a) unter Berücksichtigung seines Marktwertes zum Zeitpunkt der Austrittserklärung;
- b) bei Unstimmigkeit erfolgt die Festsetzung über einen beeidigten Bericht eines vom Landesgericht bestellten Sachverständigen, der auf Antrag der aktiveren Partei auch hinsichtlich der Spesen entscheidet; in diesem Fall kommt der erste Absatz des Artikels 1349 ZGB zur Anwendung.

Es erscheint jedoch möglich, für den Fall des vertraglich vorgesehenen Austritts im Gründungsvertrag verschiedene Kriterien für die Bewertung der Beteiligung vorzusehen. Diese Möglichkeit ist zudem im Art. 2437-ter hinsichtlich der AG ausdrücklich vorgesehen.

Was hingegen den Austritt *ex lege* anlangt, scheint das Gesetz nicht *prima facie* die Anwendung verschiedener Kriterien zuzulassen. Da jedoch der Art. 2437-ter Zivilgesetzbuch für die Aktiengesellschaft die Anwendung anderer Kriterien als rechtlichen zulässt, und da es sich um verfügbare eigene Vermögensrechte der Gesellschafter handelt und die Gesellschaftsgläubiger durch die Möglichkeit, gemäß Art. 2482 gegen eine eventuelle Kapitalherabsetzung Einspruch zu erheben, oder durch die notwendige Phase der Liquidierung der Gesellschaft geschützt sind, gibt es keinen Grund warum in diesem Fall der Gründungsvertrag nicht besondere Kriterien für die Bewertung des Beteiligungswertes vorsehen kann.

52

Bei der Bewertung kann dem Betriebswert der Gesellschaft oder dem Umstand, dass die Beteiligung des ausgetretenen Gesellschafters eine Mehrheitsbeteiligung ist, besondere Bedeutung erlangen. In diesem Fall ist ein „Mehrwert“, eine sogenannte Mehrheitsprämie vorzusehen. Weiters könne es angebracht sein, eventuelle Korrekturen nach oben oder unten des Liquidationswertes im Zusammenhang mit eventuellen Rechten einer Zuweisung des Gewinns, die nicht im Verhältnis zum Beteiligungswert steht oder im Zusammenhang mit eventuellen Sonderrechten hinsichtlich der Gesellschaftsverwaltung gemäß Art. 2468, Absatz III Zivilgesetzbuch vorzusehen.

Ist der Wert der Beteiligung des ausgetretenen Gesellschafters einmal festgesetzt, muss man die materielle Rückerstattung desselben vornehmen. Diese hat innerhalb von sechs Monaten nach Mitteilung des Austritts zu den drei folgenden alternativen Vorgangsweisen, die dem Gesellschafter zur Wahl stehen, zu erfolgen:

VORGANGSWEISE FÜR DIE RÜCKERSTATTUNG

Die Rückerstattung der Beteiligungen, für welche das Austrittsrecht ausgeübt wurde, muss innerhalb von sechs Monaten nach Mitteilung des Austritts an die Gesellschaft durchgeführt werden. Sie kann erfolgen:

- a) durch Ankauf von Seiten der anderen Gesellschafter im Verhältnis zu ihren Beteiligungen
- b) durch Ankauf der Beteiligung von Seiten eines Dritten, der einvernehmlich von den Gesellschaftern ermittelt wurde.
- c) Durch Zahlung in Geld oder in Naturalien, unter Verwendung:
 - 1) der verfügbaren Rücklagen
 - 2) in Ermangelung der verfügbaren Rücklagen, durch entsprechende Herabsetzung des Gesellschaftskapitals; in letzterem Fall kommt der Artikel 2482 zur Anwendung.
 - 3) kann man weder auf Rücklagen noch auf das Gesellschaftskapital zurückgreifen, wird die Gesellschaft in Liquidation gesetzt und der Gesellschafter erhält die Rückerstattung seiner Beteiligung nur nachdem alle Gesellschaftsgläubiger ausgezahlt wurden.

Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Rückerstattung sowohl durch die Zahlung eines Geldbetrages als auch durch Zuweisungen von Naturalien an den ausgetretenen Gesellschafter erfolgen kann.

Für die GmbH wird das Verbot der Abtretung der Beteiligung nach dem Austritt nicht wiederholt, so wie es hingegen für den Art. 2437-bis, Absatz III für die AG vorgesehen ist.

Es erscheint jedoch logisch, dass sobald der Austritt einmal der Gesellschaft mitgeteilt worden ist, die Rückerstattungsverfahren in der oben angeführten, vom Gesetz vorgesehenen Vorgangsweise einzuleiten ist, außer der Gesellschafter widerruft seinen Austritt mit Genehmigung der Gesellschaft und setzt somit dem Auszahlungsverfahren ein Ende, wodurch der Gesellschafter erneut die Möglichkeit hat, seine Beteiligung Dritten abzutreten.

9. AUSSCHLUSS DES GESELLSCHAFTERS

Laut Art. 2473-bis kann der Gründungsvertrag spezifische Fälle für den Ausschluss des Gesellschafters aus wichtigem Grund vorsehen. In diesem Fall verfügt er, dass für die Auszahlung der Beteiligung des ausgeschlossenen Gesellschafters die für den Austritt vorgesehenen Bestimmungen zur Anwendung gelangen. Die Möglichkeit einer Rückerstattung der Beteiligung durch Herabsetzung des Gesellschaftskapitals ist in diesem Fall jedoch ausgeschlossen.

Diese Bestimmung führt eine bedeutende Neuerung ein, da in der vorhergehenden Regelung das Rechtsgebilde des Ausschlusses weder vom Gesetz vorgesehen noch von der Rechtsprechung zugelassen war.

Der einzige Fall, für den der Ausschluss ausdrücklich geregelt war, war jener laut den Artikeln 2286-2290 Zivilgesetzbuch, jedoch ausschließlich was Personengesellschaften betraf. Offensichtlich hat es der Gesetzgeber für notwendig erachtet, bei der Differenzierung des neuen GmbH-Modells von der AG und der sich daraus ergebenden Annäherung der ersten an die Personengesellschaften, diese Regelung auch auf die GmbH auszudehnen.

54

Die Materie wird jedoch fast zur Gänze der vollen Autonomie der Parteien überlassen. Denen steht es frei, im Gründungsvertrag folgendes vorzusehen:

- a) die Fälle, die den Ausschluss bewirken;
- b) das Gremium, das befugt ist, diesbezügliche Entscheidungen zu treffen,
- c) die Vorgangsweise der Beschlussfassung,
- d) die Form der Mitteilung an den Gesellschafter und
- e) eventuelle Regeln, die in den Beziehungen zwischen dem auszuschließenden Gesellschafter und der Gesellschaft die Streitverhandlung und das Verteidigungsrecht sichern.

Bei der Regelung dieser Materie kommt man jedoch nicht umhin, die allgemeinen Bestimmungen einzuhalten, die von der Lehre und vor allem die Rechtsprechung hinsichtlich der Personengesellschaften ausgearbeitet haben, und zwar:

ALLGEMEINE PRINZIPIEN ZUM AUSSCHLUSS

- a) Die Fälle des Ausschlusses, falls sie im Zusammenhang mit der Nichterfüllung von Seiten des Gesellschafters der gegenüber der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen stehen, sind nur bei Nichterfüllung von einer gewissen Bedeutung berechtigt, in Beachtung des allgemeinen Prinzips, das vom Art. 1455 Zivilgesetzbuch hinsichtlich des Vertrages erlassen wurde;
- b) die Fälle des Ausschlusses müssen präzise und objektiv ermittelt sein;
- c) der Beschluss des Ausschlusses muss entsprechend begründet sein und muss immer die spezifischen Fakten aufzählen, die dem Gesellschafter angelastet werden;
- d) der Ausschluss muss mit geeigneten Mitteln mitgeteilt werden, um die Kenntnisnahme von Seiten des ausgeschlossenen Gesellschafters zu sichern;
- e) dem ausgeschlossenen Gesellschafter muss ein angemessener Zeitraum gewährt werden, um seine Verteidigung vorzubereiten;
- f) bei nur zwei Gesellschaftern muss der Ausschluss einem drittem Gremium, vorzugsweise dem Schiedsgericht oder dem Landesgericht, übergeben werden;
- g) falls der auszuschließende Gesellschafter Mitglied des Gremiums ist, das über seinen Ausschluss zu beschließen hat, befindet er sich im Interessenkonflikt hinsichtlich der Materie, über die es zu beschließen gilt, demnach muss er sich der entsprechenden Stimmabgabe enthalten.

Man sieht zudem keinen Grund, warum der Ausschluss kraft Gesetzes, also automatisch und ohne Notwendigkeit eines diesbezüglichen Beschlusses, der bereits vom Art. 2288 für die Personengesellschaften vorgesehen ist, nicht auch – beschränkt auf den Fall des Konkurses des Gesellschafters - für die GmbH vorgesehen werden kann.

Es wird darauf hingewiesen, dass im Gründungsvertrag ein eventueller Ausschlussgrund für folgende Fälle vorgesehen werden kann:

- a) Entmündigung und/oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Gesellschafters;
- b) eingetretene Unfähigkeit, die übertragene Aufgabe oder Dienstleistung durchzuführen, im Falle der Übertragung von Arbeit und Diensten;

- c) Untergang der nur in Nutzung eingebrachten Sache, aus einem Grund, der nicht den Verwaltern angelastet werden kann;
- d) Untergang der Sache, zu deren Einbringung sich der Gesellschafter verpflichtet hat, bevor es die Gesellschaft als Eigentum erworben hat;
- e) nachfolgendes Wegfallen von Voraussetzungen, die für die Ausübung der Gesellschaftstätigkeit unerlässlich sind;
- f) Übertretung von eventuellen Verpflichtungen des Nicht-Wettbewerbs, die im Gründungsvertrag vorgesehen sind.

AUSSCHLUSS DES GESELLSCHAFTERS

- a)** muss im Gründungsvertrag ausdrücklich vorgesehen sein
- b)** der Gründungsvertrag muss ausdrücklich und ausführlich folgendes festsetzen:
 - 1) Fälle des Ausschlusses
 - 2) Gremium, das befugt ist, diesbezüglich zu beschließen
 - 3) Vorgangsweise der Beschlussfassung
 - 4) Vorgangsweise der Mitteilung an den ausgeschlossenen Gesellschafter
 - 5) Frist der Wirksamkeit
 - 6) Recht des ausgeschlossenen Gesellschafters auf Verteidigung
- c)** bewirkt den Ausschluss des Gesellschafters von der Gesellschaft
- d)** der ausgeschlossene Gesellschafter hat jedoch Anrecht auf die Auszahlung seiner Beteiligung

56

Bei Ausschluss hat der Gesellschafter – so wie es im Falle des Austritts vorgesehen ist – Anrecht auf die Rückerstattung des Werts seiner Beteiligung, wie folgt:

KRITERIEN ZUR FESTSETZUNG DES LIQUIDATIONSWERTES

Der Wert, der dem Gesellschafter zurückzuerstatten ist, wird wie folgt festgesetzt:

- a) unter Berücksichtigung des Marktwertes zum Zeitpunkt des Austrittes;
- b) bei Unstimmigkeit erfolgt die Festsetzung über einen beeidigten Bericht eines vom Landesgericht bestellten Sachverständigen, der auf Antrag der aktiveren Partei auch hinsichtlich der Spesen entscheidet; in diesem Fall kommt der erste Absatz des Artikels 1349 Zivilgesetzbuch hinsichtlich des Schiedsgutachtens zur Anwendung.

Wie bereits für den Austritt vorgesehen, geht man davon aus, dass die oben angeführten Kriterien von den Gesellschaftern abgeändert und/oder ergänzt werden können.

Es ergibt sich zudem das Problem, ob es möglich ist, zu Lasten des ausgeschlossenen Gesellschafters eventuell eine Strafgebühr vorzusehen, die sich eventuell auch in Form einer Herabsetzung des Rückerstattungswertes niederschlägt.

Grundlegend scheint dies im Rahmen der Verfügungen gemäß den Artikeln 1382-1384 Zivilgesetzbuch möglich.

VERFAHREN ZUR AUSZAHLUNG DER BETEILIGUNG DES AUSGESCHLOSSENEN GESELLSCHAFTERS

Die Rückerstattung der Beteiligung des ausgeschlossenen Gesellschafters kann erfolgen:

- a) durch Ankauf von Seiten der anderen Gesellschaftern im Verhältnis zu deren Beteiligung
- b) durch Ankauf der Beteiligung von Seiten eines Dritten, der einvernehmlich von den Gesellschaftern ermittelt wurde
- d) mit Zahlung in Geld oder in Naturalien durch Verwendung von:
 - 1) verfügbaren Rücklagen
bzw.
 - 2) kann man auf keine Rücklagen zurückgreifen, wird die Gesellschaft in Liquidation gesetzt und der Gesellschafter erhält die Rückerstattung seiner Beteiligung nur nachdem sämtliche Gesellschaftsgläubiger ausgezahlt worden sind.

10. GESELLSCHAFTSGREMIEN

Die Reform räumt dem Gründungsvertrag und letztendlich also dem Willen der Gesellschafter eine bisher nie gekannte Freiheit hinsichtlich der Festlegung der Regeln für den Betrieb der Gesellschaft und die Aufteilung der Kompetenzen unter den verschiedenen Gremien ein.

So verschwand die bisherige strenge Trennung der Kompetenzen zwischen Gesellschafterversammlung, Verwalter und Aufsichtsrat, da nun die Gesellschafter sowohl kollektiv im Rahmen der Gesellschafterversammlung als auch einzeln durch Ausübung der ihnen eigens gemäß Art. 2468, Absatz III vorbehaltenen Sonderrechte in die Verwaltung der Gesellschaft eingreifen können. Der Art. 2463 Ziffer 7) überläßt nämlich dem Gründungsvertrag die Aufgabe, die Bestimmungen über den Betrieb der Gesellschaft festzulegen und weist jene betreffend die Verwaltung und die Vertretung auf.

Außerdem werden die Funktionen des Aufsichtsrates erneuert und erweitert und es wird die Figur des Alleinprüfers als fakultatives Kontrollorgan eingeführt.

58

Nachstehend eine schematische Aufstellung der Gremien:

WESENTLICHE GREMIEN

- 1) GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG
- 2) VERWALTER
- 3) AUFSICHTSRAT (aber nur:
 - a) falls das Gesellschaftskapitals mindestens 120.000 Euro beträgt
 - b) falls für drei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre zwei der folgenden Grenzwerte überschritten werden:
 - Summe der Aktiva der Vermögensbilanz: 3.125.000 Euro;
 - Erlöse aus Verkäufen und Leistungen: 6.250.000 Euro;
 - im Durchschnitt während des Geschäftsjahres beschäftigte Angestellte: 50).

FAKULATIVE GREMIEN

- 1) AUFSICHTSRAT (sollten nicht die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen für die obligatorische Ernennung desselben gegeben sein)
- 2) ALLEINPRÜFER (außer den unter Punkt b) angeführten Möglichkeiten)

11. VERWALTUNG DER GESELLSCHAFT

Der Art. 2475 sieht die Möglichkeit vor, zwischen folgenden Formen der Verwaltung zu wählen:

Formen der Verwaltung:

- 1) Alleinverwalter
- 2) Verwaltungsrat
- 3) mehrere Verwalter, die gemeinsam handeln
- 4) mehrere Verwalter die einzeln handeln

Somit fällt das Prinzip der Notwendigkeit, bei mehreren Verwaltern einen Verwaltungsrat bilden zu müssen und der Gesetzgeber dehnt die Formen der einzelnen und/oder gemeinsamen Verwaltung, die vormals nur für die Personengesellschaften vorgesehen war, ausdrücklich auf die GmbH aus.

Will man als Verwalter auch Personen wählen, die nicht Gesellschafter sind, ist es wie vormals erforderlich, dass diese Möglichkeit ausdrücklich im Gründungsvertrag vorgesehen wird (Absatz 1, Art. 2475), ist diese jedoch nicht vorgesehen, können die Verwalter nur unter den Gesellschaftern ausgewählt werden.

59

Es besteht auch die Möglichkeit, ein Mix aus den oben aufgezeigten Verwaltungssystemen vorzusehen.

11.1. Vertretung der Gesellschaft und Einwendung Dritten gegenüber ihrer eventuellen Einschränkungen.

Der Art. 2475-bis Zivilgesetzbuch sieht folgendes vor:

„Die Verwalter sind als Generalvertreter für die Gesellschaft eingesetzt“.

Eingeschränkte Verwalterbefugnisse, die aus dem Gründungsvertrag oder der Ernennungsurkunde hervorgehen, können Dritten gegenüber, auch wenn sie veröffentlicht wurden, nicht eingewendet werden, außer wenn der Beweis erbracht wird, dass sie vorsätzlich zum Schaden der Gesellschaft gehandelt haben.“

Zur Bekräftigung dieser neuen Verfügung, wurde zudem die Bestimmung abgeschafft, die für die Gesellschaft die Möglichkeit vorsah, die von den Verwaltern durchgeführten Rechtshandlungen, die nicht zum Gegenstand der Gesellschaft gehören, gegen die schlechtgläubigen Dritten anzufechten. (vgl. alter Art. 2384-bis).

Die Norm wurde so formuliert, um endgültig alle Zweifel hinsichtlich der Rechtshandlungen auszuräumen, die von den Verwaltern ausgeführt werden können: mit der Reform ist es nicht mehr nötig, so wie es in der vorhergehenden Regelung durchwegs üblich war, alle Rechtshandlungen aufzuzählen, die von der Gesellschaft oder von den Verwaltern ausgeführt werden können, da jetzt das Gesetz selbst dem Verwaltungsgremium die Befugnis erteilt, im Namen und für Rechnung der Gesellschaft jedwede Rechtshandlung durchzuführen.

Eventuelle Einschränkungen der Vertretungsbefugnis der Verwalter wie zum Beispiel

60

- a) das Veto-Recht gemäß Art. 2468, Absatz III Zivilgesetzbuch
- b) die Notwendigkeit, für die Durchführung bestimmter Rechtshandlungen die vorhergehende kollektive Genehmigung der Gesellschafter einzuholen,
- c) bei gemeinsamer Verwaltung die Pflicht zur gekoppelten Unterschrift usw.,
- d) die Notwendigkeit, dass bestimmte Rechtshandlungen, die eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszweckes bewirken, nicht von den Verwaltern, sondern immer ausschließlich von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden (vgl. Art. 2479 Zivilgesetzbuch),

können von der Gesellschaft Dritten gegenüber nur im Extremfall angewendet werden können, dass der Nachweis erbracht wurde, dass die Dritten vorwiegend zum Schaden der Gesellschaft gehandelt haben.

Außerhalb dieser Möglichkeit bleiben die Rechtshandlungen gültig und bindend für die Gesellschaft.

Somit werden Dritte angespornt, Beziehungen zur Gesellschaft zu unterhalten, da sie sich nur vergewissern müssen, dass ihr Ansprechpartner ein Verwalter dieser Gesellschaft ist. Ist dieser „Statuts“ einmal erwiesen, werden die entsprechenden Vertretungsbefugnis ex lege zuerkannt.

In den meisten Fällen bleibt der Gesellschaft – in Anbetracht der äußerst beschränkten Möglichkeit, die Rechtshandlung bei Übertretung von Seiten des Verwalters der im Gründungsvertrag vorgesehenen Einschränkungen anzufechten – nichts als das Recht, vom Verwalter die Rückerstattung des der Gesellschaft verursachten Schadens zu fordern.

VERTRETUNG DER GESELLSCHAFT

- 1) Die Verwalter sind als Generalvertreter für die Gesellschaft eingesetzt
- 2) Die eventuellen Einschränkungen der Vertreterbefugnis können, auch wenn im Handelsregister veröffentlicht, von der Gesellschaft nur gegenüber den Dritten eingewendet werden, die bewußt zu ihrem Schaden gehandelt haben.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass alle Verwalter als Generalvertreter für die Gesellschaft eingesetzt sind, und nicht nur einige davon (so wie in der alten Regelung der Präsident des Verwaltungsrates oder die beauftragten Verwalter usw.).

61

Ein weiterer Grund für die Gesellschaft, die Rechtshandlungen eigener Verwalter anzufechten, ist der Interessenkonflikt: In diesem Fall ist der Verwalter zur Durchführung einer bestimmten Rechtshandlung befugt, er hat jedoch ein eigenes direktes oder indirektes Interesse, das mit jenem der Gesellschaft in Konflikt steht. Demnach könnte er die ihm zuerkannte Verwaltungsbefugnis zum Schaden der Gesellschaft ausüben und das Interesse derselben zu Gunsten seiner eigenen Interessen vernachlässigen.

Der Artikel 2475-ter regelt zwei klassische Formen des Interessenkonflikts:

- 1) Anfechtung von externen Rechtshandlungen zwischen der Gesellschaft und Dritten
- 2) Anfechtung von Entscheidungen des Verwaltungsrates betreffend die Gesellschaft

Diese Situationen wirken sich gegenüber der Gesellschaft jedoch unterschiedlich aus.

1) Von Verwaltern mit Vertretungsbefugnis für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter abgeschlossene Verträge, deren Interessen in Widerspruch zu denen der Gesellschaft stehen, können auf Antrag der Gesellschaft angefochten werden, sofern der Interessenskonflikt den Dritten bekannt oder für die Dritten erkennbar war.

Dieser Fall kommt zum Tragen:

- a) beim Alleinverwalter
- b) bei mehreren Verwaltern, die einzeln handeln
- c) beim beauftragten Verwalter

Die Bestimmung wiederholt die vom Art. 1394 Zivilgesetzbuch hinsichtlich der Vertretung vorgegebene Regelung und bestätigt die Orientierung der Rechtslehre, die sich diesbezüglich in der vorhergehenden Regelung gefestigt hat.

62

2) Beschlüsse des Verwaltungsrates, die mit der ausschlaggebenden Stimme eines im Interessenkonflikt zur Gesellschaft stehenden Verwalters gefaßt wurden, können, sofern sie einen Vermögensschaden verursachen, binnen drei Monaten von den Verwaltern und, sofern sie bestehen, von den im Artikel 2477 vorgesehenen Trägern (Alleinprüfer oder Aufsichtsrat) angefochten werden. Aus der Formulierung dieser neuen Bestimmung geht nicht klar hervor, ob, im Unterschied zur vorhergehenden Formulierung, der Schaden bereits entstanden sein muss oder ob, wie zuvor, einfach die abstrakte potentielle Möglichkeit des Entstehens eines Schadens genügt.

Jedenfalls bleiben die Rechte unberührt, die von Dritten in gutem Glauben auf der Grundlage von Rechtshandlungen erworben wurden, die zur Durchführung des Beschlusses vorgenommen worden sind.

Die Gesellschaft kann somit die externe Rechtshandlung, die in Durchführung eines im Interessenkonflikt getroffenen Beschlusses, vorgenommen wurde, nur bei schlechtem Glauben der Dritten angefochten werden. Diesbezüglich gilt jedoch das allgemeine Prinzip laut dem der gute Glaube immer angenommen wird und es demnach der Gesellschaft obliegt, das Gegenteil nachzuweisen. Es muss außerdem darauf hingewiesen werden, dass die Gesellschaft –

im Unterschied zum unter Punkt 1) angeführten Fall, die konkrete Kenntnis des Konflikts von Seiten des Dritten und nicht die abstrakte Möglichkeit der Kenntnis nachweisen muss.

Diese Bestimmung findet nur beim Vorhandensein eines Verwaltungsrates Anwendung.

11.2. Alleinverwalter

Bezüglich dieser Figur führt die Reform im Wesentlichen keine besondere Neuerung ein.

Haben die Gesellschafter kein vollständiges Vertrauen in den Alleinverwalter kann den Gesellschaftern kollektiv oder auch einzeln ein Veto-Recht eingeräumt werden bzw. die Pflicht der vorhergehenden Genehmigung vorgesehen werden. Diese Einschränkungen, können jedoch, wie bereits erwähnt, Dritten gegenüber nicht eingewendet werden, auch wenn sie beim Handelsregister veröffentlicht worden sind, sofern nicht erwiesen wird, dass sie bewusst zum Schaden der Gesellschaft gehandelt haben (vgl. Art. 2475-bis).

63

11.3. Verwaltungsrat

Diese Verwaltungsform bleibt die verbleibende und automatische Form bei einer Mehrheit von Verwaltern, ist jedoch nicht die einzig mögliche.

Obwohl es sich um eine automatische Default-Form handelt, muss sie jedoch im Gründungsvertrag detailliert geregelt werden, da das Gesetz in Bezug auf deren Arbeitsweise vollkommen schweigt.

Der Verwaltungsrat beschließt in gemeinschaftlicher Form im Rahmen einer eigenen Sitzung, auch in Video/Audiokonferenz. Er kann aber auch durch schriftliche Befragung oder auf Grund der schriftlich mitgeteilten Zustimmung seiner Mitglieder beschließen.

FUNKTION DES VERWALTUNGSRATS

- 1) klassische Sitzung
- 2) Audio/Videokonferenz
- 3) schriftliche Zustimmung
- 4) schriftliche Befragung

1) klassische Sitzung: sieht die Pflicht der Einberufung des Verwaltungsrates vor, durch Anzeige, die allen in freier Form versandt wird, sofern sie deren Kenntnis und den Nachweis ihres Erhalts gewährleistet. Weiters ist es Pflicht, dass die eigentliche Sitzung physisch in ein und demselben Raum abgehalten wird. Die entsprechenden Beschlüsse werden nach einer Debatte mit den Mehrheiten gefasst, die von den Gesellschaftern frei im Gesellschaftervertrag vorgesehen sind.

64

2) Audio/Videokonferenz: ist eine Variante der klassischen Sitzung, da sich die Teilnehmer nicht am selben Ort befinden, sondern sich an verschiedenen Orten befinden können, die über Audio/Video miteinander verbunden sind, so dass jeder der Teilnehmer an der Diskussion teilnehmen und seine Stimme abgeben kann. Der Vorsitzende muss in der Lage sein, die Teilnehmer zu identifizieren und die Ergebnisse der Abstimmung in Echtzeit zu überprüfen. Der eventuell bestellte Schriftführer muss dem Vorsitzenden beistehen und demnach muss er sich im selben Ort des Letzteren befinden.

3) schriftliche Zustimmung: sie erfordert nicht die Zusammenkunft der Verwalter im selben Ort und auch nicht ihre Verbindung über Audio/Video. Es wird also gänzlich von der gemeinschaftlichen Methode abgesehen. Es genügt lediglich, dass sämtliche Verwalter ihre Zustimmung zu einem bestimmten Geschäft schriftlich abgeben, eventuell auch auf über informatische Mittel, mit genauer Angabe ihres Willens und den Gegenstand des Beschlusses. Selbstverständlich muss das Schriftstück auch die Zeichnung des Verwalters und, aus Gründen der Zweckmäßigkeit, auch das Datum enthalten.

4) Schriftliche Befragung: auch diese, wie die schriftliche Zustimmung, bedarf nicht der gemeinschaftlichen Form und unterscheidet sich von der im Punkt 3) aufgezeigten Methode nur darin, dass hier ein bereits vorgefaßter Beschlußtext besteht, der in der Art und Weise eines „Referendums“ unter den Verwaltern verteilt wird, damit diese ihre Zustimmung und ihre Unterschrift anbringen können.

Sämtliche Entscheidungen des Verwaltungsrates, in welcher Form sie auch immer getroffen wurden, müssen immer in das Entscheidungsbuch der Verwalter gemäß Gesetz Art. 2478 Nr. 3 Zivilgesetzbuch eingetragen werden.

11.4. Vorsitzender des Verwaltungsrates

Der Vorsitzende des Verwaltungsrates unterliegt keiner spezifischen Regelung. Die entsprechende Vorgangsweise für die Bestellung und die entsprechenden Befugnisse müssen demnach detailliert im Gründungsvertrag geregelt werden.

Zu diesem Zweck kann der Artikel 2381, Absatz 1 Zivilgesetzbuch hinsichtlich der AG als Beispiel herangezogen werden.

2381. (Vorsitzender, omissis).

Sofern die Satzung nicht anderes vorgibt, nimmt der Vorsitzende die Einberufung des Verwaltungsrates vor, setzt dessen Tagesordnung fest, koordiniert deren Ablauf und sorgt dafür, dass allen Verwaltern die angemessenen Informationen zu den in die Tagesordnung aufgenommenen Punkte geliefert werden.

11.5. Beauftragte Verwalter

Es ist immer möglich, für bestimmte Materien und Geschäfte, beauftragte Verwalter zu bestellen, wobei die Befugnisse genau festzusetzen sind. Die Erstellung des Bilanzentwurfes sowie der Fusions- oder Spaltungsprojekte und die Beschlüsse hinsichtlich einer Kapitalerhöhung obliegen stets dem Verwaltungsrat, der sich aus allen bestellten Verwaltungsräten zusammensetzt.

In Ermangelung einer spezifischen Regelung hinsichtlich der GmbH ist es unausweichlich, den Artikel 2381, Absatz II und ff. Zivilgesetzbuch heranzuziehen, die diese Einrichtung hinsichtlich der AG regeln.

| |
|--|
| Artikel 2381 |
| I omissis |
| II Der Verwaltungsrat kann, wenn dies die Satzung oder die Gesellschafterversammlung zuläßt, die eigenen Aufgaben einem Vollzugsausschuss, der aus einigen seiner Mitglieder zusammengesetzt ist, oder einem oder mehreren seiner Mitglieder übertragen. |
| III Der Verwaltungsrat setzt den Inhalt, die Einschränkungen und die eventuelle Vorgangsweise bei der Ausübung der Vollmacht fest. Er kann den bevollmächtigten Organen stets Weisungen erteilen und im Rahmen der Vollmacht durchzuführende Handlungen an sich ziehen. Er bewertet auf Grund der erhaltenen Informationen die Angemessenheit der Organisations- Verwaltungs- und Buchhaltungsstruktur der Gesellschaft; er überprüft die Strategie-, Business- und Finanzpläne der Gesellschaft, sobald diese ausgearbeitet sind; er bewertet auf Grund des Berichts der bevollmächtigten Organe den allgemeinen Verlauf der Geschäftsgebarung. |
| IV Die in den Artikeln 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447 2501-ter und 2505-bis angegebenen Aufgaben können nicht übertragen werden. |
| V Die bevollmächtigten Gremien sorgen dafür, dass die Organisations-, Verwaltungs- und Buchhaltungsstruktur der Natur und Größenordnung des Betriebes entspricht und berichten in der von der Satzung vorgesehenen Häufigkeit und jedenfalls alle 180 Tage dem Verwaltungsrat und dem Aufsichtsrat über den allgemeinen Verlauf der Geschäftsgebarung, über die voraussichtliche Entwicklung sowie über die in Bezug auf Größenordnung oder Merkmale bedeutendsten Geschäfte, die von der Gesellschaft und den von dieser kontrollierten Gesellschaften vorgenommen wurden. |
| VI Die Verwalter sind angehalten, in Bezug auf eine angemessene Information zu handeln; jeder Verwalter kann bei den bevollmächtigten Gremien beantragen, dass im Verlauf der Sitzung Informationen hinsichtlich der Gebarung der Gesellschaft geliefert werden. |

11.6. Vollzugsausschuss

Dieses Gremien kann sicherlich weiterhin vorgesehen werden. In Ermangelung einer spezifischen Regelung hinsichtlich der GmbH ist es unausweichlich, den Artikel 2381, Absatz II und ff. Zivilgesetzbuch heranzuziehen, der diese Einrichtung hinsichtlich der AG regeln.

11.7. Mehrheit der Verwalter: Einzelgeschäftsführung

Die Reform hat die im Art. 2257 Zivilgesetzbuch vorgesehene Form der Einzelgeschäftsführung, die vormals nur den Personengesellschaften vorbehalten war, ausdrücklich auf die neue GmbH ausgedehnt.

Nach anfänglichem Zögern hat die Rechtsprechung im Rahmen der letzten Regelung die Möglichkeit von Formen einer Einzelgeschäftsführung in den Kapitalgesellschaften immer verneint, und die Notwendigkeit der Bildung eines Verwaltungsrates beim Bestehen mehrerer Verwalter bekräftigt.

67

Nun kann man jedoch vorsehen, dass bei mehreren Verwaltern diese getrennt handeln können und müssen. Jeder Verwalter kann jedoch Einspruch gegen die Rechtshandlung erheben, bevor sie durchgeführt wird. In diesem Fall wird die Mehrheit der Gesellschafter, berechnet gemäß dem jedem einzelnen zustehenden Gewinnanteil, hinsichtlich des Einspruches beschließen.

Aus den Bestimmungen geht nicht hervor, dass der mit der Einzelgeschäftsführung betraute Verwalter die anderen Verwalter vor dem Handeln informieren müsste. Der Gründungsvertrag können jedoch diese Pflicht der vorhergehenden Information einführen, um den anderen Verwaltern die Ausübung des Vetorechts zu ermöglichen.

Jedenfalls scheint im Lichte des Art. 2475-bis Zivilgesetzbuch hervorzugehen, dass die vom Verwalter durchgeführte Rechtshandlung trotz des von den anderen Verwaltern vorgebrachten Vetos gegenüber Dritten gültig und wirksam ist.

Die Abfassung des Bilanzentwurfs und der Fusions- oder Spaltungsprojekte sowie die Beschlüsse hinsichtlich der Kapitalerhöhung laut Art. 2481

Zivilgesetzbuch obliegen bei Bestehen von mehreren Verwaltern immer dem Verwaltungsrat, der sich aus allen bestellten Verwaltern zusammensetzt.

11.8. Mehrere Verwalter - Gesamtgeschäftsführung

Die Reform hat die vom Art. 2258 Zivilgesetzbuch vorgesehene Form der Gesamtgeschäftsführung, die vormals nur den Personengesellschaften vorbehalten war, ausdrücklich auf die neue GmbH ausgedehnt.

Die Rechtsprechung hat nämlich im Rahmen der vorhergehenden Regelung die Homologierung der Satzungen verweigert, die für die Beschlüsse des Verwaltungsrates die Einstimmigkeit seiner Mitglieder verlangten.

Nun ist es möglich vorzusehen, dass bei Bestehen von mehreren Verwaltern diese gemeinsam handeln müssen. Die einzelnen Verwalter können allein keine Rechtshandlung durchführen, sofern nicht der dringende Zweck besteht, einen Schaden für die Gesellschaft zu vermeiden.

68

11.9. NEUER FAKULTATIVER SCHIEDSPRUCH FÜR DIE BEILEGUNG VON STREITFÄLLEN HINSICHTLICH DER GESCHÄFTSFÜHRUNG DER GESELLSCHAFT.

Die gesetzesvertr. Verordnung Nummer 5, vom 17. Januar 2003, hinsichtlich der Reform der Verfahren bezüglich der Gesellschaften sieht unter Art. 37 eine neue Form der Beilegung von Streitfällen hinsichtlich der Geschäftsführung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Personengesellschaften vor, wobei sie das Institut des Schiedsspruchs gemäß Art. 1349 Zivilgesetzbuch, das ursprünglich nur für die Bestimmung des Vertragsgegenstandes vorgesehen war, auf nicht angemessene Art und Weise verwendet.

Die neue Einrichtung wird wie folgt geregelt:

Die Gründungsverträge der Gesellschaft mit beschränkter Haftung können auch Klauseln enthalten, mit welchen Streitfälle hinsichtlich der Beschlüsse

im Zusammenhang mit der Geschäftsführung der Gesellschaft zwischen jenen, die eine Verwaltungsbefugnis haben, einer oder mehreren Drittpersonen übertragen werden.

Die Gründungsverträge können vorsehen, dass die Entscheidung innerhalb der Fristen und mit der Vorgangsweise, die in der Satzung selbst vorgesehen sind, vor einem Schiedsgericht beanstandet werden kann.

Die Gründungsverträge können zudem vorsehen, dass die Rechtsperson oder das Schiedsgericht, das zur Beilegung der Streitfälle gemäß den Absätzen 1 und 2 angerufen wird, auch hinsichtlich der Angelegenheiten, die im Zusammenhang mit den ihm ausdrücklich übertragenen Fällen stehen, bindende Vorgaben erlassen kann.

Die im Sinne des vorliegenden Artikels getroffene Entscheidung ist im Sinne des Artikels 1349, Absatz zwei des Zivilgesetzbuches anfechtbar.

69

Somit wird eine besondere Form des Schiedsspruches eingeführt, die eventuelle Krisensituationen hinsichtlich der Geschäftsführung der GmbH beilegen soll.

Besondere Merkmale dieses Schiedsspruches sind:

- a)** er wird nur auf Streitfälle hinsichtlich der Geschäftsführung der Gesellschaft angewandt
- b)** er ist fakultativ, muss also im Gründungsvertrag ausdrücklich vorgesehen werden.
- c)** der Schiedsrichter oder die Schiedsrichter müssen unparteiische Dritte sein
- d)** die Entscheidung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter kann nur im Falle des schlechten Glaubens angefochten werden
- e)** dieses Institut ist sowohl bei Vorhandensein von mehreren Verwaltern, als auch bei Vorhandensein von einem Alleinverwalter mit den Gesellschaftern oder einzelnen Gesellschaftern vorbehaltenen Befugnissen anwendbar.

Die Praxis wird zeigen, ob dieses Institut tatsächlich von Nutzen ist oder auch nicht.

11.10. Bestellung der Verwalter.

Die Bestellung der Verwalter steht den Gesellschaftern zu.

Die ersten Verwalter werden im Gründungsvertrag der Gesellschaft bestellt.

Die Bestellung der neuen Verwalter, falls eine solche vorgesehen, obliegt der Entscheidung der Gesellschafter.

Es ist allerdings möglich, dass die ersten Verwalter für die gesamte Dauer der Gesellschaft im Amt bleiben, außerdem ist es auch möglich, dass sich einige Gesellschafter das Recht vorbehalten, Verwalter der Gesellschaft zu sein bzw. einen oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsgremiums zu bestellen.

Sofern der Gründungsvertrag nicht anderes vorsieht, können nur die Gesellschafter zu Verwaltern bestellt werden.

70

Die vom Art. 2382 Zivilgesetzbuch für die AG vorgesehenen Gründe für die Nichtwählbarkeit und den Amtsverlust werden nicht ausdrücklich auf die Verwalter der GmbH ausgedehnt, demnach ist es zweifelhaft, ob sie analog angewandt werden können. Eine Ausdehnung erscheint sicherlich angebracht und kann eventuell ausdrücklich als vertragliche Vereinbarung der Parteien im Gründungsvertrag vorgesehen werden, um somit alle Zweifel hinsichtlich ihrer möglichen oder nicht möglichen Ausdehnbarkeit ex lege auszuräumen.

Der Gründungsvertrag kann für die Verwalter zusätzliche Erfordernisse der Ehrbarkeit, Berufserfahrung und Unabhängigkeit verlangen, wie es der Art. 2387 Zivilgesetzbuch für die AG zuläßt.

Außerdem wird das für die Verwalter der AG vom Art. 2390 Zivilgesetzbuch vorgesehene Wettbewerbsverbot nicht auf die GmbH ausgedehnt. Dieses Verbot unterliegt auch sicherlich nicht der analogen Anwendung, da es sich um eine Sonderbestimmung handelt. Der Gründungsvertrag kann es jedoch auf Grund der vertraglichen Entscheidung der Gesellschafter ausdrücklich einführen.

Die Dauer ihres Amtes wird der freien Entscheidung des Gründungsvertrages überlassen.

Es können sicherlich Sonderklauseln hinsichtlich des Amtsverlusts der Verwalter vorgesehen werden, so zum Beispiel:

- a) die Klausel „*simul stabunt simul cadent*“, d.h. verfällt auch nur ein Verwalter vom Amt, verfallen alle Verwalter;
- b) Kooptationsklausel, d.h. fällt ein Verwalter bzw. Rallen mehrere Verwalter weg, nehmen die im Amt verbliebenen Verwalter, falls sie noch die Mehrheit der von den Gesellschaftern bestellten Verwaltern ausmachen, die Ernennung der fehlenden Verwalter vor, bis zur Frist, die im Gründungsvertrag festzulegen ist.
- c) Klausel der „*Listenstimme*“; es handelt sich dabei um besondere Abstimmungssysteme die durch die Inanspruchnahme von eigenen Kandidatenlisten den Minderheitsgesellschaftern die Möglichkeit bieten, einen oder mehrere Verwalter ihres Vertrauens zu bestellen.

Diese Klauseln müssen jedoch im Gründungsvertrag ausdrücklich vorgesehen und geregelt werden, da der Gesetzgeber, was die GmbH anlangt, diesbezüglich schweigt.

11.11. Besondere Rechte, die den Gesellschaftern hinsichtlich der Geschäftsführung der Gesellschaft vorbehalten sind

Wie bereits weiter oben (6.4.2.) mehrfach erwähnt, kann sich ein Gesellschafter oder können sich mehrere Gesellschafter im Sinne des Artikels 2468 Zivilgesetzbuch besondere Rechte hinsichtlich der Verwaltung der Gesellschaft vorbehalten, wie zum Beispiel:

- a) Vetorecht auf bestimmte Geschäfte
- b) Recht auf Bestellung eines oder mehrerer Verwalter
- c) Recht, ein Verwalter zu sein.

Diese Rechte können nur mit der Zustimmung aller Gesellschafter abgeändert werden.

Es bestehen Zweifel ob diese Rechte bei der Abtretung der Beteiligungen des Gesellschafters, der sich diese Rechte vorbehalten hat, automatisch übertragen werden (siehe oben 6.4.2.)

11.12. Interessenkonflikt der Verwalter

Der Art. 2475-ter regelt zwei klassische Möglichkeiten des Interessenkonflikts:

- 1) Anfechtung von externen Rechtshandlungen zwischen der Gesellschaft und Dritten
- 2) Anfechtung von Entscheidungen des Verwaltungsrates betreffend die Gesellschaft

1) Von Verwaltern mit Vertretungsbefugnis für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter abgeschlossene Verträge, deren Interessen in Widerspruch zu denen der Gesellschaft stehen, können auf Antrag der Gesellschaft annulliert werden, sofern der Interessenkonflikt den Dritten bekannt oder für die Dritten erkennbar war.

Dieser Fall kommt zum Tragen:

- a) beim Alleinverwalter
- b) bei mehreren Verwaltern, die einzeln handeln
- c) beim beauftragten Verwalter

72

Die Bestimmung wiederholt die vom Art. 1394 Zivilgesetzbuch hinsichtlich der Vertretung vorgegebene Regelung und bestätigt die Orientierung der Rechtslehre, die sich diesbezüglich in der vorhergehenden Regelung gefestigt hat.

2) Beschlüsse des Verwaltungsrates, die mit der ausschlaggebenden Stimme eines im Interessenkonflikt zur Gesellschaft stehenden Verwalters gefaßt wurden, können, sofern sie einen Vermögensschaden verursachen, binnen drei Monaten von den Verwaltern und, sofern sie bestehen, von den in Artikel 2477 vorgesehenen Trägern (Alleinprüfer oder Aufsichtsrat) angefochten werden. Aus der Formulierung dieser neuen Bestimmung geht nicht klar hervor, ob im Unterschied zur vorhergehenden Formulierung, der Schaden bereits entstanden sein muss oder ob, wie zuvor, einfach die abstrakte potentielle Möglichkeit des Entstehens eines Schadens genügt.

Auf jeden Fall sind die von Dritten in gutem Glauben erworbenen Rechte auf der Grundlage von Rechtshandlungen, die zur Durchführung des gegenständlichen Beschlusses vorgenommen worden waren, gewahrt.

Diese Bestimmung wird nur bei Vorhandensein eines Verwaltungsrates angewandt.

Die Bestimmung sieht eine lockerere Regelung im Vergleich zur vorhergehenden vor, die im Art. 2391 für die AG vorgesehen und im Art. 2487 auch für die GmbH wiederholt wird. Vor allem unterscheidet sie sich von der neuen spezifischen Normung für die AG, die hingegen rigoroser als die vorhergehenden ist.

Obwohl es nicht mehr ausdrücklich vorgesehen ist, sollte der Verwalter im Interessenkonflikt:

- a) diese Situation weiterhin erklären,
- b) von der Abstimmung oder dem Beschluss Abstand nehmen,
- c) kein Gewicht bei der Zählung des Quorums haben.

Es gibt nämlich keine Angabe mehr des Zeitpunkts, ab dem die Frist von 3 Monaten für die Anfechtung läuft, die vormals mit dem Beschlussdatum übereinstimmte. Da jedoch die Bestimmung richtigerweise nicht mehr den Begriff Beschluss, sondern den allgemeineren Begriff Entscheidung verwendet, für welche keine Pflicht besteht, ein Datum anzugeben und die sich jedenfalls in mehreren Phasen durch schriftliche Zustimmung oder schriftliche Befragung entstehen kann, besteht diesbezüglich große Unsicherheit.

73

Einziges feststellbares Datum könnte vielleicht jenes sein, in welchem die Entscheidung in das Entscheidungsbuch der Verwalter eingetragen wird.

11.13. Haftung der Verwalter

Die Verwalter haften für vorsätzliche und fahrlässige Handlungen, die:

- a) der Gesellschaft
 - b) dem Gesellschafter direkt
 - c) Dritten
- Schaden zufügen.

11.13.1 Haftung gegenüber der Gesellschaft

HAFTUNG ALS GESAMTSCHULDNER DER VERWALTER GEGENÜBER DER GESELLSCHAFT

Laut Art. 2476 haften die Verwalter als Gesamtschuldner für Schäden, die der Gesellschaft durch Nichtbeachtung der vom Gesetz und vom Gründungsvertrag hinsichtlich der Geschäftsführung vorgeschriebenen Pflichten entstanden sind.

BEFREIUNG

Allerdings ist die Haftung nicht auf Verwalter erweiterbar, die den Beweis erbringen, keine Schuld zu tragen und ihre Ablehnung bekannt gegeben haben, als sie von der geplanten Handlung Kenntnis erhalten haben.

74

Jeder einzelne Gesellschafter kann:

- 1) Haftungsklage gegen die Verwalter erheben;
- 2) bei schweren Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung fordern, dass die Verwalter als Vorsichtsmaßnahme widerrufen werden. In diesem Fall kann der Richter die Maßnahme von einer Kautionszahlung abhängig machen.

Falls dem Antrag stattgegeben wird, erstattet die Gesellschaft vorbehaltlich ihres Rücktrittsrechts den Verwaltern gegenüber den Einbringern die Gerichtskosten sowie die für die Sachlagenermittlung bestrittenen Ausgaben zurück.

Obwohl sie auch von einem einzelnen Gesellschafter erhoben werden kann, kann die Haftungsklage Gegenstand von Verzicht oder Vergleich seitens der Mehrheit der Gesellschafter sein, sofern nicht eine qualifizierte Minderheit dagegen stimmt.

VERZICHT ODER VERGLEICH IM ZUSAMMENHANG MIT DER HAFTUNGSKLAGE

Sofern der Gründungsvertrag keine anders lautende Bestimmungen enthält, kann die Haftungsklage gegen die Verwalter Gegenstand von Verzicht oder Vergleich seitens der Gesellschaft sein, wenn die Gesellschaftermehrheit ihre Zustimmung erteilt, die wenigstens zwei Drittel vom Gesellschaftskapital hält und sofern nicht eine Minderheit von Gesellschaftern, die wenigstens ein Zehntel des Gesellschaftskapitals vertreten, Einspruch einlegen.

Es wird die erprobte Orientierung der Rechtsprechung bestätigt, laut der die Genehmigung der Bilanz von Seiten der Gesellschafter an und für sich die Verwalter und Aufsichtsräte nicht von der Verantwortung hinsichtlich der Geschäftsführung enthebt (vgl. Art. 2476, letzter Absatz).

11.13.2. Haftung gegenüber dem einzelnen Gesellschafter

Weiters haften die Verwalter auch für Schäden, die dem einzelnen Gesellschafter direkt mit Vorsatz oder fahrlässig verursacht wurden.

Der eventuelle Vergleich oder der Verzicht hinsichtlich der Haftungsklage von Seiten der Gesellschaft beeinträchtigen nicht das Recht auf Schadensersatz, der dem einzelnen Gesellschafter zusteht, der durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen der Verwalter direkt einen Schaden erlitten hat.

11.13.3. Haftung gegenüber Dritte

Die Verwalter haften zudem für die Schäden, die sie Dritten und letztendlich insbesondere Gesellschaftsgläubigern direkt vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben.

Der eventuelle Vergleich oder der Verzicht hinsichtlich der Haftungsklage von Seiten der Gesellschaft beeinträchtigen nicht das Recht auf Schadensersatz, der dem Dritten zusteht, der durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen der Verwalter direkt einen Schaden erlitten hat.

12. NEUE HAFTUNG FÜR DIE FÜHRENDEN GESELLSCHAFTER

Absatz VII des erwähnten Artikels 2476 Zivilgesetzbuch führt für die führenden Gesellschafter eine neue, tiefgreifende Form der Haftung gegenüber

- a) der Gesellschaft
- b) den einzelnen anderen Gesellschaftern
- c) den Dritten

ein, für den Fall, dass sie für die oben angeführten Kategorien schädliche Handlungen vorsätzlich beschlossen oder genehmigt haben.

Ausgehend vom Umstand, dass in der konkreten Praxis, in der GmbH die effektive Verwaltungsbefugnis oft nur formell den Verwaltern zusteht, beabsichtigte der Gesetzgeber die direkte Verantwortlichkeit der führenden Gesellschafter, die tatsächlich die Gesellschaft verwalten, auch wenn sie formell nicht das Amt des Verwaltungsrats bekleiden.

76

ZUSÄTZLICHE UND GESAMTSCHULDNERISCHE HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER

Weiters haften als Gesamtschuldner mit den Verwaltern die Gesellschafter, die, für die Gesellschaft, die Gesellschafter oder Dritte schädliche Tätigkeiten vorsätzlich beschlossen oder genehmigt haben.

Diese Bestimmung wird das Verhalten der Mehrheitsgesellschafter gegenüber der Gesellschaft sicherlich radikal verändern, da diese sich nicht mehr hinter dem Schutzschild von eventuellen nichtshabenden Verwaltern ihres Vertrauens verstecken können, die ihnen eigens für die Führung der Gesellschaft zur Seite gestellt wurden, um sich jeglicher Verantwortung hinsichtlich der Geschicke der Gesellschaft zu entziehen. Ab. 1. Januar 2004 können sie von den Minderheitsgesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern direkt und unbeschränkt mit ihrem eigenen Privatvermögen für die mala gestio der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden.

Demnach muss jede Entscheidung der führenden Gesellschafter von nun an entsprechend erwogen und hinsichtlich der potentiellen schädlichen Folgen für die Gesellschaft, die Minderheitsgesellschafter, die Gesellschaftsgläubiger und letztendlich für das Vermögen der führenden Gesellschafter selbst bewertet werden.

Ab dem 1. Januar 2004 muss jeder, der eine GmbH gründet oder sich an einer solchen als führender Gesellschafter beteiligt, unweigerlich mit der Möglichkeit der persönlichen Haftung rechnen, die jedoch für die AG nicht vorgesehen ist.

13. KONTROLLEN DURCH DIE GESELLSCHAFTER

Der Art. 2476 erteilt den Gesellschaftern, die nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind, beachtliche Kontrollbefugnisse über die Führung der Gesellschaft, die den Mehrheitsgesellschaftern höchst unangelegentlich kommen könnten. Es sind:

77

KONTROLLBEFUGNISSE DER GESELLSCHAFTER, DIE KEINE VERWALTER SIND

- a) das Recht, von den Verwaltern Informationen hinsichtlich des Verlaufs der Geschäftsgebarung zu erhalten
- b) das Recht, auch über Freiberufler ihres Vertrauens, Einsicht in die Gesellschaftsbücher und in die Unterlagen betreffend die Geschäftsführung zu nehmen.

Diese Bestimmung weitet demnach die Rechte der Minderheitsgesellschafter beträchtlich aus, auch unter Berücksichtigung der Notwendigkeit einer vermehrten Transparenz bei der Verwaltung der Gesellschaft.

Es muss unterstrichen werden, dass der Gesellschafter, der nicht Verwalter ist, nun Einsicht in alle Gesellschaftsbücher, aber vor allem in alle Unterlagen betreffend die Geschäftsführung nehmen kann. Hierzu kann er einen Freiberufler seines Vertrauens beauftragen, der somit sich in die Führung der Gesellschaft einmischet.

Es ist offensichtlich, dass dieses Kontrollrecht eng mit dem Recht des einzelnen Gesellschafters verbunden ist, einzeln Haftungsklagen gegen die Verwalter und auch gegen die Gesellschafter zu erheben, die die für die Gesellschaft schädliche Handlung vorsätzlich beschlossen oder genehmigt haben.

Diese Rechte stehen nun dem Gesellschafter immer zu, unabhängig davon, ob ein Alleinprüfer oder ein Aufsichtsrat vorhanden ist oder nicht.

Das Ausmaß der den Gesellschaftern der neuen GmbH zustehenden Kontroll- und Anfechtungsbefugnisse, erschien dem Gesetzgeber an und für sich ausreichend. Demnach wurde die vom Art. 2409 für die AG vorgesehene Kontrolle durch das Landesgericht nicht auf die GmbH ausgedehnt.

DIE GERICHTLICHE KONTROLLE GEMÄSS ART. 2409 ZIVILGESETZBUCH
IST NICHT ZULÄSSIG

78

14. GREMIUM FÜR DIE RECHTLICHE RECHNUNGSPRÜFUNG

Mit Art. 2477 Zivilgesetzbuch werden für die Rechnungsprüfung zwei Figuren eingeführt:

- a) der Aufsichtsrat
- b) der Alleinprüfer

Beim Alleinprüfer handelt es sich um ein rein fakultatives Gremium, das demnach nur auf dem Papier bestehen wird, da die Gesellschafter es kaum einführen werden. Es würde nämlich unweigerlich zu einer Erhöhung der Verwaltungsspesen der Gesellschaft führen ohne dass dies durch eine effektive Notwendigkeit des Schutzes, selbst nicht der Minderheitsgesellschaft, ausgeglichen wird, da die Kontrollbefugnis des einzelnen Gesellschafters hinsichtlich der Handlungen der Verwalter beachtlich erweitert worden ist.

Es bleibt jedoch zu klären, ob die Bestellung des Alleinprüfers gemeinsam mit jener des Aufsichtsrates obligatorisch wird, wenn die Gesellschaft der obliga-

torischen Bestellung des Aufsichtsrates unterliegt und zudem zur Erstellung der konsolidierten Bilanz verpflichtet ist.

Zur Lösung des Problems wird auf die Überprüfung der Möglichkeiten A) und B), die weiter unten erläutert werden, verwiesen.

14.1. AUFSICHTSRAT

Der Aufsichtsrat kann hingegen fakultativ und alternativ zum Alleinprüfer sein, wird jedoch bei Bestehen einer der drei unten angeführten Voraussetzungen obligatorisch:

- 1) falls das Gesellschaftskapital mindestens 120.000 Euro beträgt
- 2) falls für zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre zwei der unten angeführten Grenzwerte überschritten werden:
 - Summe der Aktiva der Vermögensbilanz: 3.125.000 Euro;
 - Erlöse aus Verkäufen und Leistungen: 6.250.000 Euro;
 - im Laufe des Geschäftsjahres im Durchschnitt beschäftigte Angestellte: 50
- 3) falls die Gesellschaft zur Erstellung der konsolidierten Bilanz verpflichtet ist, weil in diesem Fall der Art. 41 der gesetzesvertr. Verordnung Nr. 127/1991 verfügt, dass die Bilanz obligatorisch dem Aufsichtsgremium unterbreitet wird, das demnach einzusetzen ist (diesbezüglich siehe die unter Punkt A und B angeführten Möglichkeiten).

Die Parameter, die zur Pflicht der Einführung eines Aufsichtsrates führen, sind die gleichen geblieben, die im alten Text des Art. 2488 Zivilgesetzbuch vor der Reform angeführt worden sind. Lediglich der Grenzwert des Gesellschaftskapitals wurde auf 120.000 Euro erhöht, infolge der entsprechende Erhöhung der für die neue AG vorgesehene Mindesthöhe des Gesellschaftskapitals.

Die Bestimmungen betreffend den Aufsichtsrat der GmbH sind jedoch eher unvollständig und unklar, auch der Begleitbericht ist diesbezüglich nicht besonders aufschlußreich.

Die vom Gesetzgeber verwendete Gesetzestechnik zur Regelung des Kontrollorgans der GmbH ist nämlich ungenau, da einfach auf die für die AG vorgesehene Regelung verwiesen wird. Dort, allerdings ist der Aufsichtsrat Aufsichts-

und Kontrollorgan und kann nur in Ausnahmefällen buchhalterische Konten überprüfen (vgl. Artikel 2409-bis, Absatz III). Demnach bleibt dem Ausleger die nicht einfache Aufgabe überlassen, zu überprüfen, welche der generell aufgezählten Bestimmungen auf die GmbH anwendbar sind und welche jedoch keiner Ausdehnung unterzogen werden können. Es kann nicht darüber hinweggesehen werden, dass dieser Tatbestand zu einer unerwünschten Situation der Unsicherheit geführt hat.

Demnach sind hinsichtlich dieses Gremiums innerhalb der GmbH zwei unterschiedliche Auslegungen der Gesetzesbestimmungen möglich:

MÖGLICHKEIT A) Aufsichtsrat mit alleiniger Funktion der buchhalterischen Kontrolle

Aus der vollständigen Überprüfung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen könnte man davon ausgehen, dass die dem Aufsichtsrat bzw. dem alleinigen Prüfer übertragenen Aufgaben nur jene der reinen buchhalterischen Kontrolle und nicht jene der Aufsicht und Kontrolle sind, wie es jedoch für die AG bei Beibehaltung des klassischen Systems der Fall sein kann (Diese Hypothese wird auch in der Lehre von Salafia in *Le Società* 2003, Ipsoa, Seiten 13-15 unterstützt).

80

Die Argumente, die für diese Hypothese sprechen sind folgende:

- a) Die Rubrik des Art. 2477 Zivilgesetzbuch trägt die Überschrift „Rechtsgültige Buchprüfung“ und scheint demnach der fast gleichnamigen Rubrik „Buchhalterische Kontrolle“ des Art. 2409-bis für die AG zu entsprechen und mit einer systematischen Interpretation auf diese zu verweisen;
- b) der Art. 2463 sieht die Pflicht vor, im Gründungsvertrag eventuelle Rechtspersonen vorzusehen, die mit der „buchhalterischen Kontrolle“ beauftragt werden;
- c) der Begleitbericht bestellt den Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der alleinigen „Buchprüfung“;
- d) Die Kontroll- und Aufsichtsfunktion scheint nicht mehr erforderlich, da die Kontrollbefugnisse nun vom Art. 2476 Zivilgesetzbuch den Gesellschaftern einzeln übertragen werden;

- e) die Struktur der GmbH wurde von jener der AG differenziert, da erstere normalerweise kleiner ist und eine karge Gesellschaftsstruktur aufweist, bei der Verwalter und Gesellschafter mehr oder weniger dieselben Personen sind. Ein Gremium, das die Handlungen der Verwalter unter Kontrolle hält, scheint hier nicht mehr erforderlich;
- f) der Gesetzgeber verfolgte die Absicht, die Regelung der GmbH jener der Personengesellschaften anzugleichen, wo kein Kontrollorgan so wie der Aufsichtsrat vorgesehen ist;
- g) der Alleinverwalter, der bei der GmbH als Alternative zum Aufsichtsrat vorgesehen ist, ist stets allein für die Buchprüfung zuständig und übt niemals Überwachungsfunktionen aus.

Demnach beobachtet man hier eine beachtliche Verringerung der Funktionen und Befugnisse dieses Gremiums, auch im Vergleich zum Aufsichtsrat in der GmbH vor der Reform, wo dieser zusätzlich zur buchhalterischen Kontrolle auch mit

- a) der Überprüfung der Verwaltung der Gesellschaft
- b) der Überprüfung der Einhaltung des Gesetzes und des Gründungsvertrages betraut war.

(vgl. alter Art. 2403 Zivilgesetzbuch).

Diese beiden letzten Funktionen, folgt man der vorliegenden Hypothese, fallen weder in die Zuständigkeit des Aufsichtsrates noch in jene des Alleinprüfers! Die Kontrolle wird nun in der GmbH den einzelnen Gesellschaftern überlassen.

In der AG hingegen, sind, mit Ausnahme eines einzigen Falls in dem der Aufsichtsrat auch die buchhalterische Kontrolle ausüben kann, immer ein Rechnungsprüfer, mit der alleinigen Funktion der buchhalterischen Kontrolle und ein zweites Gremium vorgesehen, mit Funktion der Kontrolle über die Verwaltung vorgesehen. Dieses kann, nach Wahl der Gesellschafter, alternativ a) der Aufsichtsrat, b) das Aufsichtsgremium, c) der Betriebskontrollausschuss sein.

Eine eventuelle Ausweitung dieser Kompetenzen des Aufsichtsrates der GmbH könnte sicherlich eigens im Gründungsakt vorgesehen werden, wie es übrigens auch der Artikel 2477 ausdrücklich zulässt, auch wenn in Anbetracht

der üblicherweise kleinen Gesellschaftsbasis und der erweiterten Kontrollbefugnisse des einzelnen Gesellschafters, kaum die Notwendigkeit dafür gegeben ist.

AUFGABEN DES KONTROLLGREMIIUMS

**Nur
buchhalterische Kontrolle (gemäß art. 2409-bis) JA
und keine
Aufsichts- und Kontrollfunktion (Art. 2403 sieht dies nur für die AG vor) NEIN**

Zur Festsetzung der Funktionen und Kompetenzen des Aufsichtsrates und/oder des Alleinprüfers muss auf den Artikel 2409-ter Zivilgesetzbuch verwiesen werden, der folgende Zuständigkeiten vorsieht:

BUCHHALTERISCHE KONTROLLE

- a) überprüft im Laufe des Geschäftsjahres und mindestens mit vierteljährlicher Häufigkeit, die ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft und den korrekten Vermerk der Vorkommnisse der Gebarung in den Buchaufzeichnungen;
- b) überprüft, ob die Bilanz des Geschäftsjahres und, wo erstellt, die konsolidierte Bilanz, den Ergebnissen der Buchaufzeichnungen und der durchgeführten Feststellungen entsprechen und ob sie den Bestimmungen, die diese regeln, entsprechen;
- c) gibt mit einem entsprechenden Bericht ein Urteil über die Bilanz des Geschäftsjahres und die konsolidierte Bilanz ab, wo eine solche erstellt wird.
(Der Bericht zur Bilanz ist gemäß Artikel 2429 beim Sitz der Gesellschaft hinterlegt)
- d) Weiters:
- 1) macht er seine Betrachtungen im Falle der Herabsetzung des Gesellschaftskapitals wegen Verlusten gemäß Art. 2482-bis
 - 2) nimmt er an den Gesellschafterversammlungen teil (2479-bis) (nur Aufsichtsrat)

Bestellung: das Gremium zur buchhalterischen Kontrolle wird von den Gesellschaftern (vgl. 2479 n. 3) Zivilgesetzbuch) mit einfacher Entscheidung bestellt, sofern der Gründungsvertrag nicht ausdrücklich eine Gesellschafterversammlung hierfür verlangt.

Voraussetzungen: Zu Mitgliedern des Aufsichtsrats oder zum Alleinprüfer können nur Rechnungsprüfer bestellt werden, die im entsprechenden Register eingetragen sind, das beim Justizministerium geführt wird (vgl. 2409-bis Zivilgesetzbuch.). Als Alleinverwalter kann auch eine im oben erwähnten Register eingetragene Prüfungsgesellschaft eingesetzt werden.

Gründe für die Nichtwählbarkeit und den Amtsverlust:

GRÜNDE FÜR DIE NICHTWÄHLBARKEIT UND DEN AMTSVERLUST

- 1) die Entmündigung
- 2) die beschränkte Geschäftsfähigkeit
- 3) der Konkurs
- 4) wer zu einer Strafe verurteilt wurde, die ein auch zeitweiliges Verbot der Ausübung öffentlicher Ämter oder die Unfähigkeit zur Ausübung leitender Ämter beinhaltet;
- 5) der Ehegatte, die Verwandten und Verschwägerten der Verwalter innerhalb des vierten Grades der Verwalter der Gesellschaft, der Ehegatte, die Verwandten und Verschwägerten der Verwalter der von dieser kontrollierten Gesellschaften, der Gesellschaften, die diese kontrollieren und der Gesellschaften, die der gemeinschaftlichen Kontrolle unterliegen;
- 6) diejenigen, die an die Gesellschaft selbst oder an die von ihr kontrollierten Gesellschaften oder an die Gesellschaften, die diese kontrollieren oder an Gesellschaften, die der gemeinschaftlichen Kontrolle unterliegen, durch ein dauerndes entgeltliches Beratungs- oder Arbeitsverhältnis bzw. durch jede andere Art von vermögensrechtlicher Beziehung, die deren Unabhängigkeit einschränkt, gebunden sind;

Die Streichung aus dem Register der Rechnungsprüfer ist Grund für den Amtsverlust des Aufsichtsratsmitgliedes.

Die Satzung kann andere Gründe für die Nichtwählbarkeit oder den Amtsverlust sowie Gründe der Unvereinbarkeit festlegen; sie kann weiters weitere Erfordernisse hinsichtlich der beruflichen Qualifizierung der mit der buchhalterischen Kontrolle beauftragten Rechtsperson festlegen.

Bei Prüfungsgesellschaften werden die Bestimmungen mit Bezug auf die Gesellschaft derselben und auf die mit der Prüfung beauftragten Rechtspersonen angewendet.

Vergütung: Die Gesellschafter legen auch die Vergütung für die gesamte Dauer des Amtes fest, falls die Vergütung nicht bereits im Gründungsvertrag festgesetzt wurde.

Zusammensetzung des Aufsichtsrates: Der Aufsichtsrat setzt sich aus drei oder fünf effektiven Aufsichtsräten zusammen, die Gesellschafter sein können oder auch nicht.

84

Vorsitz des Aufsichtsrates: Der Vorsitzende des Aufsichtsrates wird von den Gesellschaftern ernannt.

Bestellung und Ausscheiden aus dem Amt: die Aufsichtsratsmitglieder werden das erste Mal im Gründungsvertrag und in der Folge von den Gesellschaftern bestellt.

Sie bleiben drei Jahre lang im Amt und verfallen zum Datum der Gesellschafterversammlung, die zur Genehmigung der Bilanz, betreffend das dritte Geschäftsjahr ihres Amtes, einberufen wurde. Falls jedoch laut Gründungsvertrag die Bilanz nicht von der Gesellschafterversammlung genehmigt werden muss, sondern die einfache Entscheidung der Gesellschafter genügt, wird die Fälligkeit ungewiss, da der Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht vorsieht. Man könnte davon ausgehen, dass die Mitglieder am Tag der Entscheidung der Gesellschafter bzw. am Tag der Eintragung derselben in das entsprechende Buch verfallen.

Das Ausscheiden der Aufsichtsratsmitglieder wegen Ablauf der Frist ist ab dem Zeitpunkt wirksam, an dem der Aufsichtsrat neu gebildet wurde. Die Aufsichtsratsmitglieder können nur wegen eines wichtigen Grundes abberufen werden. Der Beschluss über die Abberufung muss vom Landesgericht nach Anhörung des Interessierten mit Verordnung genehmigt werden.

Bekanntmachung der Bestellung und des Ausscheidens: Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder muss unter Angabe des Zunamens und des Vornamens, des Orts und des Datums der Geburt und des Domizils sowie das Ausscheiden eines jeden von ihnen aus dem Amt innerhalb von dreißig Tagen in das Handelsregister eingetragen werden.

Ersetzung: Wenn ein Aufsichtsratsmitglied stirbt, sein Amt niederlegt oder es verliert, rücken die Ersatzaufsichtsratsmitglieder in der Reihenfolge ihres Alters nach. Die neuen Aufsichtsratsmitglieder bleiben bis zur nächsten Gesellschafterversammlung und/oder Entscheidung der Gesellschafter im Amt, welche die Bestellung der zur Vervollständigung des Aufsichtsrats erforderlichen wirklichen Aufsichtsratsmitglieder und Ersatzaufsichtsratsmitglieder vorzunehmen hat.

Die neu bestellten Aufsichtsratsmitglieder verfallen vom Amt gleichzeitig mit den bereits im Amt befindlichen.

Bei Ersetzung des Vorsitzenden, übernimmt das älteste Aufsichtsratsmitglied bis zur nächsten Gesellschafterversammlung den Vorsitz.

Wenn mit den Ersatzaufsichtsratsmitgliedern der Aufsichtsrat nicht vollständig ergänzt wird, muss eine Gesellschafterversammlung einberufen werden, damit sie die Vervollständigung des Aufsichtsrats vornimmt.

Befugnisse des Aufsichtsrates: Die Aufsichtsratsmitglieder können jederzeit auch einzeln Besichtigungen und Überprüfungen vornehmen.

Der Aufsichtsrat kann, auch in bezug auf abhängige Gesellschaften, von den Verwaltern Mitteilungen verlangen, die der Kontrolltätigkeit dienlich sind.

Die vorgenommenen Feststellungen müssen aus den in im Artikel 2478, Ziffer 4 bezeichneten Buch hervorgehen.

Es bestehen jedoch Zweifel, ob zur Vornahme besonderer Tätigkeiten, die mit der Inspektion und der Kontrolle zusammenhängen, die Aufsichtsratsmitglieder in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten Dienstnehmer und Hilfspersonen heranziehen können, sofern auf sie nicht die in Artikel 2399 vorgesehenen Gründe zutreffen. Diese Befugnis scheint mehr im Zusammenhang mit der Aufsichtsfunktion als mit jener der buchhalterischen Kontrolle zu stehen. Der Art. 2479-ter, Absatz I erteilt nur dem Aufsichtsrat (und nicht auch dem Alleinprüfer) das Recht, Beschlüsse anzufechten, die nicht dem Gesetz oder dem Gründungsvertrag entsprechen.

Sitzungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates: Der Aufsichtsrat muss wenigstens alle 90 Tage zusammentreten. Die Zusammenkunft kann, falls es die Satzung zulässt, auch über telematische Mittel (wie zum Beispiel Audio/Videokonferenz) erfolgen, wobei die Vorgangsweise von der Satzung festgesetzt wird.

Ein Aufsichtsratsmitglied, das ohne Rechtfertigungsgrund während eines Geschäftsjahres an zwei Sitzungen des Aufsichtsrats nicht teilnimmt, verliert sein Amt.

Über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist ein Protokoll zu verfassen, das in das von der Ziffer 4 des Artikels 2478 vorgesehene Buch einzutragen und von den Anwesenden zu unterschreiben ist.

Der Aufsichtsrat ist bei Anwesenheit der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder beschlussfähig und beschließt mit absoluter Mehrheit der Anwesenden. Das Aufsichtsratsmitglied, das nicht zugestimmt hat, ist berechtigt, die Gründe für sein mangelndes Einverständnis in das Protokoll eintragen zu lassen.

86

Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrates: da dieses Teilnahmerecht im Zusammenhang mit der Aufsichtsfunktion steht, aber für die buchhalterische Kontrolle nicht wiederholt wird, scheint der Art. 2405 Zivilgesetzbuch nicht auf die GmbH anwendbar zu sein.

Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen: die Teilnahme ist nur für den Aufsichtsrat und nicht für den Alleinprüfer vorgesehen (vgl. Art. 2479-bis, letzter Absatz).

Unterlassungen der Verwalter. Der Art. 2406 sieht vor, dass im Fall einer Unterlassung oder einer unentschuldigten Verspätung von Seiten der Verwalter der Aufsichtsrat die Gesellschafterversammlung einzuberufen und die vom Gesetz vorgesehenen Bekanntmachungen vorzunehmen hat. Weiters sieht er vor, dass der Aufsichtsrat, nach vorhergehender Mitteilung an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates, die Gesellschafterversammlung einberufen kann, falls er bei in Ausübung seines Amtes auf besonders schwerwiegende Tatbestände stoßen würde und Maßnahmen dringend erforderlich sind. Diese Befugnisse stehen im Zusammenhang mit der Aufsichtsfunktion und demnach ist ihre Anwendung auf die GmbH ausgeschlossen, in der der Aufsichtsrat nur eine buchhalterische Kontrolle ausübt.

Der Art. 2482-bis legt allerdings nur dem Aufsichtsrat und nicht dem Alleinprüfer die Pflicht auf, die obligatorische Herabsetzung des Gesellschaftskapitals bei Verlusten im Fall der Unterlassung von seiten der Gesellschafter und der Verwalter zu beantragen.

Nicht anwendbar ist die Verfügung laut Art. 2408 Zivilgesetzbuch hinsichtlich der Meldung an den Aufsichtsrat von unrechtmäßigen Handlungen von Seiten der Gesellschafter, da diese Bestimmung ausschließlich mit der Aufsichtsfunktion des Aufsichtsrats in Zusammenhang steht, die, wie bereits erwähnt, in der GmbH nicht vorgesehen ist.

Ausdrückliche Nichtanwendbarkeit des Art. 2409 Zivilgesetzbuch (Meldung an das Landesgericht), die vom Gesetzgeber in diesem Sinne ausdrücklich vorgesehen wird, da sie auf Grund der erweiterten Befugnisse der einzelnen Gesellschafter für die GmbH nicht notwendig ist.

Haftung: Der Art. 2409-sexies sieht vor, dass die mit der buchhalterischen Kontrolle beauftragten Rechtspersonen in folgenden Fällen den Bestimmungen des Artikels 2407 unterliegen:

87 

- a) wenn sie ihre Pflichten nicht mit der von der Natur des Auftrages geforderten Professionalität und Sorgfalt erfüllen;
- b) sie haften für die Wahrhaftigkeit ihrer Aussagen
- c) sie müssen das Schweigen über Tatsachen und Unterlagen bewahren, von denen sie auf Grund ihres Amtes in Kenntnis sind.

Der II Absatz des erwähnten Artikels 2407 wird nicht angewandt, wenn die entsprechende Haftung im Zusammenhang mit der Aufsichtsfunktion steht, die dem Aufsichtsrat der GmbH nicht zusteht.

Sie haften der Gesellschaft, den Gesellschaftern und Drittpersonen gegenüber für die Schäden, die aus der Nichterfüllung ihrer Pflichten entstanden sind: Die Klage verjährt sich innerhalb der Frist von fünf Jahren nach Ablauf des Amtes.

Hinsichtlich der Erhebung der Haftungsklage besteht hingegen Unsicherheit, was die Vorgangsweise bei der Ausübung der Erhebung betrifft, und vor

allem ob diese dem Verzicht oder Vergleich unterliegen kann und wenn ja, mit welcher Vorgangsweise, da der Verweis auf die für die AG vorgegebene Regelung auf Grund der unterschiedlichen Struktur nicht auch auf die GmbH angewandt werden kann.

Abschließend bleibt der Zweifel, ob die buchhalterische Kontrolle vom Aufsichtsrat und nicht vom Alleinverwalter ausgeübt werden kann, falls die im Art. 2477 aufgezeigten Grenzwerte überschritten werden und sie außerdem zur Erstellung der konsolidierten Bilanz verpflichtet ist, da der Art. 2409-bis für die AG vorsieht, dass in diesem Fall die buchhalterische Kontrolle nicht vom Aufsichtsrat sondern nur vom Alleinverwalter ausgeübt werden darf.

Wenn man der hier aufgezeigten Hypothese folgt, müsste man davon ausgehen, dass in der GmbH, in Anbetracht ihrer unterschiedlichen Struktur zur AG, die buchhalterische Kontrolle immer nur dem Aufsichtsrat anzuvertrauen ist, sobald dessen Einführung obligatorisch ist (wie in Dottrina Salafia Le Società, Ipsoa, 2003, S. 13 u. ff., Fusi A und Mezzanotte D. in „la nuova disciplina delle società a responsabilità limitata IPSOA 2003, Seite 77).

88

Möglichkeit B) Aufsichtsrat mit buchhalterischer Kontrolle + Überwachungs- und Aufsichtsfunktionen wie in der AG

Man kommt nicht umhin, festzustellen, dass auch eine unterschiedliche Auslegung der Bestimmungen möglich wäre, die darauf abzielt, dem Aufsichtsrat, neben der buchhalterischen Kontrolle) sämtliche Befugnisse gemäß Art. 2403 Zivilgesetzbuch zu erhalten. (Diese Hypothese wird in der Lehre von R. Rordord in Le Società 2003, Ipsoa Seiten 671-672 und S. Fortunato ivi Seiten 305 und folgende) unterstützt.

Diese Hypothese könnte sich stützen:

- a) auf den allgemeinen Verweis des Art. 2477 Zivilgesetzbuch auf die für die AG bestimmte Regelung;
- b) auf die historische Verstrickung der Funktionen des Aufsichtsrates in der GmbH;
- c) auf die Tatsache, dass in der AG der Aufsichtsrat hauptsächlich Aufsichtsgremium und nur in Ausnahmefällen auch Gremium für die buchhalterische Kontrolle ist;

- d) auf die Tatsache, dass die Gesellschaften, die zur Erstellung der konsolidierten Bilanz verpflichtet sind, die buchhalterische Kontrolle nicht dem Aufsichtsrat übertragen können, da diese Funktion vom Art. 2409-bis obligatorisch dem Alleinprüfer vorbehalten ist;
- e) auf das dem Aufsichtsrat (und nicht dem Alleinprüfer) zustehende Recht, die Entscheidungen der Gesellschafter anzufechten, die nicht dem Gesetz oder dem Gründungsvertrag entsprechen;
- f) auf die dem Aufsichtsrat (und nicht dem Alleinprüfer) auferlegte Pflicht, im Falle der Unterlassung von Seiten der Gesellschafter und der Verwalter, beim Landesgericht gemäß Art. 2482-bis die Herabsetzung des Kapitals wegen Verlusten zu beantragen;
- g) auf die vom Art. 2485 den Aufsichtsräten (und nicht dem Alleinprüfer) gewährte Befugnis, im Falle der Unterlassung von Seiten der Verwalter beim Landesgericht den Erlass des Dekrets zu beantragen, mit welchem das Eintreten eines Grundes für die Auflösung der Gesellschaft bescheinigt wird;
- h) auf die vom Art. 2487 den Aufsichtsräten (und nicht dem Alleinprüfer) gewährte Befugnis hinsichtlich der Einberufung der Gesellschafterversammlung für die Ernennung der Aufsichtsräte und hinsichtlich des Antrags auf Abberufung der Liquidatoren aus wichtigem Grund.

Würde man dieser Hypothese folgen, wären alle Bestimmungen für dieses Gremium hinsichtlich der AG an und für sich auch auf die GmbH anwendbar, ohne dass eine ausdrückliche Ausdehnung, die im Gründungsvertrag einzutragen ist, erforderlich ist.

Man kommt auf jeden Fall nicht umhin festzustellen, dass der Art. 2482-bis ausdrücklich die Pflicht der Meldung für den Aufsichtsrat vorsieht, die gezwungenermaßen durch eine Aufsichtspflicht und Aufsichtsbefugnis unterstützt sein muss.

Dasselbe gilt für das Recht auf Anfechtung der Entscheidungen der Gesellschafter gemäß Art. 2479-bis, das ebenfalls mit einer Aufsichtspflicht und -befugnis gekoppelt sein muss.

Weiters verleiht der Art. 2485 bei Unterlassung von Seiten der Verwalter der Gesellschaft den Aufsichtsräten die Befugnis, beim Landesgericht den Erlass der Verordnung zu beantragen, die das Eintreten eines Grundes für die

Auflösung der Gesellschaft bescheinigt. Abschließend verleiht Art. 2487, ebenfalls im Falle der Unterlassung von Seiten der Verwalter, den Aufsichtsräten die Befugnis, beim Landesgericht die Einberufung der Gesellschafterversammlung für die Bestellung der Liquidatoren zu beantragen sowie die Befugnis, beim Landesgericht die Abberufung aus wichtigem Grund der Liquidatoren zu beantragen.

Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die eben erwähnten Bestimmungen sich nur auf den Aufsichtsrat und nicht auf den Alleinprüfer beziehen, so wie das Recht/die Pflicht zur Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen, das/die sich implizit aus dem Art. 2479-bis ergibt.

Folgt man dieser Hypothese, müsste im Falle, dass eine zur Erstellung der konsolidierten Bilanz verpflichtete GmbH die Grenzwerte gemäß Art. 2477 überschreitet, gezwungenermaßen ein Aufsichtsrat mit alleinigen Aufsichtsfunktionen und ein Alleinprüfer mit alleiniger Funktion der buchhalterischen Kontrolle bestellt werden. Der allgemeine Hinweis gemäß Art. 2477 müsste sich nämlich auch auf die gesamte Vorgabe des Art. 2409-bis ausnahmslos ausdehnen (so in der Lehre R. Rordorf in *Le Società* 2003 Nr. 5 Ipsosa, Seiten 671-672 e S. Fortunato in *Le Società*, 2003 Seiten. 305 u. ff..)

90

Aufgrund der normativen Unsicherheit zu diesem Punkt und der Stichhaltigkeit der von beiden Hypothesen vorgebrachten Argumente ist es zum jetzigen Zeitpunkt eher schwierig, sich für eine oder die andere zu entscheiden. Demnach wäre ein klärender Eingriff durch den Gesetzgeber, wie übrigens vom entsprechenden Ermächtigungsgesetz zulässig, mehr denn je wünschenswert.

14.2. ALLEINPRÜFER

Der Alleinprüfer ist eine von der Reform eingeführte Neuerung und seine natürliche Funktion ist jene der alleinigen buchhalterischen Kontrolle.

Was den Alleinprüfer anlangt gilt hinsichtlich :

- a) Voraussetzungen
- b) Gründe für die Nichtwählbarkeit und den Amtsverlust

- c) Entgelt
- d) Bestellung und Abberufung
- e) Bekanntmachung im Handelsregister
- f) Verantwortung

dasselbe, was weiter oben für den Aufsichtsrat gesagt wurde.

Was seine Kompetenzen und Befugnisse betrifft, übt er normalerweise die buchhalterische Kontrolle aus. Der Gründungsvertrag kann jedoch Aufsichtsfunktionen hinzufügen.

Konkret gesehen, scheint es sehr schwer, dass die vermehrten Kompetenzen diesem Gremium übertragen werden könnten, insbesondere wenn dieses Amt von einer Revisionsgesellschaft bekleidet wird.

Funktionen:

1) buchhalterische Kontrolle:

- a) überprüft im Laufe des Geschäftsjahres und mindestens mit vierteljährlicher Häufigkeit die ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft und den korrekten Vermerk der Vorkommnisse der Gebarung in den Buchaufzeichnungen;
- b) überprüft, ob die Bilanz des Geschäftsjahres und, wo erstellt, die konsolidierte Bilanz, den Ergebnissen der Buchaufzeichnungen und der durchgeführten Prüfungen entsprechen und mit den Bestimmungen, die sie regeln, konform sind;
- c) gibt mit einem entsprechenden Bericht sein Urteil über die Bilanz des Geschäftsjahres und über die konsolidierte Bilanz ab, wo eine solche erstellt wird;

Der Geschäftsbericht ist gemäß Artikel 2429 beim Sitz der Gesellschaft hinterlegt;

2) sonstige fakultative Kontroll- und Aufsichtsfunktionen: sind gemäß Art. 2477, Absatz 1, der Regelung des Gründungsvertrages überlassen.

Auch hinsichtlich der Befugnisse dieses Gremiums gibt es natürliche Befugnisse, die sich aus jenen des Art. 2409-ter zusammensetzen, die jedoch mit dem Gründungsvertrag erweitert werden können.

Befugnisse:

- 1) Der Prüfer oder die mit der buchhalterischen Kontrolle beauftragte Gesellschaft kann von den Verwaltern für die Kontrolle erforderliche Unterlagen und Informationen fordern und kann Untersuchungen vornehmen. Er/sie belegt die durchgeführten Handlungen in einem entsprechenden Buch, das beim Sitz der Gesellschaft oder an einem anderen von der Satzung festgesetzten Ort laut Bestimmungen des Artikels 2421, Absatz 3 geführt wird.
- 2) Sonstige fakultative Befugnisse unterliegen der Regelung des Gründungsvertrages gemäß Art. 2477, Absatz eins.

Es wird erneut darauf hingewiesen, dass der Alleinprüfer ein rein fakultatives Gremium ist, und demnach in der Praxis selten Anwendung finden wird.

92

Einziger Zweifelsfall, in dem die Bestellung eines Alleinprüfers obligatorisch werden könnte, ist jener, in welcher die Gesellschaft zur Erstellung der konsolidierten Bilanz verpflichtet ist. Für eine diesbezügliche Lösung wird auf die oben erläuterten Hypothesen A) und B) verwiesen.

Normalerweise hat also der Alleinprüfer in der GmbH die gleichen Kontrollfunktionen, die er in der AG ausübt, allerdings kann der Gründungsvertrag diesem Gremium zusätzliche Funktionen mit den entsprechenden Befugnissen einräumen. Diese sind vollständig dem Willen der Gesellschafter überlassen, werden aber vernünftigerweise den Funktionen des Aufsichtsrates der AG ähnlich sein.

15. ENTSCHEIDUNGEN DER GESELLSCHAFTER

15.1. ZUSTÄNDIGKEIT DER GESELLSCHAFTER

Der Art. 2463 Nr. 7) und der Art. 2479 Absatz I Zivilgesetzbuch überlassen der freien Autonomie der Parteien die Aufteilung der Kompetenzen zwischen den Verwaltern und den Gesellschaftern.

Der Gründungsvertrag kann demnach frei festsetzen, welche Kompetenzen den Gesellschaftern und welche aber den Verwaltern vorbehalten sind, mit Ausnahme der folgenden Kompetenzen, die immer den Verwaltern zustehen:

- a) Erstellung der Bilanz mit sämtlichen Unterlagen und Anlagen
- b) Vertretung der Gesellschaft
- c) Berichte gemäß Art. 2482- bis
- d) Einberufung der Gesellschafterversammlung gemäß Art. 2482-ter
- e) Obliegenheiten gemäß den Art. 2485 und 2487 Zivilgesetzbuch hinsichtlich der Liquidation
- f) Befugnisse der Verwalter hinsichtlich der Liquidation gemäß Art. 2486
- g) Pflicht des Rechenschaftsberichts gemäß Art. 2487-bis
- h) sonstige Kompetenzen, die bei Fusionen und Spaltungen spezifisch für die Verwalter vorgesehen (vgl. Erstellung des Fusionsprojekts gemäß Art. 2501-ter, Vermögensbilanz gemäß Art. 2501-quater, Bericht Art. 2501-quinquies, Hinterlegung Beschluss gemäß Art. 2502-bis, Spaltungsprojekt gemäß Art. 2506-bis)

und der folgenden Materien, die hingegen immer den Gesellschaftern zustehen:

- 1) Genehmigung der Bilanz und Aufteilung des Reingewinns;
- 2) Bestellung der Verwalter, falls im Gründungsvertrag vorgesehen;
- 3) Bestellung der Aufsichtsräte und des Vorsitzenden des Aufsichtsrates oder des Prüfers, in den vom Art. 2477 vorgesehenen Fällen;
- 4) Abänderungen des Gründungsvertrages;
- 5) die Entscheidung, Rechtshandlungen durchzuführen, die eine wesentliche Änderung des im Gründungsvertrag festgesetzten Gesellschaftszwecks oder eine bedeutende Änderung der Rechte der Gesellschafter nach sich ziehen;
- 6) Umwandlung;
- 7) Genehmigung des Fusions- oder Spaltungsprojekts, mit Ausnahme der Fusionen durch Einverleibung und von Gesellschaften, die gemäß Art. 2505 und 2505-bis zur Gänze oder zu 90% kontrolliert sind;

15.2. VORGANGSWEISE BEI DEN ENTSCHEIDUNGEN

Die Reform hat die teilweise Abschaffung der gemeinschaftlichen Methode bewirkt, indem hinsichtlich der GmbH den Gesellschaftern die Möglichkeit geboten wird, Entscheidungen in einfacheren Formen als den vorhergehenden Beschluss der Gesellschafterversammlung zu treffen, und zwar:

- a) Entscheidung durch schriftliche Zustimmung
- b) Entscheidung durch schriftliche Befragung

In den meisten Fällen können die Gesellschafter also Entscheidungen hinsichtlich der Gesellschaften treffen, ohne sich am selben Ort versammeln zu müssen und ohne eine Debatte im Rahmen der Gesellschafterversammlung.

FORMEN DER ENTSCHEIDUNGEN DER GESELLSCHAFTER

- 1) schriftliche Zustimmung;
- 2) schriftliche Befragung;
- 3) Gesellschafterversammlung.

94

Die Notwendigkeit, auf den Beschluss der Gesellschafterversammlung und somit auf das alte gemeinschaftliche System zurückzugreifen bleibt nämlich nur auf die nachstehend angeführten Fällen beschränkt:

PFLICHT DER BESCHLUSSFASSUNG MIT BESCHLUSS DER GESELLSCHAFTER IM RAHMEN EINER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

- a) wenn im Gründungsvertrag die anderen Entscheidungsformen durch schriftliche Zustimmung oder schriftliche Befragung nicht vorgesehen;
- b) bei Änderungen des Gründungsaktes;
- c) für die Entscheidungen, Rechtshandlungen durchzuführen, die eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks oder eine deutliche Änderung der Rechte der Gesellschafter bewirken;
- d) wenn es einer oder mehrere Verwalter verlangen
- e) wenn es eine Anzahl von Gesellschaftern verlangt, die mindestens ein Drittel des Gesellschaftskapitals vertreten.

15.2.1. SCHRIFTLICHE ZUSTIMMUNG

Diese neue Entscheidungsform, die den Gesellschaftern eingeräumt wird ist dem deutschen Modell entlehnt und besonders einfach und schnell. Sie sieht von der Notwendigkeit der Versammlung der Gesellschafter ab und erfordert demnach keine Diskussion der Gesellschafter zum Gegenstand der Entscheidung.

Es müssen jedoch schriftlich hervorgehen:

- a) der Gegenstand des Beschlusses;
- b) die schriftliche Zustimmung des Gesellschafters zur Entscheidung (die durch die Unterschrift ausgedrückt wird).

Weiters sollte das Dokument auch das Datum der Unterschrift enthalten, auch wenn es das Gesetz nicht vorschreibt.

Die Entscheidung muss dann umgehend von den Verwaltern in das Beschlussbuch der Gesellschafter gemäß Artikel 2478 Ziffer 2 übertragen werden. Die entsprechende Dokumentation ist von der Gesellschaft aufzubewahren.

95

Diese Bestimmung lässt vermuten, dass mit dieser Möglichkeit der Mehrheit die Möglichkeit geboten wird, Entscheidungen zu treffen, ohne die Minderheit darüber zu informieren. Es genügt nämlich die Zustimmung von so vielen Gesellschaftern, dass das vom Gründungsvertrag geforderte Quorum erreicht wird. Das Gesetz sieht in der Tat weder eine Teilnahmepflicht noch eine Informationspflicht für die Minderheit vor.

Die Minderheitsgesellschafter haben nur die Möglichkeit, die Beschlüsse anzufechten. Um dies zu tun, müssten sie konstant in das Beschlussbuch der Gesellschafter Einsicht nehmen.

Die Frist für die Anfechtung läuft nämlich ab dem Tag der Eintragung der Entscheidung in das erwähnte Buch.

VORGANGSWEISE FÜR DIE SCHRIFTLICHE ZUSTIMMUNG

Es wird nicht verlangt

- a) eine Versammlung der Gesellschafter
- b) Diskussion der Gesellschafter

Es wird lediglich verlangt, dass folgende Angaben schriftlich klar hervorgehen:

- c) Gegenstand der Entscheidung
- d) die schriftliche Zustimmung des Gesellschafters zur Entscheidung (wird durch die Unterschrift ausgedrückt)

Beispiel einer mit schriftlicher Zustimmung getroffenen Entscheidung:

BLATT FÜR EINE SCHRIFTLICHE ZUSTIMMUNG ZU EINER ENTSCHEIDUNG DER GESELLSCHAFTER

Der unterfertigte YY, geboren in XX am ZZ,

in seiner Eigenschaft als Gesellschafter und Inhaber einer Beteiligung im Nominalwert von Euro ZZ, gleich YY% des Gesellschaftskapitals der Gesellschaft Alfa GmbH, mit Sitz in ZZ, Euro XX zur Gänze eingezahlt, eingetragen beim Handelsregister von ZZ

Erklärt

im Sinne des Art. <> des Gründungsvertrags der oben erwähnten Gesellschaft seine Zustimmung zu folgender

Entscheidung

1)

zu geben.

Ort und Datum

Unterschrift des Gesellschafters zum Zeichen der Genehmigung

15.2.2. SCHRIFTLICHE BEFRAGUNG

Diese Entscheidungsform ist als eine Art „Referendum“ zwischen den Gesellschaftern konzipiert, das vernunftgemäß durch Erstellung einer Blattes, das allen Mitgliedern zuzuschicken ist, durchzuführen ist. Dieses Blatt ist dann in der Vorgangsweise und innerhalb der Fristen, deren Festsetzung gänzlich dem Gründungsvertrag überlassen bleibt, an die Gesellschaft zurückzuschicken.

Auch in diesem Fall, müssen laut Art. 2479 Zivilgesetzbuch schriftlich lediglich folgende Angaben hervorgehen:

- a) der Gegenstand der Entscheidung;
- b) die schriftliche Zustimmung des Gesellschafters zur Entscheidung (wird durch die Unterschrift ausgedrückt).

Auch in diesem Fall scheint es angebracht, dass das Dokument auch das Datum der Entscheidung enthält.

97

Die Entscheidung muss dann umgehend von den Verwaltern in das Entscheidungsbuch der Gesellschafter gemäß Artikel 2478 Ziffer 2 übertragen werden. Die entsprechende Dokumentation ist von der Gesellschaft aufzubewahren.

Dieses System würde sich von jenem der schriftlichen Zustimmung unterscheiden, da es anscheinend den Versand der Übersicht an alle Gesellschafter fordert. Somit wird gewährleistet, dass diese über die Entscheidung informiert sind und auch daran teilhaben können.

Das Blatt für die Entscheidungsfindung mittels schriftlicher Befragung, die an alle Gesellschafter zu schicken ist, könnte wie folgt aussehen:

**BLATT
DER SCHRIFTLICHEN BEFRAGUNG FÜR DIE ZUSTIMMUNG ZU EINER
ENTSCHEIDUNG DER GESELLSCHAFTER**

Der unterfertigte,

in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der Gesellschaft Alfa GmbH, mit Sitz in ZZ, Gesellschaftskapital Euro XX zur Gänze eingezahlt, eingetragen beim Registeramt von ZZ

Erklärt

im Sinne des Art. <> des Gründungsvertrags der oben erwähnten Gesellschaft seine Zustimmung zu folgender

Entscheidung

1)

zu geben

Ort und Datum

Unterschrift des Gesellschafters zum Zeichen der Genehmigung

Hinweis für die Gesellschafter:

Stimmt man der oben angeführten Entscheidung zu, bitte das vorliegende Blatt unterzeichnen, das Datum anbringen und dann innerhalb von <> Tagen ab Erhalt an die Adresse des Gesellschaftssitzes schicken. Anderenfalls gilt die Zustimmung im Sinne des Art. <> des Gründungsvertrags der Gesellschaft als verweigert.

**15.2.3. QUORUM FÜR DIE MIT SCHRIFTLICHER ZUSTIMMUNG ODER
SCHRIFTLICHER BEFRAGUNG GETROFFENEN ENTSCHEIDUNGEN**

Sofern der Gründungsvertrag nicht anderes vorsieht, werden die Entscheidungen der Gesellschafter mit der Zustimmung so vieler Gesellschafter gefasst, dass sie mindestens die Hälfte des Gesellschaftskapitals vertreten.

a) *gesetzmäßiges Quorum*: die Hälfte des Gesellschaftskapitals

b) *vertraglich vereinbartes Quorum*: der Gründungsvertrag kann höhere Mehrheiten und auch die Einstimmigkeit verlangen, mit Ausnahme vielleicht der Genehmigung der Bilanz, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, die zu diesem Thema in der alten Regelung entstanden ist. Zudem könnte die schrittweise Annäherung der Regelung der GmbH an jene der Personengesellschaften den Ausleger dazu führen, auch das von der erwähnten Rechtsprechung auferlegte Limit abzuschaffen.

Zur Berechnung des Quorums wird nicht die auf die für die AG vorgesehene Regelung gemäß Art. 2368, letzter Absatz Bezug genommen, die jedoch ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck bringt, das auch für die GmbH gültig ist. Die Beteiligungen, für welche das Stimmrecht nicht ausgeübt werden kann und für welche das Stimmrecht auf Grund eines Interessenkonflikts des Gesellschafters nicht ausgeübt wurde, werden zur Berechnung des für die Entscheidung erforderlichen Kapitalanteils nicht herangezogen. (Beschlussquorum)

15.3. GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

Hinsichtlich der Gesellschafterversammlung fällt die alte Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Gesellschafterversammlung weg, die nur für die AG aufrecht geblieben ist.

ES WIRD NICHT MEHR ZWISCHEN ORDENTLICHER UND
AUSSERORDENTLICHER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG
UNTERSCHIEDEN

Die Abwicklung der Gesellschafterversammlung in der GmbH wird weitgehend frei im Gründungsvertrag festgelegt.

Vorgangsweise der Einberufung: der Gründungsvertrag kann die Art und Weise der Einberufung der Gesellschafterversammlung frei festlegen; sie muss jedoch die umgehende Information zu den zu behandelten Argumenten

gewährleisten. Falls nicht anders vorgesehen, erfolgt die Einberufung durch Einschreibebrief, der mindestens acht Tage vor der Versammlung an den Wohnsitz der Gesellschafter, der aus dem Gesellschafterbuch hervorgeht zu schicken ist.

Die Einberufung kann also erfolgen über:

- a) Einschreibebrief
- b) E-mail
- c) SMS oder MMS
- d) persönlich übergebenen Einschreibebrief
- e) Telefax
- f) Telegramm

Die Vorankündigungsfrist kann jetzt auch weniger als 8 Tage betragen, die hingegen bei anderweitiger Bestimmung im Gründungsvertrag erforderlich sind. Die Frist darf jedoch nie zu kurz angesetzt werden, da die Bestimmung immer die Rechtzeitigkeit der Benachrichtigung vorsieht.

100

Obwohl es nicht ausdrücklich verlangt wird, wie es hingegen für die AG der Fall ist (vgl. Art. 2366, Absatz 2), erscheint es angebracht, dass das für die Benachrichtigung verwendete Mittel in der Lage sein muss, auch den Nachweis über ihren Erhalt von Seiten des Gesellschafters zu erbringen.

Vertretung in der Gesellschafterversammlung: Sofern der Gründungsvertrag nicht anderes vorsieht, kann sich der Gesellschafter laut Vorgabe des Artikels 2478, Absatz 1, Ziffer 2 in der Gesellschafterversammlung vertreten lassen, und die entsprechenden Unterlagen sind bei der Gesellschaft aufzubewahren.

Der Gründungsvertrag kann die Vertretung in der Gesellschafterversammlung zur Gänze verbieten.

Das Gesetz hingegen sieht keinerlei Einschränkungen für die Vertretung vor. Selbst die Einschränkungen, die hinsichtlich der AG auferlegt werden (siehe Art. 2372) scheinen an und für sich nicht anwendbar zu sein, da beide Modelle sich gründlich unterscheiden. Die AG wird als Gesellschaft von

größeren Dimensionen angesehen, die GmbH wird jedoch als kleines oder mittleres Unternehmen mit kleiner Gesellschaftsbasis konzipiert.

Art. 2372. (Vertretung in der AG) In Gesellschaften, die sich des Risikokapitalmarktes bedienen, kann die Vertretungsmacht nur für einzelne Gesellschafterversammlungen übertragen werden und wirkt auch für die folgenden Einberufungen, es sei denn, es handelt sich um eine allgemeine Vollmacht oder um eine Vollmacht, die von einer Gesellschaft, Vereinigung, Stiftung oder von einer anderen Körperschaft oder Einrichtung zu Gunsten eines Angestellten ausgestellt wurde.

Die Vollmacht kann nur auf einen namentlich bezeichneten Vertreter ausgestellt werden und ist trotz jeder gegenteiligen Abmachung immer widerrufbar. Der Vertreter kann sich nur durch denjenigen, der ausdrücklich in der Vollmacht genannt ist, vertreten lassen.

Ist die Vertretungsmacht einer Gesellschaft, Vereinigung, Stiftung oder einer anderen Körperschaft oder Einrichtung übertragen, können diese ausschließlich einen eigenen Dienstnehmer oder Mitarbeiter bevollmächtigen.

Die Vertretungsmacht kann weder den Mitgliedern des Verwaltungs- oder Kontrollgremiums und den Dienstnehmern der Gesellschaft noch den von dieser Gesellschaft abhängigen Gesellschaften und deren Mitglieder des Verwaltungs- oder Kontrollgremiums oder Dienstnehmern oder Kreditinstituten übertragen werden.

Ein und dieselben Person kann in der Gesellschafterversammlung nicht mehr als zwanzig Gesellschafter vertreten oder, bei Gesellschaften laut Absatz zwei dieses Artikels, nicht mehr als fünfzig Gesellschafter, wenn die Gesellschaft ein Kapital von nicht mehr als fünf Millionen Euro hat, und nicht mehr als hundert Gesellschafter, wenn die Gesellschaft ein Kapital von mehr als fünf Millionen Euro und nicht mehr als fünfundzwanzig Millionen Euro hat, und nicht mehr als zweihundert Gesellschafter, wenn die Gesellschaft ein Kapital von mehr als fünfundzwanzig Millionen Euro hat.

Die Bestimmungen des fünften und sechsten Absatzes finden auch auf die Aktien mit Prokuraindossament Anwendung.

Allerdings kann die Regelung der AG sicherlich auch auf die GmbH ausgedehnt werden, indem sie ausdrücklich im Gründungsvertrag der GmbH vorgesehen ist.

Außerdem scheinen folgende Prinzipien allgemeinen Charakters zu sein, die auch auf die Vollmacht in der GmbH ausgedehnt werden können.

- a) das Prinzip der Widerrufbarkeit der Vollmacht
- b) die Pflicht, die Vollmacht immer mit dem Namen des Vertretenen auszustellen.
- c) das Verbot, die Vollmacht an Kontrollmitglieder oder an Dienstnehmer der Gesellschaft, an von dieser kontrollierten Gesellschaften oder an die Mitglieder der Verwaltungs- oder Kontrollgremien oder an Dienstnehmer derselben zu erteilen.

102

Das Verbot, eine Vollmacht an die Verwalter zu erteilen könnte an und für sich nicht auf die GmbH anwendbar sein, in Anbetracht der Tatsache, dass die Gesellschafter mit den Verwaltern identisch sind.

Ort der Einberufung: es wird im Vergleich zur Vergangenheit keine Neuerung eingeführt. Die Versammlung muss in der Regel am Gesellschaftssitz stattfinden, der Gründungsvertrag kann jedoch anderweitig bestimmen.

Die Gesellschafterversammlung kann auch im Ausland abgehalten werden. Das entsprechende Protokoll, falls es Abänderung des Gründungsvertrags zum Gegenstand hat, muss in der vom italienischen Gesetz bzw. von den internationalen Konventionen vorgesehenen Formen entsprechend legalisiert werden und muss dann gemäß dem geltenden Notariatsgesetz (vgl. Art. 106, Ges. Nr. 89 vom 16.02.1913) bei einem Notar hinterlegt werden, der die Überprüfung der wesentlichen Rechtmäßigkeit vornehmen wird. Erst anschließend kann die Eintragung beim zuständigen Handelsregister beantragt werden.

Quorum der Gesellschafterversammlung:

- a) *gesetzliches Quorum:*
 - a. *Quorum für die Beschlussfähigkeit:* die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, falls so viele Gesellschafter anwesend sind, dass min-

destens die Hälfte des Gesellschaftskapitals vertreten ist.

- b. *Quorum für die Beschlussfassung*: die Gesellschafterversammlung beschließt mit absoluter Mehrheit und, in den von den Ziffern 4) und 5), zweiter Absatz des Artikels 2479 vorgesehenen Fällen, mit der Zustimmung von so vielen Gesellschaftern, dass mindestens die Hälfte des Gesellschaftskapitals vertreten ist.
- b) *Vertraglich festgesetztes Quorum*: der Gründungsvertrag kann frei von der Gesetzesregelung abweichen und jedes Quorum, auch die Einstimmigkeit, vorsehen. Eine Ausnahme könnten vielleicht die Beschlüsse hinsichtlich der Genehmigung der Bilanz bilden, falls diese seiner Kompetenz übertragen wurden, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, die zu diesem Thema in der alten Regelung entstanden ist. Zudem könnte die schrittweise Annäherung der Regelung der GmbH an jene der Personengesellschaften den Ausleger dazu führen, auch das von der erwähnten Rechtsprechung auferlegte Limit abzuschaffen.

Weiters gibt das Gesetz ein spezifisches Quorum für bestimmte Beschlüsse vor:

- a) siehe Art. 2500-septies hinsichtlich der heterogenen Umwandlung
- b) siehe Art. 2502 hinsichtlich Fusion und Spaltung und
- c) siehe Artikel 24 der Prozessordnung hinsichtlich der Änderungen, die die Einführung oder Abschaffung von Schiedsklauseln bewirkt.

Für die Berechnung des Quorums wird nicht auf die Regelung des Art. 2368, letzter Absatz, hinsichtlich der AG Bezug genommen. Diese jedoch scheint ein allgemeines Prinzip auszudrücken, die also auch für die GmbH Gültigkeit hat. Sofern das Gesetz also nicht anderes vorsieht, werden die Beteiligungen, für welche das Stimmrecht nicht ausgeübt werden kann, hinsichtlich der Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung gezählt (*vgl. Quorum für die Beschlussfähigkeit*).

Diese Beteiligungen und jene, für welche das Stimmrecht auf Grund einer Enthaltung des Gesellschafters wegen Interessenkonflikts nicht ausgeübt wurde, werden für die Berechnung der Mehrheit und des für die Genehmigung des Beschlusses erforderlichen Kapitalanteils nicht herangezogen (*vgl. Quorum für die Beschlussfassung*).

Vorsitz der Gesellschafterversammlung: der Vorsitzende bleibt nunmehr für die Gesellschafterversammlung und scheint bei den anderen Formen der Gesellschafterentscheidungen nicht mehr auf.

Dem Vorsitzenden werden vom Gesetz folgende Aufgaben und Befugnisse übertragen:

- a) er überprüft die Beschlussfähigkeit der Versammlung
- b) überprüft Identität und Legitimation der Anwesenden,
- c) regelt den Ablauf der Versammlung
- d) überprüft die Ergebnisse der Abstimmungen und vermerkt diese Ergebnisse im Protokoll

Versammlung in Video/Audiokonferenz: Die Gesellschafterversammlung kann unter folgenden Voraussetzungen sicherlich auch über Video/Audiokonferenz abgehalten werden:

104

- a) in der Mitteilung der Einberufung müssen Orte und Verbindungsarten klar angegeben sein;
- b) der Vorsitzende und der Schriftführer und/oder eventuell der Notar müssen sich am selben Ort befinden;
- c) der Vorsitzende der Versammlung muss in der Lage sein, die Identität aller Teilnehmer an der Versammlung, den regulären Ablauf der Versammlung selbst, die Abstimmungen und die jeweiligen Ergebnisse zu überprüfen;
- d) alle Teilnehmer müssen in der Lage sein, in Echtzeit und gleichzeitig an der Diskussion und an der Abstimmung teilzunehmen sowie eventuelle Dokumente betreffend die Argumente der Tagesordnung zu verschicken und/oder zu erhalten bzw. darin Einsicht zu nehmen.

In diesem Fall versteht sich die Versammlung an dem Ort abgehalten, an dem sich der Schriftführer oder der Notar und der Vorsitzende befinden.

Totalitäre Versammlung: Der Art. 2479-bis führt für die GmbH eine Ad-hoc-Regelung ein, die sich von jener der AG unterscheidet.

Der Beschluss versteht sich als gefasst, wenn folgende Bedingungen erfüllt worden sind:

- a) das gesamte Gesellschaftskapital ist in der Versammlung vertreten
- b) alle Verwalter und Aufsichtsratsmitglieder sind anwesend oder zumindest über die Versammlung informiert.
- c) niemand widersetzt sich der Behandlung des Arguments.

Demnach verlangt die neuen Regelung nicht unbedingt die Anwesenheit aller Verwalter und der Aufsichtsratsmitglieder sondern lediglich, dass sie von der Versammlung in Kenntnis gesetzt worden sind.

Zu diesem Zweck muss der Nachweis über diesen Umstand erbracht werden, damit der Vorsitzende die Beschlussfähigkeit der totalitären Versammlung erklären kann. Scheinbar genügt eine einfache schriftliche Erklärung der Betroffenen, die über Telefax oder auch über ein andere informatisches Mittel übermittelt werden kann.

Es erscheint zudem angebracht, dass die Unterlagen beim Sitz der Gesellschaft verwahrt werden.

Letztendlich ist zu bemerken, dass für die Beschlussfähigkeit weder die Anwesenheit noch die vorhergehende Benachrichtigung des eventuell ernannten Alleinprüfers nötig ist, sondern lediglich jene des Aufsichtsrates. Es ist nicht klar, ob dies auf eine Vergeßlichkeit des Gesetzgebers zurückzuführen ist oder ob es gesetzgeberisch so gewollt war.

Protokoll der Gesellschafterversammlung: was die GmbH anlangt, hat der Gesetzgeber keine Bestimmung hinsichtlich des Protokolls der Gesellschafter vorgegeben. Diese Lücke könnte geschlossen werden, indem die für die AG gültige Regelung angewandt wird (vgl. Art. 2375). Diese hat jeden Zweifel hinsichtlich des Inhalts des Protokolls ausgeräumt und die Pflicht des sogenannten „analytischen“ Protokolls eingeführt und hat somit dem vorhergehenden Streit zwischen Doktrin und Rechtsprechung ein Ende gesetzt.

Im Protokoll müssen demnach immer alle Teilnehmer an der Versammlung und das von jedem Gesellschafter vertretene Gesellschaftskapital identifiziert werden. Diesbezüglich wird die schon vor der Reform bereits weit verbreitete Vorgangsweise, ein getrenntes Anwesenheitsblatt zu erstellen, dass obligatorisch immer dem Akt beizufügen ist, ausdrücklich legitimiert.

Selbstverständlich ist es erforderlich, die Vorgangsweise für die Stimmabgabe anzuführen, um die Identifikation der Gesellschafter zu ermöglichen, die

sich der Stimme enthalten oder dagegen stimmen. Dies hinsichtlich des Austritts- oder Anfechtungsrechtes, das ihnen eventuell auf Grund ihrer Stimme zustehen würde.

Daraus folgt, dass die geheime Stimmabgabe verboten ist, da sie die Identifikation der Gesellschafter, die sich der Stimme enthalten oder dagegen gestimmt haben, nicht zulässt.

PROTOKOLL DER BESCHLÜSSE DER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung müssen aus einem Protokoll hervorgehen.

Dass Protokoll muss:

- a) vom Vorsitzenden und vom Schriftführer oder vom Notar unterzeichnet sein;
- b) das Datum der Versammlung und, in der Anlage, auch die Identität der Teilnehmer und das von jedem vertretene Kapital anführen;
- c) Vorgangsweise und Ergebnisse der Stimmabgabe angeben;
- d) auch in der Anlage die Identifikation der Gesellschafter, die ihre Zustimmung gegeben haben, die sich der Stimme enthalten und die dagegen gestimmt haben ermöglichen;
- e) auf Antrag der Gesellschafter ihre Aussagen im Zusammenhang mit der Tagesordnung zusammenfassen;
- f) das Protokoll, das Beschlüsse hinsichtlich der Änderung des Gründungsvertrags enthält, muss von einem Notar abgefaßt werden;
- h) das Protokoll muss unverzüglich erstellt werden und innerhalb der Fristen, die für die umgehende Erledigung der Hinterlegungs- oder Bekanntmachungspflicht erforderlich sind;

Die Pflicht der Anwesenheit eines Notars besteht nur bei Beschlüssen, die eine Änderung des Gründungsvertrages zum Gegenstand haben (vgl. Art. 2480) um diese hinsichtlich der Rechtmäßigkeit prüfen zu können und sie dann innerhalb von 30 Tagen nach dem Datum der Versammlung bei der Handelskammer im Sinne des Art. 2436 Zivilgesetzbuch hinterlegen zu können.

Der Art. 2375 sieht zudem ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass das Protokoll nicht gleich bei der Versammlung geschrieben wird, sondern vom

- persönlich anwesend sind die Gesellschafter:
XX in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
YY in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
ZZ in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
- durch Vollmacht anwesend gemäß Art. <> des Gründungsvertrags sind die
Gesellschafter:

AA in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
BB in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
CC in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
Die Vollmachten werden vom Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung
gemäß Art. <> des Gründungsvertrages überprüft und bei den Aktien der
Gesellschaft verwahrt.

Der Vorsitzende bescheinigt, dass alle persönlich oder durch Vollmacht anwe-
sende Gesellschafter das gesamte Gesellschaftskapital vertreten.

- Es sind alle Verwalter und Aufsichtsratsmitglieder in der Person der Herren
<> anwesend

oder

- Es sind folgende Verwalter <> und folgende Aufsichtsratsmitglieder anwe-
send <>

- Abwesend sind hingegen die Verwalter <> und die Aufsichtsratsmitglieder
<>, sie wurden jedoch im Sinne des Art. 2479-bis ZGB von der Versammlung
in Kenntnis gesetzt, wie aus den Unterlagen, die zu den Akten der
Gesellschaft gelegt wurden, hervorgeht.

Der Präsident erklärt demnach die Gesellschafterversammlung in totalitärer
Form für beschlussfähig im Sinne des Art. 2479-bis Zivilgesetzbuch und für
befähigt, über die erwähnte Tagesordnung zu beschließen.

Der Vorsitzende erläutert der Gesellschafterversammlung wie folgt:

<>.

Der Vorsitzende schließt seine Ausführung und unterbreitet der Gesell-
schafterversammlung folgenden Beschlusstext zur Genehmigung:

BESCHLUSS

*„Nach Anhörung und Genehmigung der Ausführung des Vorsitzenden,
beschließt*

- die Gesellschafterversammlung die Abänderung des Art. <> des Gründungs-

vertrags wie folgt:

Art. <> „.....“;

- dem Verwaltungsgremium das Mandat zu erteilen, die Durchführung des vorliegenden Beschlusses vorzunehmen und ihm hierfür sämtliche erforderlichen Befugnisse zu erteilen.

Der Vorsitzende eröffnet anschließend die Diskussion und läßt, da keine Wortmeldung erfolgt, über den oben angeführten Beschluss abstimmen, der </(durch Handaufheben/durch Namensstimmzettel /)> genehmigt wird:

- mit Zustimmung der Gesellschafter <> in Vertretung von <>% des Gesellschaftskapitals;
- die Gesellschafter <> haben hingegen gegen den oben erwähnten Beschluss gestimmt;
- der Gesellschafter <> hat sich der Stimme enthalten.

Der Gesellschafter XX ersucht, das folgende Erklärung ins Protokoll aufgenommen wird und ich Notar gebe dem Ersuchen statt und halte folgendes fest:

- der Gesellschafter XX erklärt, dass

die vor mir erschienene Person nimmt zur Kenntnis, dass für die Hinterlegung beim Handelsregister gemäß Art. 2436 ZGB, letzter Absatz, infolge des gefaßten Beschlusses, der Gründungsvertrag der Gesellschaft nunmehr dem Wortlaut entspricht, der - für den Rest unverändert - vom Erschienenen und von mir Notar unterzeichnet und unter „A“ dem vorliegenden Akt beigelegt wurde.

Da keine weiteren Beschlüsse vorliegen und niemand das Wort ergreifen möchte, wird die Versammlung um <> Uhr beendet.

Die Partei befreit mich Notar von der Verlesung der Anlage.

Auf Antrag habe ich Notar vorliegenden Akt aufgenommen, den ich, mit Ausnahme der Anlage, dem Erschienenen verlesen habe. Dieser erklärt auf meine Frage, dass vorliegender Akt seinem Willen entspricht und unterzeichnet ihn mit mir Notar.

Von einer Person meines Vertrauens auf <> Seiten von <> Blättern maschinengeschrieben.

15.4. STIMMRECHT FÜR ALLE ENTSCHEIDUNGEN DER GESELLSCHAFTER

Jeder Gesellschafter hat das Recht, an den Entscheidungen, die ihm zustehen, teilzunehmen, unabhängig von der Form, in der sie getroffen wurden, und seine Stimme gilt proportional zu seiner Beteiligung.

Die Stimme wird somit mit dem Prozentanteil seiner Beteiligung im Verhältnis zum gesamten Gesellschaftskapital in Verbindung gebracht, so wie es in der Regel bei Personengesellschaften der Fall ist. Damit wird vom vorherrschenden Kriterium der Vielfachen von Euro-Einheiten oder der 1.000 Lire Abstand genommen. Es wird somit bestätigt, dass die Beteiligung eines jeden einzelnen Gesellschafters immer nur eine ist, obwohl teilbar.

Die Vorgabe laut Absatz 1 des Art. 2470 lässt die Vermutung zu, dass der Gesellschafter bereits im Gesellschafterbuch eingetragen sein muss, um an den Entscheidungen teilzunehmen, da er nur durch die Eintragung den Status eines Gesellschafters im Rahmen der Gesellschafter verlangt. Es ist jedoch nicht ein Mindestzeitraum vorgesehen, auch hätte es keinen Sinn, einen solchen vorzusehen, da die Beteiligung an der GmbH nicht der Einverleibung in ein Forderungspapier unterliegen kann, dass dann im Umlauf gebracht wird, wie es für die Aktie der Fall ist.

110

Im Falle der Zuweisung von Beteiligungen, die nicht proportional zu den Einlagen erfolgt (cfr. 2464 Absatz I) steht das Stimmrecht immer im Verhältnis zum Wert der erhaltenen Beteiligung und nicht zum Wert der vorgenommenen Einlage zu.

16. ANFECHTUNGEN DER ENTSCHEIDUNGEN DER GESELLSCHAFTER

16.1. ARTEN UND GRÜNDE FÜR DIE UNGÜLTIGKEIT

Der Art. 2479-ter führt für die GmbH eine neue Ad-hoc-Regelung hinsichtlich der Anfechtung der Beschlüsse der Gesellschafter ein. Diese Regelung unterscheidet sich von jener der AG und weist zum Teil Verweise auf für die AG bestimmten Normen und zum Teil spezifische Bestimmungen auf. Es muss also überprüft werden, ob Bestimmungen, auf die nicht Bezug genommen

wurde, eventuell allgemeine Prinzipien enthalten, die als solche auch auf die GmbH angewandt werden können.

Die Reform unterscheidet zwischen drei verschiedenen Kategorien von Mängeln, die die Entscheidungen der Gesellschafter treffen könnten, wobei sie unterschiedliche Fristen für die Anfechtung vorsieht und die Legitimation zur Anfechtung, je nach Schwere der Mängel, einem mehr oder weniger großen Kreis von Gesellschaftern verleiht.

Zweck des Gesetzgebers ist es, eine analytische Regelung vorzugeben, um atypischen Möglichkeiten der Ungültigkeit - wie das Nichtbestehen - Einhalt zu gebieten, Diese Möglichkeiten wurden von der Rechtsprechung geschaffen und haben, obwohl sie in einigen Fällen begründet waren, de facto die Tragweite des ursprünglichen Art. 2377 ZGB verwässert (um die Drittpersonen zu schützen, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten, hat dieses Gesetz nämlich die Gründe der Nichtigkeit wegen Übertretung von zwingenden Bestimmungen, gemäß dem allgemeinem Prinzip laut Art. 1418), in einfache Gründe der Annullierung umgewandelt, mit Ausnahme lediglich der zwei im Art. 2379 erläuterten Hypothesen. Die Auswirkungen der Ungültigkeit der Beschlüsse wurden hiermit begrenzt).

111

Demnach wurde neuerlich der strikt aufzählende Charakter der Hypothesen für die Ungültigkeit der Beschlüsse der Gesellschafter betont.

Die Anfechtungsfrist läuft nun ab dem Zeitpunkt, an dem die Entscheidung in das entsprechende Buch eingetragen wird, um die Sicherheit zu geben und die Ermittlung eines sicheren Datums bei Entscheidungen, die mit schriftlicher Zustimmung oder schriftlicher Befragung getroffen wurden, zu ermöglichen.

Die Ablauffrist läuft nicht, im Gegensatz zur AG, ab der Eintragung des Beschlusses ins Handelsregister, da in der GmbH die Teilnahme der Gesellschafter an den Geschicken der Gesellschaft weitaus aktiver und direkter ist. Demnach erlangt auch die interne Bekanntmachung durch Übertragung der Entscheidung in das erwähnte Buch eine größere Bedeutung als die externe Bekanntmachung durch das Handelsregister.

Die anfechtbaren Beschlüsse können, auf Grund der Schwere, in drei Kategorien zusammengefaßt werden:

- a) **Annullierbarkeit**
- b) **Nichtigkeit**
- c) **äußerst schwerwiegende Nichtigkeit nur für Beschlüsse der Gesellschafterversammlung (und nicht auch für die Entscheidungen der Gesellschafter, die mit schriftlicher Zustimmung oder schriftlicher Befragung getroffen werden)**

Die Gründe für die Ungültigkeit können wie folgt zusammengefaßt werden:

A) ANNULIERBARKEIT

Betrifft Entscheidungen der Gesellschafter die nicht unter Berücksichtigung:

- a) **des Gesetzes**
- b) **des Gründungsaktes getroffen wurden:**

Zur Anfechtung berechnigte Rechtspersonen:

- a) die Gesellschafter, die nicht zugestimmt haben
- b) jeder Verwalter
- c) der Aufsichtsrat (und nicht der Alleinprüfer)

Nicht von Amts wegen beachtbar

Fristen:

innerhalb von **drei Monaten** ab ihrer Eintragung in das Entscheidungsbuch der Gesellschafter

B) NICHTIGKEIT

Betrifft die Entscheidungen:

- a) **mit einem unrechtmäßigen oder unmöglichen Gegenstand**
- b) **die ohne jegliche Information getroffen wurden**

Zur Anfechtung berechnigte Rechtspersonen:

Jeder, der daran Interesse hat
von Amts wegen beachtbar

Fristen:

Innerhalb von drei Jahren ab ihrer Eintragung in das Entscheidungsbuch der Gesellschafter

C) ÄUSSERST SCHWERWIEGENDE NICHTIGKEIT

Betrifft ausschließlich die Beschlüsse die:

a) den Gegenstand der Gesellschaft ändern und unmögliche oder unrechtmäßige Rechtshandlungen vorsehen

Zur Anfechtung berechnigte Rechtspersonen:

Jeder, der daran Interesse hat

von Amts wegen beachtbar

Fristen:

ohne zeitliche Begrenzung

Eine weitere Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidungen der Gesellschafter ist der Interessenkonflikt, der im Artikel 2479-ter spezifisch für die GmbH geregelt wird:

113

**ENTSCHEIDUNGEN DER GESELLSCHAFT, DIE MIT DEM GESELLSCHAFTER
IM INTERESSENKONFLIKT GETROFFEN WURDEN**

Können bei Bestehen aller folgender Voraussetzungen angefochten werden:

- a) Gesellschafter, die für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter ein Interesse haben, dass mit jenem der Gesellschaft in Konflikt steht (direkter oder indirekter Interessenkonflikt)
- b) falls sich Schäden für die Gesellschaft ergeben sollten (potentieller Schaden)
- c) die Beteiligung des Gesellschafters in Konflikt war ausschlaggebend (Nachweis der Resistenz).

Zur Anfechtung berechnigte Rechtspersonen:

- a) die Gesellschafter, die nicht zugestimmt haben
- b) jeder Verwalter
- c) der Aufsichtsrat (und nicht der Alleinprüfer)

Nicht von Amts wegen beachtbar

Fristen:

innerhalb von drei Monaten ab ihrer Eintragung in das Entscheidungsbuch der Gesellschafter

16.2. GERICHTLICHE LÖSUNG

In allen oben erwähnten Fällen der Ungültigkeit kann das Gericht, falls erforderlich und die Gesellschaft oder wer den Einspruch geltend gemacht hat, den entsprechenden Antrag stellt, eine Frist bis zu höchstens sechs Monaten festsetzen, um einen neuen Beschluss zu fassen, der die Ursachen für die Ungültigkeit ausräumt.

114

16.3. BESTIMMUNGEN, AUF DIE SICH DER ART 2479-TER BERUFT: NACHLÄSSE UND AUSWIRKUNGEN DER UNGÜLTIGKEIT

Der Art. 2479-ter sieht weiters vor, dass, sofern vereinbar, die Artikel 2377, Absätze vier, sechs, sieben und acht, 2378, 2379-bis, 2379-ter und 2434-bis Anwendung finden.

Die Vereinbarkeit ist aber nicht immer leicht zu beurteilen und kann zu einigen Unsicherheiten bei der Auslegung führen.

Zusammenfassend kann folgendes gesagt werden:

ÜBERTRETUNGEN, DIE EINE ANFECHTUNG NICHT ZULASSEN

Der Beschluss kann nicht annulliert werden:

- 1) wegen Teilnahme an der Gesellschafterversammlung von nicht berechtigten Personen, es sei denn, diese Teilnahme erwies sich von Bedeutung im Hinblick auf die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung
- 2) wegen Ungültigkeit einzelner Stimmen oder falscher Zählung derselben, es sei denn, die ungültige Stimme oder die falsche Zählung erwies sich von Bedeutung für die Erreichung der erforderlichen Mehrheit;
- 3) wegen Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit des Protokolls, es sei denn,

dies verhindert die Überprüfung des Inhalts, der Auswirkungen und der Gültigkeit des Beschlusses.

Es wird davon ausgegangen, dass der Begriff „*Stimme*“, der im Absatz vier des Art. 2377 verwendet wird, für die Entscheidungen, die in einer anderen Form als Beschluss getroffen werden, auch auf den Begriff „*Zustimmung*“ der Gesellschafter“ ausgedehnt werden kann.

Alle erwähnten Unregelmäßigkeiten schienen dem Gesetzgeber nicht so schwerwiegend, als dass sie auf die Gültigkeit der Beschlüsse Einfluss nehmen könnten. Die analytische Aufzählung dieser Ausnahmen erscheint durchaus als angebracht, da sie den präzisen Zweck verfolgt, eine klare und deutliche Trennung zwischen den Mängeln zu vollziehen, die von der vorhergehenden Rechtsprechung manchmal als Grund für die Nichtigkeit (Nicht-Existenz) und andere Male als *einfache Gründe der Annullierung der Beschlüsse* gesehen wurden.

Der Gesetzgeber wollte also Klarheit schaffen, um zu vermeiden, dass Spielraum bleibt für gefährliche und unsichere Auslegungen der Rechtsprechung, die man in der vorhergehenden Regelung erfahren hatte.

AUSWIRKUNGEN DER ANNULLIERUNG UND DER NICHTIGKEIT

- A) die Annullierung des Beschlusses ist gegenüber allen Gesellschaftern wirksam und verpflichtet die Verwalter zur Ergreifung von entsprechenden Maßnahmen unter der eigenen Verantwortung.
- B) Auf jeden Fall bleiben die Rechte unberührt, die von Dritten im guten Glauben auf Grund der Durchführung des Beschlusses erworben wurden.

Man geht davon aus, dass, wie im Art. 2379 letzter Absatz auf Grund des Verweises auf den Absatz VI und VII des Art. 2377 erläutert, auch für die Entscheidungen der Gesellschafter der GmbH die Auswirkungen der Annullierung mit jenen der Nichtigkeitserklärung der Entscheidungen der Gesellschafter übereinstimmen; dies zum Vorteil der Drittpersonen, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten und demnach unter Berücksichtigung der einschlägigen EU-Richtlinien.

Es bestehen weiters einige besondere Formen der Heilung der Ungültigkeit der Beschlüsse der Gesellschafter, die wie folgt zusammengefaßt werden können:

ALLGEMEINE HEILUNG GEMÄSS ART. 2377, ABSATZ VII

Die Annullierung des Beschlusses kann nicht stattfinden, wenn der angefochtene Beschluss mit einem anderen ersetzt wurde, der dem Gesetz und der Satzung entspricht.

In diesem Fall entscheidet der Richter über die Spesen des Streitverfahrens, die er in der Regel der Gesellschaft anlastet, und über den Ersatz des eventuellen Schadens.

Unberührt bleiben die Rechte, die von Dritten auf Grund des ersetzten Beschlusses erworben wurden.

116

Die oben erläuterte Vorgangsweise für die Heilung setzt fest, dass was das Gesellschaftsrecht angeht, im Gegensatz zum Vertragsrecht immer die Heilung des ungültigen Beschlusses möglich ist, unabhängig vom Grund seiner Ungültigkeit. Dies geschieht, um den Dritten, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten, Sicherheit zu gewährleisten.

SONDERBEDINGUNGEN FÜR DIE HEILUNG GEMÄSS ART. 2379-bis

Die Anfechtung des auf Grund **nicht erfolgter Einberufung** ungültigen Beschlusses kann nicht durch denjenigen erfolgen, der auch in der Folge seine Zustimmung zum Ablauf der Gesellschafterversammlung gegeben hat.

Die Ungültigkeit des Beschlusses wegen fehlendem Protokoll kann durch eine vor der nächsten Gesellschafterversammlung vorgenommenen Protokollierung geheilt werden.

Der Beschluss ist wirksam ab dem Datum, an dem er gefasst wurde, vorbehaltlich der Rechte der Drittpersonen, die im guten Glauben nichts vom Beschluss gewusst hatten.

Die erste der beiden Hypothesen zeigt einen vernünftigen Grund für die Verweigerung der Anfechtung durch eine Person, deren Verhalten unverein-

bar war mit der Absicht, die nicht erfolgte Einberufung als Grund für die Ungültigkeit geltend zu machen. Die eventuelle Einberufung der Gesellschafterversammlung in totalitärer Form, ohne die Anwesenheit einer oder mehrerer Gesellschafter kann de facto geheilt werden, falls die fehlenden Gesellschafter vor, während und auch nach der Versammlung erklären, ihre Zustimmung zum Ablauf der Versammlung zu geben.

Die Hypothese des fehlenden Protokolls setzt eine Versammlung voraus, von welcher kein Protokoll verfasst wurde. Bei Änderung des Gründungsvertrag ist der Fall schwer nachvollziehbar, da in diesem Fall das Protokoll von einem Notar abgefaßt werden muss. Allerdings ist es bei den restlichen Beschlüssen möglich, dass die Gesellschafter nach der Beschlussfassung im Rahmen der Versammlung die Abfassung des Protokolls der Versammlung und des Beschlusses vergessen oder wissentlich unterlassen haben. In diesem Fall heilt die eventuelle Protokollierung, die, wohlgemerkt, vor der nächsten Gesellschafterversammlung und nicht einfach vor der Protokollierung des darauffolgenden Beschlusses vorzunehmen ist, saniert de facto rückwirkend die Ungültigkeit.

Allerdings kann der Beschluss Dritten in gutem Glauben bzw. denjenigen, die vom nicht umgehend protokollierten Beschluss nichts wußten, nicht entgegeng gehalten werden.

Im Zusammenhang mit der Heilung gemäß Art. 2379-bis kann auch das Prinzip gemäß Absatz III des Art. 2379 angewandt werden, laut dem:

- a) die Einberufung als nicht fehlend gilt im Falle einer Unregelmäßigkeit in der Anzeige, falls diese von einem Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsgremiums der Gesellschaft stammt und es denjenigen, die zur Teilnahme berechtigt sind, ermöglicht, umgehend von der Einberufung und vom Datum der Gesellschafterversammlung in Kenntnis gesetzt zu werden;
- b) das Protokoll als nicht fehlend gilt, falls es das Datum des Beschlusses und dessen Gegenstand enthält und vom Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung oder vom Präsidenten des Verwaltungsrates oder des Aufsichtsgremiums und vom Schriftführer oder vom Notar unterzeichnet ist.

SONDERBEDINGUNGEN FÜR DIE HEILUNG GEMÄSS ART. 2379-ter.

In den vom Artikel 2379 vorgesehenen Fällen:

- a) nicht erfolgte Einberufung der Gesellschafterversammlung,
- b) fehlendes Protokoll
- c) unmöglicher oder unrechtmäßiger Beschlussgegenstand

Die Anfechtung der alleinigen Beschlüsse mit folgendem Gegenstand:

- a) Kapitalerhöhung,
- b) Verringerung des Kapitals im Sinne des Art. 2445 oder
- c) Ausgabe von Schuldverschreibungen

kann nur nach Ablauf von 180 Tagen nach der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister oder, bei nicht erfolgter Einberufung, nach Ablauf von neunzig Tagen nach Genehmigung der Bilanz des Geschäftsjahres, in welchem der Beschluss auch teilweise durchgeführt wurde, nicht mehr geltend gemacht werden.

Das Recht auf Schadenersatz, das eventuell den Gesellschaftern oder Dritten zusteht, bleibt unberührt.

118

Die oben zusammengefaßte Bestimmung hat den Vorteil, Dritte zu schützen, die sich auf die erwähnten Beschlüsse stützen, die Argumente von besonderer Wichtigkeit für die Dritten zum Gegenstand haben. Man geht davon aus, dass die Ausgabe von Schuldverschreibungen für die GmbH auf die Ausgabe von Schuldpapieren im Allgemeinen bezogen werden kann.

Der Art. 2434-bis, auf den der Art. 2479-ter letzter Absatz Bezug nimmt, sieht eine Einschränkung der „Beschlüsse“ *rectius* „Entscheidungen“ hinsichtlich der Genehmigung der Bilanz vor.

In der vorhergehenden Regelung war diese Materie Gegenstand einer ausführlichen Debatte der Lehre und Rechtsprechung, die hauptsächlich die Möglichkeiten der Ungültigkeit der Bilanz im Falle der Falschheit und Nichteinhaltung der Prinzipien der Klarheit betraf. Die Rechtsprechung war der Ansicht, dass die Beschlüsse der Genehmigung einer falschen oder unter Nichteinhaltung der Prinzipien der Klarheit abgefaßten Bilanz radikal nichtig waren. Demnach konnte dieser Beschluss ohne zeitliche Einschränkung angefochten werden, was zu einer großen Unsicherheit führte, die lange Zeit

währte und oft auch übertriebene Folgen hinsichtlich der Kontinuität zwischen den Bilanzen der einzelnen Geschäftsjahre nach sich zog. Um die Anfechtungen von Beschlüssen hinsichtlich der Genehmigung der Bilanz einzudämmen, die lange nach dem Datum des Beschlusses selbst und hauptsächlich zur Störung vorgenommen wurden, haben Lehre und Rechtsprechung einige Richtlinien ausgearbeitet, wie zum Beispiel:

- a) die Pflicht für den Vorgehenden, das Bestehen eines konkreten Interesses zur Anfechtung nachzuweisen, das zum Zeitpunkt der Anfechtung aktuell ist;
- b) das Verbot Bilanzen von Geschäftsjahren anzufechten, die keinen Einfluss mehr auf das aktuelle Geschäftsjahr haben;
- c) das Verbot, den Beschluss zur Genehmigung einer falschen Bilanz anzufechten, der dann durch die Genehmigung einer rechtmäßigen Bilanz ersetzt wurde.

Es ergab sich weiters das Problem der Auswirkungen der Ungültigkeitserklärung eines Beschlusses zur Genehmigung einer falschen Bilanz auf die nachfolgenden Bilanzen.

Nun hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich zu diesem Punkt ausgesprochen und folgende Richtlinien festgelegt, um die Unsicherheit infolge der Genehmigung einer ungültigen Bilanz zu mildern, unabhängig von der Schwere des Grundes, die zu ihrer Ungültigkeit führten:

EINSCHRÄNKUNGEN FÜR DIE ANFECHTUNGEN DER ENTSCHEIDUNGEN ZUR GEHEMIGUNG DER BILANZ

Die Anfechtungen aus jedwedem Grund (Annullierung und Nichtigkeit) gegenüber den Beschlüssen zur Genehmigung der Bilanz können nach erfolgter Genehmigung der Bilanz des darauffolgenden Geschäftsjahres nicht eingebracht werden.

Die Bilanz des Geschäftsjahres, in dessen Verlauf die im vorhergehenden Absatz erwähnte Ungültigkeit erklärt wird, berücksichtigt die Gründe der Ungültigkeit.

Die Anwendung der Bestimmungen des Art. 2434-bis auf die Entscheidungen der Gesellschafter der GmbH wirft jedoch die heikle Frage auf, ob die Bestim-

mung zur Gänze in ihrer vollständigen Fassung, die einen Mindestanteil der Gesellschafter von 5% für die Anfechtung einer ohne Beanstandungen des Prüfers genehmigten Bilanz vorsieht, oder ob sie nur teilweise anzuwenden ist. Dieser Absatz würde dann wegfallen, da er mit der Regelung für die GmbH nicht vereinbar ist. Die zweite Möglichkeit scheint die vernünftigeren, und dies aus folgenden Gründen:

- a) in der AG ist die Vorgabe eines Mindestanteils an Gesellschaftern für die Anfechtung normal, in der GmbH hingegen steht die Anfechtungsklage, durch präzise und begründete Entscheidung des Gesetzgebers, den Gesellschaftern immer einzeln zu;
- b) der Prüfer ist ein wesentliches Gremium in der AG und nur ein eventuelles Gremium in der GmbH.

16.4. MÖGLICHKEIT FÜR DEN RICHTER, DIE GRÜNDE DER UNGÜLTIGKEIT VON AMTS WEGEN ZU ERHEBEN

120

Weitere Probleme ergeben sich hinsichtlich der Erhebung der Ungültigkeit von Amts wegen:

diesbezüglich scheint folgende Lösung möglich, die analog für die AG vorgesehen ist:

der Richter kann die Ungültigkeit der gemäß Punkt B) und C) nichtigen Beschlüsse erheben, nicht jedoch die Ungültigkeit der gemäß Punkt A) annullierbaren Beschlüsse und der annullierbaren Beschlüsse, weil mit ausschlaggebender Beteiligung des Gesellschafters in Interessenkonflikt gefasst, erheben.

16.5. ANFECHTUNGSKLAGE

Die Anfechtungsklage erfolgt mit Vorladung vor dem Landesgericht des Ortes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Der/die klagende/n Gesellschafter müssen nachweisen, zum Zeitpunkt der Anfechtung im Besitz einer Beteiligung an der Gesellschaft gewesen zu sein. Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 111 der Zivilprozessordnung,

sollte im Verlauf des Prozesses die Beteiligung infolge von Übertragungen durch Rechtsgeschäft uner Lebenden wegfallen, kann der Richter nach vorhergehender Widerrufung der Aussetzungsverfügung zur Durchführung des Beschlusses, wo erforderlich, die Annullierung nicht aussprechen und nimmt, wo beantragt, die Vergütung des eventuellen Schadens vor.

Mit einer Berufung, die gleichzeitig mit der Vorladung oder auch der Abschrift derselben zu hinterlegen ist, kann der Kläger die Aussetzung der Durchführung des Beschlusses beantragen.

In Fällen der außerordentlichen und begründeten Dringlichkeit beschließt der Richter, nach Unterlassung der Vorladung der beklagten Gesellschaft, mit begründeter Verordnung über den Streitfall. Diese Verordnung muss zudem die Bestellung der Richter für die Behandlung der Sachfrage und für die Festlegung, vor dem bestellten Richter, innerhalb von 15 Tagen, der Verhandlung für die Bestätigung, Abänderung oder den Widerruf der mit der Verordnung erlassenen Verfügung sowie die Festlegung der Frist für die Zustellung der Berufung und der Verordnung enthalten.

121

Der für die Behandlung der Sachfrage bestellte Richter beschließt nach Anhörung der Verwalter und Aufsichtsräte, wobei er die Benachteiligung, die der Kläger durch die Durchführung zu tragen hatte und die Benachteiligung für die Gesellschaft durch die Aussetzung der Durchführung des Beschlusses gegeneinander abwägt. Er kann jederzeit verfügen, dass die klagenden Gesellschafter eine angemessene Garantie für den eventuellen Schadenersatz leisten.

Bei der Verhandlung unternimmt der Richter, wo er es für sinnvoll erachtet, einen Schlichtungsversuch, indem er eventuell die Änderungen, die am angefochtenen Beschluss anzubringen sind, vorschlägt. Wo die Lösung realisierbar scheint, vertagt er die Verhandlung dementsprechend.

Alle Anfechtungen hinsichtlich desselben Beschlusses, auch wenn sie getrennt angebracht wurden, einschließlich der Fragen, die im Sinne des Artikels 2377 vorgebracht wurden, müssen gemeinsam eingereicht und mit einem einzigen Urteil beschlossen werden. Vorbehaltlich der Bestimmungen des vierten Absatzes des vorliegenden Artikels beginnt die Behandlung der Sachfrage nach Ablauf der für die Anfechtung festgesetzten Frist.

16.5.1. ÜBERGANGSBESTIMMUNG ART. 223 – sexies akt. Best. des Zivilgesetzbuches.

Der Artikel 223-sexies sieht eine besondere transitorische Regelung mit Rückwirkung hinsichtlich der Anfechtung der Beschlüsse der Gesellschafter vor. Die Bestimmung bezieht sie lediglich auf die Anfechtung von Beschlüssen der AG, doch in Anbetracht des Verweises des Art. 2479-ter, letzter Absatz, auf diese Regelung, kann man davon ausgehen, dass diese Regelung auch auf die Anfechtungen der Beschlüsse der GmbH angewandt wird.

Der erwähnte Art. 223-sexies sieht vor, dass die Bestimmungen der Artikels 2377, 2378, 2379, 2379-bis, 2379-ter und 2494-bis des Zivilgesetzbuchs auch auf die Beschlüsse vor dem 1. Januar 2004 angewandt werden können, sofern die Klage bereits angebracht wurde. Verfallen die Fristen allerdings innerhalb vom 31. März 2004, können die Klagen für die Annullierung oder die Nichtigkeitserklärung innerhalb 31. März 2004 eingebracht werden.

122

17. BILANZ

(von RA. DDr. Peter Karl Plattner, Rechnungsprüfer)

Die Reform des Gesellschaftsrechts hat Änderungen bewirkt, die sich auch auf die Erstellung der Bilanzen auswirken wird. In der Folge werden lediglich die wichtigsten Maßnahmen vom allgemeinen und Gesellschaftssystem aus zusammengefaßt, ohne eine analytische Darstellung der neuen Regelung vorzunehmen, da dies nicht der geeignete Anlaß ist.

Die neuen Richtlinien können wie folgt zusammengefaßt werden:

Fiskalische Interferenzen und latente Steuern

Ziel der Reform war es, zu erreichen, dass „die Wirtschafts- und Vermögensberichte unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches erstellt werden, da dies die einzigen einschlägigen Bestimmungen sind“. Dies bewirkt die Entfernung von Prinzip der „umgedrehten Abhängigkeit“, wonach die Zivilbilanz pflichtgemäß auch die Positionen steuerlicher Natur enthalten

musste, um die damit verbundenen Steuervorteile in Anspruch nehmen zu können (es handelt sich um das bekannte Problem der nicht Absetzbarkeit der nicht verbuchten Kosten). Es bewirkt auch die Abschaffung des letzten Absatzes des Artikels 2426 des Zivilgesetzbuches für den Teil, der besagt, dass „Wertberichtigungen und Rückstellungen ausschließlich in Anwendung von steuerlichen Bestimmungen möglich sind (z.B. vorzeitige Tilgungen).

Da die Interferenzen steuerlicher Natur wegfallen, wird die Notwendigkeit der Ausweisung von latenten Steuern noch dringender. Diesem Umstand wurde Rechnung getragen, indem sowohl im Artikel 2425 des Zivilgesetzbuches unter Punkt 22 des Schemas der Gewinn- und Verlustrechnung die latenten und bevorschussten Steuern angeführt wurden, als auch beim Artikel 2477 (Inhalt des Anhangs) unter Punkt 14) die Erstellung einer entsprechenden Übersicht vorgesehen wurde, die folgendes enthält:

- a) die Beschreibung der zeitweiligen Differenzen, die zur Erhebung von latenten Steuern geführt hat, wobei der berechnete Steuersatz und die Änderungen im Vergleich zum vorhergehenden Geschäftsjahr, die der Gewinn- und Verlustrechnung oder dem Reinvermögen gutgeschriebenen oder angelasteten Beträge, die von der Buchung ausgeschlossenen Posten und die entsprechenden Beweggründe genau zu vermerken sind;
- b) der in die Bilanz aufgenommene Betrag der bevorschussten Steuern betreffend Verluste des Geschäftsjahres oder vorhergehender Geschäftsjahre und die Beweggründe für die Ausweisung, die Höhe des noch nicht verbuchten Betrages und die Beweggründe für die nicht erfolgte Verbuchung.

123

Dies bedeutet, dass die im Laufe des Zeitraumes effektiv geschuldeten Steuern, wie sie aus der Steuererklärung hervorgehen, entsprechend ergänzt und berichtigt werden müssen, um in der Bilanz als in die Zuständigkeit fallende Steuern ausgewiesen zu werden, die auch auf die im Bezugszeitraum erzielten Einkommen bezogen werden können.

Nachstehend ein praktisches Beispiel:

Wertsteigerungen 100

Gewinn- und Verlustrechnung A/5 bzw. E/20, besteuert in 5 Jahren, Artikel 54,

Absatz 4

Einheitstext der Einkommensteuern

Rateisierte Wertsteigerung 80 Irpeg: 34% Wertschöpfungssteuer 4,25%

Verbucht ($80 \times 38,25\% = 30,59$):

Soll latente Steuern 30,59

Haben Fonds für latente Steuern 30,59

Wartungspesen über 5% 100

Gewinn- und Verlustrechnung B/7, abgezogen in fünf Jahren, Artikel 67,

Absatz 7 Einheitstext der Einkommensteuern

Aufgeschobene Spesen 100 Irpeg 34% Wertschöpfungssteuer 4,25%

Verbucht ($100 \times 38,25\% = 38,25$):

Soll Guthaben für bevorschußte Steuern 38,25

Haben Bevorschußte Steuern 38,25

Die Verbuchungen erfolgten also:

124

In der Gewinn- und Verlustrechnung

Laufende Steuern – Soll

Latente Steuern – Soll

auf zeitweilige Differenzen

Bevorschußte Steuern – Haben

auf Verluste

In der Vermögensbilanz

Auf der Passivseite – B-2 Steuerfonds

Auf der Aktivseite, II Forderungen -4ter, bevorschußte Steuern

Geschäfte in Fremdwährung

Der Artikel 2425 - bis, Absatz 2, sieht vor, dass die Erträge und Aufwendungen in Fremdwährung mit dem gängigen Kurs zum Datum, an welchem das entsprechende Geschäfts durchgeführt worden ist, ermittelt werden muss.

Der Artikel 2426 gibt die Bewertungskriterien an und klassifiziert unter Punkt 8-bis die Geschäfte in Fremdwährung als Anlagevermögen in Fremdwährung und als laufende Geschäfte, wobei das erste mit dem Wechselkurs zum

Zeitpunkt seines Ankaufs oder mit dem niedrigeren Wechselkurs zum Bilanzstichtag ausgewiesen wird, sollte die Verringerung als dauerhaft beurteilt werden, während die zweiten mit dem Bar-Wechselkurs zum Bilanzstichtag ausgewiesen werden müssen; die Differenzen werden dem neuen Posten 17-bis (Kursgewinne – Kursverluste) der Gewinn- und Verlustrechnung angerechnet, doch der eventuelle Reingewinn muss auf eine entsprechende Rücklage, die bis zur Veräußerung nicht verteilt werden darf, zurückgestellt werden.

Leasing

Hinsichtlich der Leasinggeschäfte muss man im Anhang durch eine entsprechende Übersicht die Buchungsdifferenzen zwischen einer Ausweisung mit der Vermögensmethode (die vormals angewandt wurde) und mit der finanziellen Methode. Mit der finanziellen Methode muss das geleaste Gut in die Bilanz des Beanspruchenden unter den Sachanlagen ausgewiesen werden und unterliegt der Abschreibung im Verhältnis zu seiner wirtschaftlichen Lebensdauer. Die Leasing-Gebühr wird hingegen in Kapitalanteil und Zinsanteil unterteilt; die erste scheint als Verbindlichkeit auf, die zweite ist nach Kompetenz bei den anderen Zusatzaufwendungen einzutragen.

125

Hier ein Beispiel:

a) Vermögensmethode

Aktivseite der Vermögensbilanz: nichts

Soll Gewinn- und Verlustrechnung: B/8 in die Kompetenz des Zeitraumes fallende Gebühren

b) Finanzmethode

Aktivseite Vermögensbilanz: B II Sachanlagen abzüglich des Abschreibungsfonds

Passivseite Vermögensbilanz: D7 Verbindlichkeiten gegenüber Lieferanten (Kapitalanteil)

Soll Gewinn- und Verlustrechnung. 10b Abschreibungen und C17 Passivzinsen

Es versteht sich von selbst, dass die Finanzmethode im Vergleich zur Vermögensmethode allgemein zu einem höheren Geschäftsergebnis führt, da in der Regel die Leasing-Gebühren deutlich höher als die berechenbaren Abschreibungssätze sind.

18. ÄNDERUNGEN DES GRÜNDUNGSVERTRAGES

Die Änderungen des Gründungsvertrages müssen immer von der Gesellschafterversammlung beschlossen sein und das entsprechende Protokoll muss von einem Notar verfaßt werden (vgl. Art. 2480), mit Ausnahme einiger Materien, die den Verwaltern übertragen werden können, wie zum Beispiel:

- a) Erhöhung des Gesellschaftskapitals (vgl. Art. 2481);
- b) Fusion durch Einverleibung von zu 100% kontrollierter Gesellschaft (vgl. Art. 2505);
- c) Fusion durch Einverleibung von zu 90% kontrollierter Gesellschaft (vgl. Art. 2505-bis);
- d) Herabsetzung des Gesellschaftskapitals infolge von Verlusten gemäß. 2482-bis und 2446 letzter Absatz.

In allen oben erwähnte Fällen besteht immer die Pflicht, das Protokoll durch einen Notar abfassen zu lassen.

18.1. PROTOKOLL UND PFLICHT DER NOTARIELLEN ÜBERPRÜFUNG

Auch bei der Protokollierung der Beschlüsse zur Veränderung des Gründungsvertrages hat der Notar die Aufgabe, die wesentliche Rechtmäßigkeit des Beschlusses zu überprüfen.

Der Notar, der den Beschluss zur Abänderung der „Satzung“ *rectius* „des Gründungsvertrags“ protokolliert hat, beantragt innerhalb von dreißig Tagen, nach Überprüfung der Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen, die Eintragung in das Handelsregister gleichzeitig mit der Hinterlegung und legt die eventuell verlangten Ermächtigungen bei.

Das Handelsregister, nach Überprüfung der alleinigen formellen Ordnungsmäßigkeit der Unterlagen, trägt den Beschluss in das Register ein.

Bei Beschluss der Gesellschafter muss der Notar allerdings immer ein Protokoll anfertigen und darf nie, auch nicht bei Vorhandensein von offensichtlich unrechtmäßigen Beschlüssen, die Entgegennahme des Aktes verweigern.

Nach der Protokollierung hat er allerdings dreißig Tage Zeit, eine sorgfältige Überprüfung des Beschlusses vorzunehmen und sollten seines Erachtens die Gesetzesvorschriften nicht erfüllt sein, muss er die Hinterlegung des Aktes beim Registeramt verweigern, wobei er diese Verweigerung umgehend und jedenfalls innerhalb von 30 Tagen ab Datum des Aktes den Verwaltern mitteilt.

In den darauffolgenden dreißig Tagen können die Verwalter:

- a) die Gesellschafterversammlung einberufen, damit die entsprechenden Maßnahmen zur Änderung des Beschlusses getroffen werden, und dieser somit dem Gesetz entspricht,
- oder
- b) das Urteil eines Landesgerichts beantragen. Das Landesgericht kann:
- 1) nach Überprüfung der Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen und nach Anhörung des Staatsanwaltes die Eintragung in das Handelsregister mit Verordnung, verfügen;
 - 2) nach Feststellung des Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen die Homologierung verweigern.

127

In Ermangelung der Maßnahmen laut Punkt a) und b)1) ist der Beschluss endgültig unwirksam.

Wirksamkeit des Beschlusses:

Der Art. 2436 führt diesbezüglich eine Neuerung ein und sieht allgemein vor, dass sämtliche Beschlüsse zur Abänderung des Gründungsvertrags nur nach der Eintragung wirksam werden.

Man kann aus dem Inhalt der Bestimmung ableiten, dass die Eintragung eine Voraussetzung für die Wirksamkeit sowohl Dritten als auch Gesellschaftern gegenüber ist.

Somit wird das vorher geltende Prinzip, das von der Lehre und der Rechtsprechung bekräftigt wurde, und laut dem der Beschluss, mit Ausnahme der Fälle in denen das Gesetz anderweitig bestimmte, sofort gültig war aber im Falle der Verweigerung der Homologierung mit Wirkung ex tunc fallen gelassen wurde, praktisch auf den Kopf gestellt.

Pflicht der Hinterlegung des neuen Texts des Gründungsvertrages:

Nach jeder Abänderung der Satzung muss der vollständige Text in der neuesten Fassung beim Handelsregister hinterlegt werden. (vgl. Art. 2436, letzter Absatz).

Zu diesem Zweck ist es angebracht, aber nicht notwendig, dass der neue Text durch den Notar direkt dem Protokoll beigelegt wird.

18.2. KAPITALERHÖHUNG

Die Regelung der Operationen, die das Kapital betreffen, ist für die GmbH im Vergleich zu früher teilweise abgeändert worden.

18.2.1. VOLLMACHT AN DIE VERWALTER

In der alten Regelung war die Möglichkeit, die Verwalter mit der Kapitalerhöhung zu beauftragen, nur für die AG vorgesehen, wobei präzise Einschränkungen vorgegeben wurden. Hinsichtlich der GmbH nahm der Gesetzgeber in präziser Absicht keinen Bezug auf dieses Gesetz, da er der Meinung war, dass für diese kleinere Form der Gesellschaft keine Notwendigkeit bestünde.

Folglich hat die Rechtsprechung fast einheitlich die Möglichkeit einer analogen Ausdehnung dieser Einrichtung auf die GmbH verweigert.

Mit der Reform wurde dieser Punkt erneuert.

Die Erhöhung des Gesellschaftskapitals, sowohl die unentgeltliche als auch die gegen Zahlung, kann nun von den Gesellschaftern unter folgenden Voraussetzungen den Verwaltern übertragen werden:

- a) die Möglichkeit muss im Gründungsvertrag zum Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft oder bei einer Abänderung desselben vorgesehen werden;
- b) in der Vollmacht müssen Grenzen und Vorgangsweise für deren Ausübung festgelegt sein;

Das Gesetz setzt jedoch keine Einschränkungen hinsichtlich der Vorgangsweise und Fristen vor, die Gesellschafter können diesbezüglich frei entscheiden.

- c) die Entscheidung der Verwalter, die aus einem umgehend vom Notar angefertigten Protokoll hervorgehen muss, muss gemäß Art. 2436 hinterlegt und eingetragen werden.
- d) die Entscheidung zur Erhöhung des Gesellschaftskapitals kann nur dann durchgeführt werden, wenn die vorhergehend geschuldeten Einlagen zur Gänze vorgenommen wurden.

Hinsichtlich dieser letzten Voraussetzung wird darauf hingewiesen, dass die Bestimmung eine weitere Neuerung einführt, da es nun möglich ist, die Entscheidung zur Erhöhung des Gesellschaftskapitals zu treffen, noch bevor das Gesellschaftskapital zur Gänze eingezahlt wurde, wobei nur gefordert wird, dass die Durchführung des Beschlusses nach der vollständigen Entrichtung der erwähnten Zahlungen erfolgen soll.

129

Dies ist eine allgemeine Richtlinie hinsichtlich der Kapitalerhöhung, die auch für die anderen Hypothesen und nicht nur für die Vollmacht an die Kunden gültig ist, wie man vom letzten Absatz des Artikels 2480 und von der entsprechenden für die AG bestimmte Richtlinie gemäß Artikel 2438, I Absatz ableiten kann.

18.2.2. KAPITALERHÖHUNG DURCH NEUE EINLAGEN

Der Gesetzgeber hat für die GmbH eine vollständige, autonome Regelung hinsichtlich der Operationen auf das Kapital eingeführt, und die alte Technik des Verweises auf die für die AG bestimmte Norm fallen gelassen.

Gegenstand der Einlage bei Kapitalerhöhungen kann selbstverständlich alles sein, war bereits bei Gründung der Gesellschaft eingebracht werden kann. Demnach kann die Kapitalerhöhung mittels:

- a) Geld
- b) Güter oder Forderungen
- c) Arbeit oder Dienstleistungen erfolgen.

Wie bereits vermerkt, kann der Beschluss einer Kapitalerhöhung auch gefaßt werden, bevor das vorhergehende Kapital zur Gänze eingezahlt wurde. Es wird lediglich gefordert, dass die Durchführung des Beschlusses nach der vollständigen Entrichtung der erwähnten Einzahlungen erfolgt.

Es wird festgehalten, dass im Falle einer Kapitalerhöhung das Bezugsrecht den Gesellschaftern im Verhältnis zu den von jedem gehaltenen Beteiligungen zusteht. Jetzt wird allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass den Gesellschaftern für die Ausübung dieses Rechts eine Mindestfrist von 30 Tagen ab dem Zeitpunkt der Mitteilung an die Gesellschafter, dass die Kapitalerhöhung gezeichnet werden kann, eingeräumt werden muss. Eine eventuelle Kürzung dieser gesetzlichen Frist kann nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses vorgenommen werden.

130

Gleichzeitig wird auch die allgemeine und uneingeschränkte Möglichkeit geboten, ohne jedweden Grund das Bezugsrecht auszuschließen, um die Beteiligung von neuen Gesellschaftern zu ermöglichen. Als Gegenleistung wird den dagegen stimmenden Gesellschaftern das nicht abschaffbare Recht eingeräumt, von der Gesellschaft auszutreten, um so der Eventualität entgegenzutreten, dass die eigene Rolle innerhalb der Gesellschaftsorganisation gegen den eigenen Willen abgeändert wird.

Im Falle der Erhöhung des Gesellschaftskapitals auf Grund des Verlustes von mehr als einem Drittel des Gesellschaftskapitals mit gleichzeitiger Herabsetzung des Gesellschaftskapital unter das gesetzliche Mindestmaß (vgl. Art. 2482-ter) kann das Bezugsrecht niemals ausgeschlossen werden.

Die *ratio* der Bestimmung ist es, nicht gerade erbauliche Vorgangsweisen zu verhindern, die manchmal in der Praxis verwendet wurden, um die Beteiligung *einer der Mehrheit unbequemen Minderheit* drastisch zu reduzieren oder gar zu löschen. Es scheint jedoch, dass auch in diesem Fall das Bezugsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, wenn der Beschluss von den Gesellschaftern einstimmig gefasst ist.

Ein letzter Vermerk sei anschließend dem Aufpreis gewidmet, der auch im Fall des Ausschlusses des Bezugsrechts immer nur eventuell und nie obligatorisch sein kann.

Unverändert bleibt hingegen das Prinzip, laut dem die Erhöhung des Gesellschaftskapitals in der Regel unzertrennlich ist, sofern nicht anders von den Gesellschaftern beschlossen wird.

Die vom Gesetzgeber ausgesprochenen Richtlinien können wie folgt zusammengefaßt werden:

KAPITALERHÖHUNG GEGEN ZAHLUNG

- a) Im Falle des Beschlusses zur Erhöhung des Gesellschaftskapitals durch neue Einlagen steht den Gesellschaftern das Recht zu, dieses im Verhältnis zu den von ihm besessenen Anteilen zu zeichnen.
- b) Der Gründungsvertrag kann, mit Ausnahme des im Artikels 2482-ter erläuterten Falles, vorsehen, dass die Kapitalerhöhung auch durch Angebot von neu ausgegebenen Anteilen an Dritte erfolgen kann; in diesem Fall steht den Gesellschaftern, die der Entscheidung nicht zugestimmt haben, das Austrittsrecht ex lege gemäß Art. 2473 zu.
- c) Die Entscheidung zur Kapitalerhöhung sieht den eventuellen Aufpreis und die Vorgangsweise und Fristen, innerhalb welcher das Zeichnungsrecht ausgeübt werden kann, vor. Diese Fristen können nicht unter 30 Tage ab dem Zeitpunkt der Mitteilung an die Gesellschafter, dass die Kapitalerhöhung gezeichnet werden kann, liegen.
- d) Die Entscheidung kann auch vorsehen, dass der von einem oder mehreren Gesellschaftern nicht gezeichnete Teil der Kapitalerhöhung von anderen Gesellschaftern oder von Dritten gezeichnet werden kann, und regelt die entsprechende Vorgangsweise.
- e) Wird die Kapitalerhöhung nicht innerhalb der im Beschluss festgesetzten Frist zur Gänze gezeichnet, wird das Kapital nur dann, um den Betrag der gesammelten Zeichnungen erhöht, wenn dies der Beschluss selbst ausdrücklich genehmigt.
- f) die Zeichner der Kapitalerhöhung müssen bereits bei der Zeichnung:
 - 1) für die Einlagen in Geld, der Gesellschaft mindestens 25 Prozent des gezeichneten Teils des Kapitals und, wo vorgesehen, den gesamten Aufpreis entrichten bzw. eine Bankbürgschaft oder eine

Versicherungspolizze über mindestens denselben Betrag vorlegen; der einzige Gesellschafter muss immer den Gesamtbetrag der Einlage entrichten;

- 2) für die Einlage von Sachwerten oder Forderungen ist hingegen das Gutachten des Sachverständigen laut Art. 2465 erforderlich, und sie müssen bei der Zeichnung zur Gänze eingelöst sein;
- 3) für die Einlagen in Dienstleistungen oder Arbeit ist das Gutachten des Sachverständigen gemäß Artikel 2465 und die gleichzeitige Vorlage einer Versicherungspolizze oder einer Bankbürgschaft erforderlich, mit welcher der Gesamtwert der Einlage und die vom einbringenden Gesellschafter eingegangenen Verbindlichkeiten garantiert werden.

h) In den dreißig Tagen nach erfolgter Zeichnung müssen die Verwalter für die Eintragung in das Handelsregister eine Bescheinigung über die erfolgte Kapitalerhöhung hinterlegen.

132

Die Bestimmung berücksichtigt nicht die Möglichkeit, Kapitalerhöhungen vorzunehmen, indem die Beteiligungen nicht proportional zu den Einlagen zugewiesen werden, wie es aber ausdrücklich bei der Gründung der Gesellschaft vorgesehen ist. Es besteht jedoch kein Grund, warum dieses Prinzip nicht auch bei der Kapitalerhöhung angewandt werden sollte.

Es besteht jedoch das Problem, ob diesbezüglich allein die Vereinbarung der Gesellschafter, zwischen denen die Zuweisung der Beteiligungen erfolgt, genügt, oder ob die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Die anderen Gesellschafter können nämlich eine indirekte Verletzung ihres Bezugsrechts beanstanden.

18.2.3. UNENTGELTLICHE ERHÖHUNG DES GESELLSCHAFTSKAPITALS

Die Gesellschaft kann das Gesellschaftskapital durch Inanspruchnahme von Rücklagen und anderen in der Bilanz ausgewiesenen Fonds, soweit verfügbar, vornehmen.

In diesem Fall bleibt der ursprüngliche Beteiligungsanteil von jedem Gesellschafter selbstverständlich unverändert, da Erhöhungen zum Vorteil von nur

einigen Gesellschaftern zum Nachteil der anderen nicht möglich sind (vgl. Art. 2481-ter).

Diese Bestimmung widerspiegelt also nicht jene des Art. 2464 hinsichtlich der anfänglichen Einlagen, wo die einzelnen Gesellschafter entscheiden können, Beteiligungen in einem Verhältnis zuzuweisen, das nicht jenem der Einlagen eines jeden einzelnen entspricht.

Der Unterschied liegt in der Tatsache, dass im Falle einer Gesellschaftsgründung die Gesellschafter über eigene Rechte verfügen, während sie bei einer unentgeltlichen Kapitalerhöhung über Mittel der Gesellschaft verfügen.

Die Frage jedoch bleibt offen, ob mit der Zustimmung aller Gesellschafter nicht auch in diesem Fall anteilige Zuweisungen möglich sein könnten.

Es scheint diesbezüglich die positive Annahme angebracht, auch wenn in diesem Fall eine Verletzung der Rechte der Gläubiger des Gesellschafters verursacht werden könnte, der eine Erhöhung der eigenen Beteiligung erfährt, die niedriger ausfällt als ihm zustehen würde. De facto würde seine Gesellschaftsbeteiligung *verwässert*, ohne dass sie etwas zu ihrer Verteidigung unternehmen könnten, da die Erhebung einer Haftungsklage nicht möglich ist. Auch können die persönlichen Gläubiger des Gesellschafters keinen Einspruch gegen die Entscheidung erheben, da diese Möglichkeit gesetzlich nicht vorgesehen ist.

133

18.3.1. HERABSETZUNG DES GESELLSCHAFTSKAPITALS, DIE NICHT INFOLGE VON VERLUSTEN VORGENOMMEN WIRD.

Die neue Formulierung des Art. 2482 bietet den Gesellschaftern die Möglichkeit, jederzeit nach ihrem freien Ermessen eine Herabsetzung des Kapitals vornehmen zu können, ohne eine Form der Kontrolle vorzusehen. Der *alte Begriff „Kapitalüberschuss für die Erreichung des Gesellschaftszweckes“* wurde fallen gelassen.

Die vorhergehende Rechtsprechung hatte immer verlangt, dass der Beschluss detailliert begründet sein muss und dass die Begründung logisch, kohärent

und von objektiven Tatsachen unterstützt sein muss, wie zum Beispiel die zeitweilige Herabsetzung der Aktiva des Gesellschaftszweckes bzw. der Nachweis des effektiven Überschusses des Gesellschaftskapitals im Verhältnis zu den Erfordernissen der Gesellschaft, der durch Vorlage der Bilanz der Gesellschaft hinsichtlich der letzten drei Geschäftsjahre zu erbringen ist.

Die Richter übten de facto eine Art versteckte Kontrolle der Tatfrage aus. Dies ergab sich durch die Notwendigkeit, die Gesellschaftsgläubiger zu schützen, die oft nicht in der Lage waren, das ihnen vom Gesetz eingeräumte Gegenmittel des Einspruchs zu nutzen, da sie nicht umgehend in Kenntnis des Beschlusses gesetzt werden konnten, trotz dessen Bekanntmachung im Handelsregister.

Mit der Reform ist diese Form der Kontrolle nun definitiv nicht mehr zulässig. Einziges vorgesehenes Gegenmittel zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist die ihnen eingeräumte Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten nach dessen Eintragung in das Handelsregister Einspruch gegen den Beschluss zu erheben. Daraus folgt für die Gesellschaft das Verbot, den Beschluss bis zum Ablauf dieser Frist materiell durchzuführen.

134

Eine weitere Einschränkung, die noch besteht, ist die Notwendigkeit, bei Herabsetzung des Kapitals den gesetzlich vorgesehenen Mindestbetrag des Gesellschaftskapitals einzuhalten, der zur Zeit 10.000 Euro entspricht.

Die Herabsetzung des Kapitals kann wie folgt vorgenommen werden:

- a) durch Rückerstattung der gezahlten Anteile an die Gesellschafter
- b) durch ihre Befreiung von der Pflicht, die noch geschuldeten Zahlungen zu entrichten.
- c) durch Zuweisung von Sachwerten, sofern dies entsprechend im Gründungsvertrag vorgesehen ist oder die Zustimmung von allen Gesellschaftern gegeben ist.

FREIWILLIGE HERABSETZUNG DES GESELLSCHAFTSKAPITALS

Einschränkung:

es muss der gesetzlich vorgesehene Mindestkapital von 10.000 Euro eingehalten werden

Die Herabsetzung des Gesellschaftskapitals kann erfolgen:

- a) durch Rückzahlung der gezahlten Beträge an die Gesellschafter;
- b) durch ihre Befreiung von der Pflicht, die noch geschuldeten Einzahlungen zu entrichten;
- c) durch Zuweisung von Sachwerten, falls dies im Gründungsvertrag vorgesehen ist.

Die Entscheidung der Gesellschafter zur Herabsetzung des Kapitals kann erst nach drei Monaten ab dem Tag der Eintragung in das Handelsregister derselben durchgeführt werden, sofern innerhalb dieser Frist kein vor der Eintragung bestehender Gesellschaftsgläubiger Einspruch erhoben hat.

Im Falle eines Einspruchs verfügt das Landesgericht, wenn es die Gefahr der Benachteiligung für die Gläubiger als nicht gegeben erachtet oder wenn die Gesellschaft eine entsprechende Garantie geleistet hat, dass die Durchführung trotz des Einspruchs erfolgen kann.

135

18.3.2. HERABSETZUNG DES KAPITALS UM MEHR ALS EIN DRITTEL DES GESELLSCHAFTSKAPITALS WEGEN VERLUSTEN

Der neue Artikel 2482-bis ändert zum Teil die alte Regelung, die im Falle einer Verringerung des Gesellschaftskapitals um mehr als ein Drittel infolge von Verlusten vorgesehen ist.

HERABSETZUNG DES GESELLSCHAFTSKAPITALS UM MEHR ALS EIN DRITTEL INFOLGE VON VERLUSTEN

Stellt sich heraus, dass sich das Kapital infolge von Verlusten um mehr als ein Drittel verringert hat,

- a) müssen die Verwalter unverzüglich die Gesellschafterversammlung einberufen, damit die zweckdienlichen Maßnahmen getroffen werden.
 - a.1) Der Gesellschafterversammlung ist ein Bericht der Verwalter über die Vermögenslage der Gesellschaft zu unterbreiten.
 - a.2) Ist ein Aufsichtsrat oder ein Alleinprüfer vorhanden, müssen diese diesbezüglich Stellung nehmen.
 - a.3) Eine Abschrift des Berichts und der Stellungnahmen muss während der der Gesellschafterversammlung vorausgehenden acht Tage am Sitz der Gesellschaft aufliegen, damit die Gesellschafter in diese Einsicht nehmen können.

Der Gründungsvertrag kann jedoch abweichen und eine kürzere Hinterlegungsfrist vorsehen bzw. die Pflicht der vorhergehenden Hinterlegung total abschaffen.

- a.4) Auf der Versammlung müssen die Verwalter über die seit dem im vorhergehenden Absatz genannten Bericht vorgefallenen bedeutenden Ereignisse Rechenschaft ablegen, um den Gesellschaftern eine genaue und aktuelle Information zur Finanzlage der Gesellschaft geben zu können.
- b) Wenn sich innerhalb des folgenden Geschäftsjahres nicht eine Verringerung des Verlustes auf weniger als ein Drittel ergibt, muss die zur Genehmigung der Bilanz einberufene Gesellschafterversammlung das Kapital im Verhältnis zum festgestellten Verlust herabsetzen. Eine eventuelle Herabsetzung des Kapitals über einen Betrag, der unter jenem des Verlustes liegt, ist also immer verboten.

Mit den vorhergehenden Bestimmungen kam der Zweifel auf, ob die Gesellschafterversammlung, die für die Entscheidung einer Kapitalherabsetzung zuständig ist, jene in ordentlicher oder in außerordentlicher Form sei. Da nun

bei der GmbH dieser Unterschied aufgehoben wurde, besteht auch diesbezüglich keine Unsicherheit mehr.

Andernfalls haben die laut Artikel 2477 bestellten Verwalter und die Aufsichtsratsmitglieder beim Landesgericht die Anordnung der Herabsetzung des Kapitals entsprechend den aus der Bilanz ersichtlichen Verlust zu beantragen. Dies ist einer der wenigen sicheren Fällen in denen der Aufsichtsrat oder der Alleinprüfer eine Kontrolle über die Gesellschaft ausüben.

Das Landesgericht entscheidet – auch auf Antrag eines beliebigen Interessierten – mit Verordnung, die der Beschwerde unterliegt und auf Veranlassung der Verwalter in das Handelsregister einzutragen ist.

Vollmacht an die Verwalter

Die Bestimmung führt zudem eine neue Vorgangsweise für die Herabsetzung des Kapitals ein und verfügt, dass, soweit vereinbar, der letzte Absatz des neu formulierten Artikels 2446 ZGB angewandt werden soll.

137

Demnach kann der Gründungsvertrag, eine Abänderung desselben bzw. ein von den Mehrheiten, die für die Gesellschafterversammlung vorgesehen sind gefaßter Beschluss, dem Verwaltungsgremium, unabhängig von seiner Form, die Aufgabe übertragen, die Herabsetzung des Gesellschaftskapitals zu entscheiden.

Das Gesetz gibt nicht vor, wie diese Entscheidung bei Vorhandensein von mehreren Verwaltern zu treffen ist; man kann jedoch davon ausgehen, dass – in Ermangelung einer spezifischen diesbezüglichen Verfügung im Gründungsvertrag – auch diese Kompetenz dem Verwaltungsrat zusteht, so wie im Gesetz für den eventuellen Beschluss der bevollmächtigten Kapitalerhöhung vorgesehen (siehe Art. 2475 letzter Absatz).

In diesem Fall kommt der Artikel 2436 zur Anwendung und demnach muss das Protokoll von einem Notar für die darauffolgende Eintragung in das Handelsregister verfasst werden.

18.3.3. HERABSETZUNG DES KAPITALS UNTER DAS GESETZLICHE MINDESTMASS

Falls die folgenden beiden Bedingungen gleichzeitig gegeben sind:

- a) der Verlust übersteigt mehr als ein Drittel des Kapitals und
- b) das Kapital verringert sich auf Grund des Verlustes unter dem gesetzlichen Mindestbetrag von 10.000 Euro

müssen die Verwalter unverzüglich die Gesellschafterversammlung einberufen, um zwischen den folgenden drei Wahlmöglichkeiten zu entscheiden:

- a) die Herabsetzung des Kapitals und die gleichzeitige Erhöhung desselben auf einen Betrag, der mindestens dem gesetzlichen Mindestbetrag entsprechen muss, beschließen;
- b) die Umwandlung der Gesellschaft in Personengesellschaft, Konsortium, Genossenschaft, Gesellschaftsvereinigung, nicht anerkannte Vereinigung oder Stiftung im Sinne der Artikel 2500 sexies und septies beschließen;
- c) keine der beiden obigen Maßnahmen ergreifen und zur Kenntnis nehmen, dass sich die Gesellschaft in Liquidation befindet und demnach die Liquidatoren bestellen.

138

Diesbezüglich wird natürlich auch die gesamte Regelung gemäß Art- 2482-bis angewendet, mit Ausnahme der Möglichkeit, die Kompetenz den Verwaltern zu übertragen.

Wie bereits bei der Kapitalerhöhung erwähnt, kann zudem das Bezugsrecht zugunsten der Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden, um nicht gerade erbauliche Vorgangsweisen zu verhindern, die manchmal in der Praxis verwendet wurden, um die Beteiligung einer der Mehrheit unbequemen Minderheit drastisch zu reduzieren oder gar zu löschen. Es scheint jedoch, als ob auch in diesem Fall das Bezugsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, wenn der Beschluss von den Gesellschaftern einstimmig gefaßt ist.

18.3.4. HERABSETZUNG DES KAPITALS INFOLGE VON VERLUSTEN UND RECHTE DER GESELLSCHAFTER

Der Art. 2482 quater setzt abschließend fest, dass in allen Fällen der Herabsetzung des Kapitals infolge von Verlusten eine Änderung der Beteiligungsanteile und der den Gesellschaften zustehenden Rechte ausgeschlossen ist, da gleiche Behandlung für alle vorgeschrieben ist.

19. AUSGABE VON SCHULDVERSCHREIBUNGEN

Der Art. 2483 führt, was die Schuldverschreibungen betrifft, eine beträchtliche Neuerung ein, und ermöglicht auch der GmbH den Zugang zu diesen Finanzierungsformen, obwohl mit bestimmten Einschränkungen, die zur Wahrung der Interessen der Anleger auferlegt wurden.

Der Gründungsvertrag kann nämlich vorsehen, dass die Gesellschaft Schuldverschreibungen ausgeben darf, wobei sie frei festsetzen kann, ob die entsprechende Kompetenz den Gesellschaftern oder den Verwaltern zuerkannt wird und die eventuellen Einschränkungen, Vorgangsweisen und die für die Entscheidung erforderlichen Mehrheiten festlegt.

Demnach wird keine Einschränkung hinsichtlich des auszugebenden Papiers auferlegt, auch wird, im Gegensatz zur AG, nicht die Einhaltung eines Mindestverhältnisses zwischen Kapital und/oder Rücklagen der Gesellschaft und der Höhe der Verbindlichkeiten verlangt.

Einzige Einschränkung ist die unausweichliche Notwendigkeit, dass die ausgegebenen Wertpapiere ausschließlich von professionellen Anlegern, die der vorbeugenden Aufsicht im Sinne der Sondergesetze unterliegen, gezeichnet sein müssen. Diese Anleger haften, beim nachfolgenden Umlauf der Schuldverschreibungen, für die Solvenz der Gesellschaft gegenüber den Käufern, die nicht professionelle Anleger bzw. Gesellschafter der Gesellschaft selbst sind. Diese brauchen nämlich keine Garantien von Seiten des Gesetzgebers, da es sich nicht um Dritte handelt, die nichts mit der Gesellschaft zu tun haben.

Wie man sieht, wird die Kontrolle des Geschäfts dem Markt und insbesondere den professionellen Anlegern überlassen. Diese werden, bevor sie diese Papiere zeichnen, angemessene Kontrollen hinsichtlich der wirtschaftlich-finanziellen Situation der Gesellschaft auch im Lichte der Verantwortung als Garant ex lege gegenüber den nachfolgenden Käufern durchführen. Sie werden demnach von der Gesellschaft, falls erforderlich, die eventuellen hypothekarischen Garantien zur Sicherstellung der Anleihe verlangen.

Der Gesetzgeber beabsichtigte somit, für die GmbH eine Regelung vorzugeben, die sowohl vom objektiven als auch vom subjektiven Gesichtspunkt, jener des zweiten Absatzes des Art. 2412 für die AG gleichkommt.

Die Entscheidung für die Ausgabe der Papiere sieht die Bedingungen für die Anleihe und die Vorgangsweise für die Rückerstattung vor und wird von den Verwaltern in das Handelsregister eingetragen.

140

Sie kann auch vorsehen, dass, nach Zustimmung der Mehrheit der Papierinhaber, die Gesellschaft diese Bedingungen und Vorgangsweisen abändern kann.

Bei Ausgabe von Schuldverschreibungen erscheint eine entsprechende Regelung im Gründungsvertrag für angebracht, wobei als Modell die für die AG vorgesehene Regelung laut Artikel 2415 herangezogen wird. Hinsichtlich der Schuldverschreibungsinhaber müssen gleichfalls die Vorgangsweise für die Versammlung, die Mehrheiten, die Befugnisse, der gemeinsame Vertreter, Ziehung usw. für die Schuldverschreibungsinhaber regeln.

In Ermangelung einer diesbezüglichen ausdrücklichen Regelung kann man nur, mit den entsprechenden Angleichungen, die für die Schuldverschreibungsinhaber der AG vorgesehene Regelung anwenden.

Selbstverständlich bleiben die Bestimmungen der Sondergesetze hinsichtlich besonderer Gesellschaftskategorien und der Rücklagen unberührt.

AUSGABE VON SCHULDVERSCHREIBUNGEN

- a) ohne jegliche Einschränkung hinsichtlich Art und Höchstbetrag der Anleihe;
- b) der Gründungsvertrag setzt fest, ob die Befugnis für die Ausgabe der Anleihe den Gesellschaftern oder den Verwaltern zusteht;
- c) die ausgegebenen Papiere dürfen nur von professionellen Anlegern gezeichnet werden, die gemäß den Sondergesetzen der vorbeugenden Aufsicht unterliegen;
- d) diese Anleger haften, beim nachfolgenden Umlauf der Schuldverschreibungen, für die Solvenz der Gesellschaft gegenüber den Käufern, die nicht professionelle Anleger bzw. Gesellschafter der Gesellschaft selbst sind.

Die Praxis wird zeigen, ob diese neue, alternative Finanzierungsform für die GmbH erfolgreich sein wird oder nicht, auch wenn die Pflicht, sich in erster Linie nur an professionelle Anleger zu wenden, ziemlich einschränkend sein kann, da es auch sein kann, dass sie nicht unbedingt an Finanzierungen an der Gesellschaft in dieser Form interessiert sind. Diesbezüglich ist es wichtig zu überprüfen, ob eventuelle zukünftige steuerliche Bestimmungen diese Form der Anleihe unterstützen werden.

20. AUFLÖSUNG UND LIQUIDATION DER KAPITALGESELLSCHAFTEN

Der neue Abschnitt VIII des V. Buches führt eine gemeinschaftliche Regelung ein, die die Auflösung von Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung regelt.

Die Reform hat versucht:

- a) das Verfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen, indem sie Beginn, Durchführung und Abschluß regelt und erläutert;
- b) die Möglichkeit, den eventuellen Restwert des Unternehmens zu erhalten, genau zu regeln;
- c) eine Regelung auszuarbeiten, mit welcher die Erstellung der Bilanzen in der Liquidationsphase geklärt wird.

Die grundlegende Neuerung im Vergleich zum gültigen System besteht in der strikten Trennung zwischen dem Eintreten einer Auflösungsursache und der Feststellung des Zeitpunkts an dem diese wirksam wird.

Die vom Art. 2484 vorgesehenen Auflösungsursachen sind hingegen im Wesentlichen unverändert geblieben. Der Zeitpunkt, ab dem die Auflösungsursache Wirkung erlangt, wird mit der Eintragung in das Register des Beschlusses des Verwaltungsrates, der den Grund feststellt, bzw., mit der Eintragung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung, der die Auflösung veranlaßt, festgesetzt. Dies um für alle die Unsicherheit hinsichtlich des Zeitpunktes zu beseitigen, an dem die Auflösung erfolgt.

In Anlehnung an die neue Regelung über die Wirksamkeit der Auflösungsursachen wird im Art. 2484 die Pflicht der Verwalter festgehalten, die Ursache festzustellen und die entsprechende Eintragung vorzunehmen.

142

In dieser Hinsicht wurde eine Haftung des Verwaltungsgremiums für Schäden im Falle von Verspätung oder Unterlassung eingeführt.

Was die Löschung der Gesellschaft vom Handelsregister anlangt, wurde eindeutig festgestellt, dass diese definitiv und unwiderruflich die Löschung der Gesellschaft bewirken muss, auch wenn nicht zufriedengestellten Gläubiger vorhanden sind, Somit wird die vorhergehende Rechtsprechung diesbezüglich vollständig reformiert.

20.1. AUFLÖSUNGSGRÜNDE

Die GmbH löst sich aus folgenden Gründen auf:

AUFLÖSUNGSURSACHEN

- 1) durch Terminverfall, falls ein solcher vorgesehen ist;
- 2) durch Erreichung des Gesellschaftszwecks oder durch nachfolgende Unmöglichkeit, ihn zu erreichen; außer wenn die zu diesem Zweck ohne Verzug einberufene Gesellschafterversammlung die entsprechenden, als zweckmäßig erachteten Satzungsänderungen beschließt;
- 3) durch Funktionsunfähigkeit oder fortgesetzte Untätigkeit der Gesellschafterversammlung;
- 4) durch Verminderung des Kapitals unter den gesetzlichen Mindestbetrag (2327), vorbehaltlich der Vorschriften des Artikels 2482-ter;
- 5) in der Annahme gemäß Art. 2473, bzw. im Falle des Austritts des Gesellschafters, ohne Möglichkeit für die Gesellschaft, die Auszahlung seiner Beteiligung vorzunehmen, da die Mittel fehlen;
- 6) durch Beschluss der Gesellschafterversammlung;
 - 1) wegen der anderen vom Gründungsvertrag oder von der Satzung vorgesehenen Gründe
 - 2) wegen der von Sondergesetzen vorgesehenen sonstigen Gründe

143

Im Falle der von Sondergesetzen vorgesehenen Auflösung werden die Vorschriften der nachfolgenden Artikel, soweit vereinbar, angewandt.

Die Wirksamkeit der Auflösung erfolgt immer ab dem Datum der Eintragung in das Handelsregister:

- a) der Erklärung, mit welcher die Verwalter die Auflösungsursache feststellen, in den Annahmen gemäß den Punkten 1), 2), 3), 4) e 5);
- b) des entsprechenden Beschlusses, in der Annahme gemäß Punkt 6) desselben Absatzes,
- c) sehen jedoch der Gründungsvertrag oder die Satzung andere Auflösungsursachen vor, müssen diese die Befugnis zum Beschließen oder zur Feststellung der Ursachen und zur Erledigung der Obliegenheiten hinsichtlich der Bekanntmachung beim Handelsregister festlegen.

20.2. PFLICHTEN UND BEFUGNISSE DER VERWALTER IN DER AUFLÖSUNGSPHASE

Der Beginn der Auflösungsphase bewirkt eine Verminderung der den Verwaltern zustehenden Befugnisse, gleichzeitig kommen auf die Verwalter neue Pflichten und Verantwortungen zu. Sie müssen nämlich die delikate Phase zwischen dem Eintreten der Auflösungsursache und dem Beginn der Funktionen der Liquidatoren leiten.

Pflichten der Verwalter

Die Verwalter sind verpflichtet, Auflösungsursachen unverzüglich zu ermitteln und die im Artikel 2484, Abs. 3 vorgesehenen Maßnahmen ergreifen. Bei Verzug oder

Unterlassungen haften die Verwalter persönlich und als Gesamtschuldner für von der Gesellschaft, den Gesellschaftsmitgliedern, den Gesellschaftsgläubigern und Dritten erlittene Schäden.

144

Falls die Verwalter die im vorhergehenden Absatz genannten Maßnahmen unterlassen, ermittelt die Gerichtsbehörde nach von einzelnen Gesellschaftern, Verwaltern bzw. Aufsichtsräten (die in diesem Fall eine Funktionskontrolle ausüben, während für den Alleinprüfer eine Möglichkeit der Einreichung eines solchen Ansuchens nicht gegeben ist) gestellten Ansuchen die Auflösungsursache, die entsprechende Verfügung ist im Handelsregister einzutragen.

Befugnisse der Verwalter

Beim Eintreten der Auflösungsursache und bis zur Übergabe der Gesellschaftsbücher und des Rechenschaftsberichts an die Liquidatoren bewahren die Verwalter ihre Befugnisse, die Gesellschaft zu führen ausschließlich zum Zweck, die Unversehrtheit und den Wert des Gesellschaftsvermögens zu erhalten (vgl. Art. 2486).

Hinsichtlich der Befugnisse der Verwalter hat der Gesetzgeber demnach eine Einschränkung eingeführt, die nicht mehr auf dem alten zweideutigen Begriff „neues Geschäft“ gründet, sondern von der Zweckmäßigkeit oder nicht Zweckmäßigkeit der Bewahrung des Wertes der Gesellschaft abhängig ist.

Auf jeden Fall bleibt die Handlung, die in Übertretung dieser Bestimmung durchgeführt wurde, gültig, aber die Verwalter haften persönlich und als Gesamtschuldner für die Schäden, die den Gesellschaftern, den Gesellschaftsgläubigern und Dritten wegen in Nichterfüllung der erwähnten Pflicht durchgeführten Handlungen oder Unterlassungen entstanden sind.

Somit werden Drittpersonen auf jeden Fall geschützt. Die Bestimmung ist kohärent mit den Vorgaben hinsichtlich der Einschränkungen der Vertretungsbefugnisse.

20.3. BESTELLUNG UND ABERUFUNG DER LIQUIDATOREN UND RICHTLINIEN FÜR DAS AUFLÖSUNGSVERFAHREN

145

Die Bestellung und die Festlegung der Befugnisse der Liquidatoren und der Richtlinien für die Auflösung bleiben zur Gänze dem freien Ermessen der Gesellschafter überlassen. Außerdem wird ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, im eingeschränkten Rahmen eine Gesellschaftstätigkeit auszuüben, um die Integrität und den Betriebswert zu erhalten.

Gleichzeitig mit der Ermittlung der Auflösungsursachen müssen die Verwalter die Gesellschafterversammlung einberufen, damit diese folgendes beschließt:

- a) die Anzahl der Liquidatoren und die Vorgehensregeln im Kollegium bei mehreren Liquidatoren;
- b) die Bestellung der Liquidatoren, wobei die Liquidatoren anzugeben sind, die berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten;
- c) die Richtlinien, auf deren Grundlage die Auflösung erfolgen soll; die Befugnisse für die Liquidatoren insbesondere in Zusammenhang mit der

Veräußerung des Gesellschaftsunternehmens, einzelner Unternehmenszweige oder auch einzelner Güter oder Rechte oder aber Blöcken davon; die Handlungen, die erforderlich sind, um den Unternehmenswert zu erhalten, einschließlich der vorläufigen Führung auch einzelner Unternehmenszweige, zum Zweck, das bestmögliche Ergebnis zu erwirtschaften.

Falls die Verwalter die Einberufung unterlassen, kann die Gerichtsbehörde nach von einzelnen Gesellschaftern, Verwaltern oder Aufsichtsräten gestellten Ansuchen die erforderlichen Schritte verfügen, und, falls die Versammlung nicht zusammentritt oder keinen Beschluss fasst, mit Verordnung die vorgesehenen Beschlüsse fassen.

Die Gesellschafterversammlung beschließt mit den für die Abänderung des Gründungsvertrags geforderten Mehrheiten, sofern der Gründungsvertrag zu diesem Zweck nicht andere Mehrheiten vorsieht.

146

Der Gründungsvertrag kann zudem festsetzen, dass die Bestellung der Liquidatoren nicht der Gesellschafterversammlung, sondern den Gesellschaftern mit Entscheidungsbefugnis oder auch einzelnen Gesellschaftern oder auch den einzelnen Verwaltern zusteht, bzw. er kann bereits die Namen der Verwalter und die entsprechenden Befugnisse festsetzen.

Die Versammlung kann, mit den für die Änderungen des Gründungsvertrages oder der Satzung erforderlichen Mehrheiten, die hinsichtlich der Liquidatoren gefaßten Beschlüsse abändern.

Die Liquidatoren können von der Gesellschafterversammlung oder, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, vom Landesgericht auf Antrag der Gesellschafter, der Aufsichtsräte oder der Staatsanwaltschaft abberufen werden.

20.4. BEKANNTMACHUNG DER ERNENNUNG DER LIQUIDATOREN UND AUSWIRKUNGEN

Die Bestellung der Liquidatoren sowie die Bestimmung ihrer Befugnisse, wie immer erfolgt, sowie allfällige Änderungen sind von den Liquidatoren selbst ins Handelsregister einzutragen.

Zur Gesellschaftsbezeichnung muss hinzugefügt werden, dass es sich um eine „in Auflösung befindliche Gesellschaft“ handelt.

Erst nach Eintragung der Bestellung der Liquidatoren verfallen die Verwalter vom Amt und müssen den Liquidatoren:

- a) die Gesellschaftsbücher;
- b) die Situation der Konten zum Datum der Wirksamkeit der Auflösung
- c) ein Rechenschaftsbericht zu ihrer Verwaltung bezüglich des auf die letzte genehmigte Bilanz folgenden Zeitraums übergeben.

Von der Übergabe wird ein entsprechendes Protokoll abgefaßt.

20.5. WIDERRUF DES AUFLÖSUNGSZUSTANDS

Der Gesetzgeber ist spezifisch auf das Thema des Widerrufs des Auflösungsstatus eingegangen, um das in der alten Regelung aufgetretene Problem hinsichtlich der Vorgangsweise, der Fristen und des Quorums für die entsprechende Beschlussfassung zu lösen.

In Vergangenheit herrschte die Annahme vor, laut der bei Eintreten einer Ursache für die Auflösung der Gesellschaft automatisch für jeden einzelnen Gesellschafter ein subjektives Recht entstand, die Auszahlung des eigenen Anteilwertes zu erhalten. Demnach musste der entsprechende Beschluss, da der Widerruf dieses Rechts das Erlöschen dieses subjektives Rechtes bewirkt, einstimmig gefaßt werden. Nun schreibt jedoch das Gesetz die einfache Mehrheit vor.

Die Gesellschaft kann nämlich jederzeit den Auflösungsstatus widerrufen. Hierfür muss, nach Beseitigung der Auflösungsursache, ein Beschluss der Gesellschafterversammlung mit der für die Abänderung des Gründungsvertrages oder der Satzung verlangten Mehrheiten gefasst werden.

Vom Widerruf muss selbstverständlich ein entsprechendes notarielles Protokoll verfasst werden, das gemäß Art. 2436 der Hinterlegung und Eintragung in das Registeramt unterliegt.

Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger wurde zudem eine Aufschubsfrist für die Wirkung des Widerrufsbeschlusses eingeführt, so wie es für die Herabsetzung des Gesellschaftskapitals nicht infolge von Verlusten und für den Fusionsbeschluss (vgl. Art. 2503) vorgesehen.

Der Widerruf ist nämlich erst zwei Monate nach der Eintragung des entsprechenden Beschlusses in das Handelsregister wirksam, außer es ist die Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger oder die Auszahlung der Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, gegeben sind. Falls innerhalb der oben erwähnten Frist die Gläubiger, die vor der Eintragung bestanden haben, vor dem Landesgericht Einspruch erhoben haben, kann der Widerruf nicht erfolgen, es sei denn, das Landesgericht hält die Gefahr einer Benachteiligung für die Gläubiger für nicht gegeben bzw. die Gesellschaft hat eine entsprechende Garantie geleistet. In diesen Fällen verfügt das Landesgericht, dass der Widerruf trotz des Einspruches erfolgen soll.

WIDERRUF DES AUFLÖSUNGSZUSTANDS

Die Gesellschaft kann den Auflösungszustand widerrufen:

- A) jederzeit;
- B) nach Beseitigung der Auflösungsursache, falls erforderlich;
- C) mit Beschluss der Gesellschaft, der mit der von mit der für die Abänderung des Gründungsvertrages oder der Satzung verlangten Mehrheiten gefaßt wurde;
- D) der Beschluss muss von einem Notar zu Protokoll genommen werden und das entsprechende Protokoll muss für die Eintragung beim Handelsregister hinterlegt werden.

Der Widerruf ist erst zwei Monate nach der Eintragung des entsprechenden Beschlusses in das Handelsregister wirksam, sofern die Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger oder die Zahlung der Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, nicht gegeben sind.

20.6. FUNKTION DER GESELLSCHAFTSGREMIEN WÄHREND DER AUFLÖSUNGSPHASE

Bei der Reform der Auflösungsphase wollte der Gesetzgeber das Weiterbestehen der Gesellschaftsorganisation auch in diesem heiklen Zeitraum aufwerten, wobei eine Fortführung der Gesellschaftstätigkeit, mit Erhaltungsfunktionen, vorgesehen wird. Dieses Prinzip müßte sich auch auf die Befugnisse der Gesellschaftsgremien auswirken, obwohl sich die neue Formulierung des Art. 2488 diesbezüglich im Wesentlichen darauf beschränkt, die Vorgabe des alten Artikels 2451 zu wiederholen.

Der neue Artikel 2488 sieht nämlich folgendes vor:

Die Bestimmungen für die Gesellschafterentscheidungen, die Gesellschafterversammlung, die Verwaltungs- und Kontrollgremien finden auch während der Auflösung Anwendung, soweit sie mit dieser vereinbar sind.

20.7. BEFUGNISSE, PFLICHTEN UND HAFTUNG DER LIQUIDATOREN

Sofern eine in der Satzung enthaltene oder bei der Bestellung angewandte Bestimmung diesbezüglich nicht anders verfügt, sind die Liquidatoren befugt, alle zur Auflösung der Gesellschaft erforderlichen Handlungen durchzuführen.

Die Liquidatoren sind verpflichtet, ihre Pflichten mit der für die Aufgabe erforderlichen Professionalität und Fleiß wahrzunehmen. Ihre Haftpflicht für durch Pflichtverletzungen verursachte Schäden ist gemäß den Bestimmungen für die Haftpflicht der Verwalter geregelt.

Reichen die verfügbaren Mittel nicht zur Zahlung der Gesellschaftsverbindlichkeiten aus, können die Liquidatoren von den Gesellschaftern im jeweiligen Verhältnis die geschuldeten Zahlungen fordern.

150 20.8. AUFTEILUNG VON VORSCHUSSZAHLUNGEN AN GESELLSCHAFTER

Der Gesetzgeber hat, mit der angebrachten Vorsicht und mit direkter Haftung der Liquidatoren die Möglichkeit eingeführt, in der Auflösungsphase Vorschusszahlungen zu Gunsten der Gesellschafter auszuschütten.

Obwohl eine Aufteilung zwischen den Gesellschaftern von Vorschüssen auf das Ergebnis der Auflösung im Allgemeinen verboten ist, wird eine Ausnahme gemacht:

unter der Bedingung, dass aus den Bilanzen hervorgeht, dass die Aufteilung sich nicht auf die Verfügbarkeit der zum sofortigen und gänzlichen Zufriedenstellen der Gesellschaftsgläubiger bestimmten Beträge auswirkt, können nämlich die Liquidatoren die Ausschüttung von Vorschüssen unter den Gesellschaftern vornehmen, wobei sie die Aufteilung eventuell von der Leistung geeigneter Garantien von Seiten des Gesellschafters abhängig machen kann.

Die Liquidatoren haften im Falle der Nichteinhaltung der vorhergehenden Bestimmungen den Gesellschaftsgläubigern gegenüber persönlich und als Gesamtschuldner.

20.9. BILANZEN WÄHREND DER AUFLÖSUNG

Der Mangel einer Regelung für Bilanzen während der Auflösungsphase machte sich vor der Reform besonders bemerkbar, auch weil aus Steuergründen die Erstellung einer Bilanz auf jeden Fall verlangt wird.

Der Gesetzgeber hat somit die Pflicht einer Bilanzbildung eingeführt, wobei er sich im Prinzip auf die geltenden Bestimmungen für die ordnungsgemäß tätige Gesellschaft berufen hatte, mit der logischen Einschränkung der Vereinbarkeit mit Natur, Zweck und Zustand der Auflösung.

Vorausgesetzt, dass sich infolge des eingetretenen Auflösungszustandes die Kriterien zur Bewertung der Güter abändern, wurde den Liquidatoren, aus Gründen der Transparenz und Klarheit, die Darlegung der verwendeten Kriterien im Anhang auferlegt. Hinsichtlich dieser Kriterien wurden keine spezifischen Prinzipien ermittelt, da ein Verweis auf die buchhalterischen Grundsätze, auch wenn diese von Fall zu Fall verschieden sein sollten, für notwendig erachtet wurde.

ORDENTLICHE BILANZ WÄHREND DER AUFLÖSUNG

Demnach müssen die Liquidatoren die Bilanz erstellen und sie zu den für die Bilanz des Geschäftsjahres der Gesellschaft vorgesehenen Fälligkeiten den Gesellschaftern zur Genehmigung unterbreiten.

Soweit mit der Natur, dem Zweck und dem Auflösungszustand vereinbar, kommen die Bestimmungen der Artikel 2423 und folgende zur Anwendung.

Im Bericht müssen die Liquidatoren den Verlauf, die auch zeitlichen Aussichten der Auflösung und die zu deren Realisierung herangezogenen Prinzipien und Kriterien erläutern.

Die Liquidatoren müssen die herangezogenen Bewertungskriterien im Anhang anführen und begründen.

In der ersten Bilanz nach ihrer Bestellung müssen die Liquidatoren die im Vergleich zur letzten genehmigten Bilanz veränderten Bewertungskriterien sowie die Gründe und Folgen dieser Änderungen aufzeigen. Derselben Bilanz müssen - zusammen mit den eventuellen Bemerkungen der Liquidatoren - die Unterlagen beigelegt werden, die im Sinne des Artikels 2487-bis von den Verwaltern ausgehändigt wurden.

Ist eine, wenn auch teilweise, Fortführung der Unternehmenstätigkeit vorgesehen, müssen die entsprechenden Bilanzposten getrennt angeführt werden; im Bericht müssen die Gründe und die Aussichten der Fortführung erläutert werden; im Anhang sind die herangezogenen Bewertungskriterien anzuführen und zu begründen.

Die nicht erfolgte Hinterlegung der Auflösungsbilanz für über drei aufeinanderfolgende Jahre bewirkt von Amts wegen die Streichung der Gesellschaft vom Handelsregister und demnach dessen Löschung.

20.10. AUFLÖSUNGSBILANZ

Sobald die Auflösung abgeschlossen ist, müssen die Liquidatoren die eigentliche Auflösungsbilanz erstellen und den jedem Gesellschafter bei der Verteilung zustehenden Anteil angeben.

152

AUFLÖSUNGSBILANZ

Die von den Liquidatoren gezeichnete Bilanz wird mit dem Bericht des Aufsichtsrats sowie der mit der Buchprüfung betrauten Träger versehen und im Handelsregister hinterlegt.

Binnen drei Monaten nach der Hinterlegung kann jeder Gesellschafter bei Gericht ein Widerspruchsverfahren als Beschwerde gegen die Liquidatoren beantragen.

Die Beschwerden werden zusammengelegt und in einem einzigen Verfahren entschieden, an dem alle Gesellschafter teilnehmen können. Die Behandlung beginnt, sobald der oben angeführte Termin verstrichen ist. Das Urteil gilt auch für Unbeteiligte.

Falls die drei Monate verstreichen und keine Beschwerde eingelegt wurde, gilt die Auflösungsbilanz als genehmigt und die Liquidatoren als von ihren Verpflichtungen – abgesehen von der Pflicht, die aus der Bilanz errechneten Aktiva zur Verteilung zu bringen – den Gesellschaftern gegenüber entbunden.

Unabhängig vom Termin bewirkt die vorbehaltlos unterzeichnete Quittung beim Empfang des letzten aus der Verteilung errechneten Anteils, die Bilanzgenehmigung.

Den Gesellschaftern zustehende und binnen drei Monaten nach der Bilanzhinterlegung nicht behobene Beträge sind bei einer Bank einzulegen, bei der Zu- und Vorname des Gesellschafters anzugeben sind.

20.11. DIE LÖSCHUNG DER GESELLSCHAFT

Sobald die Auflösungsbilanz genehmigt ist, müssen die Liquidatoren die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister beantragen.

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich zur Auswirkung der Löschung des Unternehmens aus dem Handelsregister Stellung bezogen und macht im Unterschied zur bislang in Anspruch genommenen Rechtsprechung geltend, dass die Gesellschaft mit dieser Amtshandlung endgültig gelöscht ist.

153

Die Rückstellungen für außerordentliche Aufwendungen können die Gesellschaft nicht wieder beleben, um die Gläubiger zufrieden zu stellen. Letztere können lediglich ihre Guthaben einfordern:

- a) bei den Gesellschaftern, bis zur Höhe des Betrags, den sie gemäß Auflösungsbilanz behoben haben und
- b) bei den Liquidatoren, falls sie Schuld daran tragen, dass die Zahlung nicht erfolgt ist.

Wird die Forderung binnen einem Jahr nach der Löschung geltend gemacht, kann sie beim letzten gemeldeten Gesellschaftssitz zugestellt werden. Es handelt sich hier um die einzige, den Gläubigern zuerkannte Erleichterung.

20.12. GESELLSCHAFTSBÜCHERHINTERLEGUNG

Nach abgeschlossener Auflösung, nach der Aktivverteilung und der im Sinne des Art. 2494 vorgesehenen Bankeinlage, müssen die Handelsregister

bei der Handelskammer hinterlegt und zehn Jahre lang aufbewahrt werden. Die Einsicht ist gebührenpflichtig und steht allen offen.

21. GESELLSCHAFTSANKÄUFE VON DEN GRÜNDUNGSMITGLIEDERN, GESELLSCHAFTERN ODER VERWALTERN IN DEN ZWEI JAHREN NACH DER GRÜNDUNG

Das bürgerliche Gesetzbuch ändert im Artikel 2465 teilweise die Bestimmungen für von der Gesellschaft in den beiden Jahren nach der Eintragung ins Handelsregister getätigte potentiell „verdächtige“ Ankäufe. Erforderlich ist in jedem Fall ein beeidigt Gutachten, der entsprechende Fachmann wird allerdings vom Betroffenen und nicht vom Gerichtsvorsitzenden ernannt. Weiters wird eingeräumt, dass der Gründungsvertrag von der Notwendigkeit Abstand nehmen kann, die Genehmigung mit Gesellschafterbeschluss vorab einzuholen.

154

Die Grundüberlegung für diese Bestimmung dient dem Versuch, betrügerische Vorgänge in Zusammenhang mit dem Gesellschaftskapital zu vermeiden. So könnten Gesellschafter etwa ihre Schuld bei der Gesellschaft für nicht getätigte Zahlungen mit der Vergütung für an die Gesellschaft verkaufte Güter zum Ausgleich bringen. Ohne Schätzung könnte bei einer solchen Annahme der Preis künstlich „aufgebläht“ und damit der Gesellschaft, den anderen Gesellschaftern und vor allem den Gesellschaftsgläubigern schwerer Schaden zugefügt werden, da bei künstlich aufgebauchten Preisen das Gesellschaftsvermögen nicht ausreichen würde, um die Ansprüche abzudecken.

Um diese Gefahr abzuwenden und um alle oben angeführten Rechtspersonen zu schützen, sieht der Gesetzgeber bei folgenden als verdächtig erachteten Bedingungen:

- a) von der Gesellschaft von Gründungsmitgliedern, Gesellschaftern und Verwaltern angekauften Gütern oder Guthaben,
- b) in den ersten beiden Jahren nach der Eintragung ins Handelsregister,
- c) bei Vergütungen ab einem Zehntel vom Gesellschaftskapital

folgende Vorsichtsmaßnahmen vor:

- a) wer verkauft, muss ein von einem Fachmann oder einer im Verzeichnis der Rechnungsprüfer eingetragenen Buchprüfungsgesellschaft beeidetes Gutachten vorlegen; im Gutachten müssen die übertragenen Güter oder Guthaben beschrieben, die für die Wertbestimmung angewandten Richtlinien angegeben sein und bestätigt werden, dass ihr Wert mindestens dem für die Preisgestaltung zu Grunde gelegten entspricht;
- b) falls der Gründungsvertrag keine anders lautenden Bestimmungen enthält, muss der Verkauf gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 2479 mit Gesellschafterbeschluss genehmigt werden.

Bei unrichtigem Gutachten haftet der Fachmann für der Gesellschaft, den Gesellschaftern sowie Dritten zugefügte Schäden. Die Bestimmungen gemäß Strafprozessordnung, Artikel 64, kommen zur Anwendung.

Die Bestimmungen im gegenständlichen Artikel kommen nicht zur Anwendung:

- a) bei Ankäufen zu normalen Bedingungen im Rahmen der gewöhnlichen Gesellschaftstätigkeiten
- b) bei an Börsen oder unter der Kontrolle von Gerichts- oder Verwaltungsbehörden ausgeführten Käufen.

Im Fall a) wäre die regelmäßige Gesellschaftstätigkeit behindert während der Preis im Fall b) vorbestimmt ist und folglich keine Notwendigkeit für eine von Fachleuten ausgeführte Kontrolle besteht.

Die Feststellung, ob Fall a) vorliegt oder nicht, ist von zwei Voraussetzungen gekennzeichnet:

- 1) gewöhnliche Gesellschaftstätigkeit
- 2) handelsübliche Bedingungen

und im konkreten Fall nicht immer zugänglich, weshalb ein Gutachten zur Sache erforderlich sein kann.

Strafen für Übertretungen

Die Rechtsprechung ging bislang davon aus, dass es sich um eine zwingende Bestimmung handelt und Übertretungen folglich die radikale Nichtigkeit für den Ankauf bedeuten.

Die Reform sieht in diesem Zusammenhang eine mildere Lösung vor, allfällige Übertretungen bewirken lediglich die gesamtschuldnerische Haftung für die Verwalter und den Verkäufer für der Gesellschaft, den Gesellschaftern und Dritten zugefügte Schäden. Der Kauf bleibt also gültig.

VERDÄCHTIGE ANKÄUFE

Als verdächtig gelten von der Gesellschaft unter folgenden, gleichzeitig bestehenden Bedingungen getätigte Ankäufe

- a) von Gründungsmitgliedern, Gesellschaftern und Verwaltern erworbene Güter oder Guthaben, die
- b) in den ersten beiden Jahren nach der Eintragung ins Handelsregister oder
- c) gegen eine Vergütung, die ein Zehntel des Gesellschaftsvermögens übersteigt angekauft wurden.

DIESE ERFORDERN

- a) einen beeideten Bericht, der von einem vom Betroffenen ernannten Fachmann oder von einer im Verzeichnis der Buchprüfer eingetragenen Buchprüfungsgesellschaft erstellt wurde;
- b) gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 2479 Genehmigung mit Gesellschafterbeschluss, allerdings kann der Gründungsvertrag die Genehmigungspflicht außer Kraft setzen.

STRAFE

- a) die gesamtschuldnerische Haftung für die Verwalter und den Käufer für der Gesellschaft, den Gesellschaftern und Dritten zugefügte Schäden,
allerdings ist der Verkauf nicht ungültig.

DIE BESTIMMUNG KOMMT BEI 3 AUSNAHMEN NICHT ZUR ANWENDUNG:

- a) Ankäufe zu normalen Bedingungen im Rahmen der gewöhnlichen Gesellschaftstätigkeit

- b) an Börsen getätigte Ankäufe
- c) unter der Kontrolle von Gerichts- oder Verwaltungsbehörden durchgeführte Ankäufe

22. GESELLSCHAFTERFINANZIERUNG

Die Reform regelt die Beziehung zu Dritten bei von Gesellschaftern zu Gunsten der Gesellschaft durchgeführten Finanzierungen mit der Absicht, den Gesellschaftsgläubigern verstärkten Schutz zu sichern und gleichzeitig die Gepflogenheit zu unterbinden, für Finanzierungen Gesellschafter zu beleihen, anstatt regelrechte Einlagen vorzunehmen.

Die neue Regelung unterscheidet:

| | |
|---|---------------------|
| zwei neue Finanzierungstatbestände: | |
| a) regelrechte Finanzierungen | -----normal |
| b) Kapitaleinlagen gleichgestellte Finanzierungen | -----zurückgestellt |

Die bei a) genannten Finanzierungen werden unverändert gehandhabt, da sie der Gesetzgeber als regelrechte Finanzierungen anerkennt, die gemeinsam mit anderen Schulden die Verpflichtungen der Gesellschaft Dritten Nichtgesellschaftern gegenüber bilden.

Die Lage ändert sich wesentlich bei den unter b) genannten Finanzierungen, die von der Reform als eine Art Einlage betrachtet werden. Im besonderen:

- 1) ist die Rückzahlung im Vergleich zur Auszahlung der anderen Gläubiger zurückgestellt.
- 2) Gesellschaftern im Jahr vor der Konkursklärung der Gesellschaft geleistete Rückzahlungen müssen von den Gesellschaftern in die Konkursmasse rückerstattet werden.

Unter b) genannte Finanzierungen gelten als von Gesellschaftern zu Gunsten der Gesellschaft getätigte Zahlungen:

- a) in jeder Form,
- b) wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt sind, an dem auch im Verhältnis zur Gesellschaftstätigkeit ein überhöhtes Ungleichgewicht zwischen Verschuldung und Nettovermögen besteht oder in einer finanziellen Situation, in der eine Einlage vernünftig erschienen wäre.

Da es von vorneherein nicht möglich ist, hat der Gesetzgeber keine sicheren und objektiven Parameter festgesetzt, um diese besonderen Finanzierungstypen festzustellen. Dafür wurde absichtlich der zukünftigen Rechtsprechung die Aufgabe überlassen, im jeweils konkreten Fall zu ermitteln, ob die allgemeinen und abstrakten in der Bestimmung angeführten Bedingungen eingehalten wurden oder nicht.

Da gegenwärtig keine entsprechenden Urteile vorliegen, bleibt die Lage ausnehmend unklar.

23. NEBENVEREINBARUNGEN ZUM GESELLSCHAFTSVERTRAG

Die Reform hat neue Bestimmungen für die Nebenvereinbarungen zum Gesellschaftsvertrag eingeführt. Solche untypischen Verträge sind zwischen Gesellschaftern *neben* den Satzungen oder dem Gründungsvertrag abgeschlossene Abkommen, deren Inhalt stark unterschiedlich sein kann, sich aber auf jeden Fall auf den Betrieb oder die Gesellschaftszeichnungen auswirkt. Die bekanntesten sind die so genannten *Blockverbände*, über die außerhalb der Satzungen Einschränkungen für Gesellschaftsbeteiligungen festgesetzt werden, und die so genannten *Stimmblöcke*, mit denen die Beteiligten die Stimmabgaben in den Gesellschaftsversammlungen vereinbaren.

Blockverbände sind in unserer Rechtsordnung gemäß Zivilgesetzbuch Artikel 1379 unter zwei Bedingungen zulässig:

- a) es müssen schützenswerte Interessen bestehen,
 - b) ihr Bestand muss auf einen angemessenen Zeitraum beschränkt sein.
- Freilich besitzen sie keine dingliche Wirksamkeit, sondern sind lediglich

rechtsverbindlich. Verstöße verursachen folglich keinerlei Auswirkungen auf die Gesellschaft und wer den Anteil vom vertragsbrüchigen Gesellschafter erwirbt, kann ohne weiteres die Eintragung ins Gesellschafterbuch erlangen. Die einzige Folge ist die Verpflichtung, der Gegenseite den entstandenen Schaden zu ersetzen, wobei für die Auszahlung meist eine Vertragsstrafe vorgesehen ist. Die direkt im Gründungsvertrag oder in den Satzungen enthaltenen Einschränkungsklauseln für den Anteilsuflauf besitzen im Gegenteil dingliche Wirksamkeit, da sie über ihre Eintragung ins Handelsregister öffentlich zugänglich und folglich *erga omnes* (bei allen) entgegenseitbar sind. Bei Übertretungen ist der Verkauf der Gesellschaft gegenüber unwirksam und es ist dem Käufer folglich nicht möglich, ins Gesellschafterbuch eingetragen zu werden und den *Status* als Gesellschafter zu erwerben.

Stimmblöcke sind Abkommen mit dem Zweck, ihren Mitgliedern innerhalb der Gesellschaft zusätzliche Stabilität und Gewicht zu verleihen und können sowohl von Mehrheits- wie von Minderheitsgesellschaftern gebildet werden. Sie gelten als untypische Vereinigung, verfügen meist über eine Versammlung, an der alle Blockmitglieder teilnehmen können sowie unter Umständen über einen Blockdirektor und können verschiedene Formen annehmen, zum Beispiel:

- a) *Abkommen für vorherige Beratung*: die Mitglieder verpflichten sich üblicherweise nur zu einer Beratung vor der Hauptversammlung, um gemeinsam die Punkte auf der Tagesordnung zu besprechen und ohne sich irgendwie festzulegen;
- b) *verbindliches Einstimmigkeitsabkommen*: die Blockmitglieder verpflichten sich vorab, die zukünftige Stimmabgabe inhaltlich einstimmig zu beschließen und die vereinbarte Stimmabgabe auf der Hauptversammlung zu wiederholen;
- c) *verbindliches Mehrheitsabkommen*: die Blockmitglieder verpflichten sich, die zukünftige Stimmabgabe inhaltlich mit einfacher Mehrheit zu beschließen und die vereinbarte Stimmabgabe auf der Hauptversammlung zu wiederholen;
- d) *dingliches Mehrheits- oder Einstimmigkeitsabkommen*: die Mitglieder beschließen, die Stimmabgabe inhaltlich mit Mehrheit oder einstimmig und übertragen dem Blockdirektor die unwiderrufliche Vollmacht, damit er auf der Hauptversammlung gemäß Blockentscheid abstimmt.

Auf diese Weise erhalten die Blockmitglieder die Sicherheit, dass niemand aus dem Block anders als auf der Blockversammlung beschlossen abstimmt.

Die Stimmblocke wurden von der Rechtsprechung zu folgenden Bedingungen als zulässig anerkannt:

- a) ihr Bestand ist zeitlich begrenzt oder, falls es sich um unbefristete Verträge handelt, muss das Rücktrittsrecht für die Mitglieder vorgesehen sein;
- b) die Entscheidungen im Stimmblock fallen einstimmig oder, falls sie mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, haben sie für die Mitglieder nicht dingliche Wirkung.

Die erste Voraussetzung bedeutet nicht mehr als den praktischen Grundsatz des Nachteils für fortwährende Bindungen zur Anwendung bringen.

Die in der zweiten Voraussetzung enthaltene Ratio besteht hingegen aus dem Anspruch, den Gesellschafter nicht von der Möglichkeit auszuschließen, anders als die Mehrheit der Stimmblockmitglieder abzustimmen, womit ihm in der Tat das Stimmrecht bei der Hauptversammlung vorenthalten wird.

Dieses Ergebnis ist möglich, wenn die Stimmblockmitglieder einer oder mehreren Personen eine unwiderrufliche Vollmacht erteilen. Meist handelt es sich dabei um den Stimmblockdirektor oder über treuhändische Anteilseintragung auf eine Treuhandgesellschaft und den gleichzeitigen unwiderruflichen Auftrag aller Stimmblockmitglieder an die selbe Treuhandgesellschaft, gemäß von der Stimmblockmehrheit gefassten Beschluss abzustimmen.

Die Rechtsprechung gestattete in der vorhergehenden Bestimmung keine Stimmblocke mit Mehrheitsbeschlüssen und dingliche Wirkung auf der Grundlage folgender Begründungen:

- a) der Gesetzgeber vertrat die Ansicht, die Entscheidungsfindung müsse notwendigerweise in der Gesellschaft und über die Versammlungsmethode erfolgen;
- b) dass die Vollmacht weiters nur für jeweils eine Versammlung Gültigkeit besitzen könne und zu jedem Zeitpunkt widerrufbar sei;
- c) dass der Gesellschafter überdies sich nicht seines Stimmrechts entäußern könne und dass folglich die Stimmabgabe als erneute unabhängige Willensäußerung auf der Hauptversammlung wiederholt werden müsse und die Stimmblockversammlung nicht ausreiche.

Diese Grundsätze sind nunmehr allerdings einer sorgfältigen erneuten Analyse zu unterziehen und in Hinblick auf die neuen Bestimmungen zu den

gesellschaftlichen Nebenabsprachen und allgemein in Sachen Gesellschafterbeschlüsse und Voraussetzungen für die Stimmvollmacht bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu hinterfragen.

Der Gesetzgeber hat sich mit den Nebenabsprachen direkt erst im Zivilgesetzbuch, in den Artikeln 2341-bis und 2341-ter in Zusammenhang mit Aktiengesellschaften beschäftigt.

Das Gesetz enthält allerdings in der Hauptsache keine Bestimmungen zu Gültigkeit oder Ungültigkeit bestimmter Nebenabsprachetypen und versäumt somit eine wertvolle Gelegenheit. Es beschränkt sich lediglich darauf, die Höchstdauer der Nebenabsprachen festzusetzen und übernimmt zu diesem Zweck die vom Obersten Gerichtshof zum Ausdruck gebrachte Ausrichtung sowie auf die Eintragungspflicht, damit Bestand und Inhalt dem öffentlichen Markt zur Kenntnis kommen.

Die neuen Bestimmungen regeln Abkommen:

- a) die das Stimmrecht in Aktiengesellschaften oder Gesellschaften, die sie kontrollieren, zum Gegenstand haben;
- b) setzen Grenzen für die Übertragung entsprechender Aktien oder Beteiligungen an Gesellschaften, die sie kontrollieren;
- c) haben den auch gemeinschaftlich ausgeübten beherrschenden Einfluss auf diese Gesellschaften zum Gegenstand,

und sehen folgende zeitliche Einschränkungen fest:

- a) sie können nicht länger als fünf Jahre Bestand haben und gelten als für diese Dauer abgeschlossen auch wenn die Beteiligten eine längere Laufzeit vorgesehen haben;
- b) die Abkommen sind zum Verfallstermin erneuerbar;
- c) falls das Abkommen keine zeitliche Begrenzung vorsieht, kann jeder Beteiligte mit sechs Monaten Kündigungsfrist zurücktreten.

Einzige Ausnahme sind die zweckdienlichen Investitionsabkommen und Verträge für Zusammenarbeit in der Fertigung oder für den Güter- und Dienstleistungsaustausch und mit Gesellschaften, die vollständig im Besitz der Abkommensunterzeichner sind. In diesem Fall kommen die Einschränkungen nicht zur Anwendung, da es sich um zweitrangige Abkommen handelt.

Um solche Abkommen bekannt zu machen, sofern sie sich auf offene Aktiengesellschaften beziehen, die den Risikokapitalmarkt in Anspruch nehmen, ist vorgesehen:

In Gesellschaften, die den Risikokapitalmarkt in Anspruch nehmen, müssen die Nebenabsprachen:

- a) der Gesellschaft mitgeteilt und
- b) bei jeder Sitzungseröffnung erklärt werden. Die Erklärung ist ins Protokoll einzutragen, das bei der Handelskammer zu hinterlegen ist.

Wenn diese Erklärung nicht erfolgt ist (aber nicht, wenn sie der Gesellschaft nicht mitgeteilt wurde), können die Aktieninhaber, auf die sich die Nebenabsprache bezieht, ihr Stimmrecht nicht ausüben, und die mit ihrer entscheidenden Stimme genehmigten Gesellschaftsbeschlüsse sind gemäß ZGB Artikel 2377 anfechtbar.

162

Die Bestimmungen für die Laufzeit bei Nebenabsprachen kommen folglich bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung nur indirekt zur Anwendung, wenn die Gesellschaft eine Aktiengesellschaft unter Kontrolle hält.

Die Bestimmungen für die Bekanntmachungspflicht finden lediglich bei den Holding-Gesellschaften mit beschränkter Haftung Anwendung, die den Risikokapitalmarkt in Anspruch nehmen.

Übrigens fällt auf, dass die für Gründungsverträge bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingeräumte erhebliche Elastizität den Bedarf für Nebenabsprachen empfindlich einschränkt, da sie nunmehr schon in den Gründungsvertrag mit allgemeiner Auswirkung (erga omnes) aufgenommen werden können. Ausgenommen sind Fälle, in denen solche Absprachen aus Vertraulichkeitsgründen nicht ratsam scheinen.

Einzuschätzen bleibt nach wie vor die neue Möglichkeit für die Gesellschafter, Entscheidungen ohne Versammlung zu beschließen. Die Frage bleibt offen, ob das gesetzgeberische Schweigen in Zusammenhang mit Vollmachten bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch eine Neuausrichtung für die vorhergehende Rechtsprechung in Sachen Stimmblockbildung mit tatsächlicher Wirkung für Mehrheitsabstimmungen rechtfertigen kann.

Letztlich scheint noch der Hinweis bedeutend, dass Artikel 223-unicies in den von der Reform in das Zivilgesetzbuch eingeführten Durchführungsbestimmungen eigenartigerweise rückwirkend ist und festsetzt, dass die in Artikel 2341-bis vorgesehene fünfjährige zeitliche Beschränkung auf vor dem 1. Jänner 2004 abgeschlossene Nebenabsprachen zur Anwendung kommt und ab diesem Datum in Kraft tritt.

24. BETEILIGUNGSÜBERNAHME IN PERSONENGESELLSCHAFTEN, DIE UNBESCHRÄNKTE HAFTUNG ZUR FOLGE HABEN

Artikel 2361 im Zivilgesetzbuch ist eine durchaus innovative Bestimmung, da sie das bekannte und umstrittene Urteil Nr. 5636 vom 17. Oktober 1988 der vereinigten Zivilsenate des Kassationsgerichtshofs völlig umgestaltet. Der oberste Gerichtshof hatte verboten, dass sich Kapitalgesellschaften sowohl als Gesellschafter mit beschränkter wie auch mit unbeschränkter Haftung an Personengesellschaften beteiligen. Nun ist es den Aktiengesellschaften ausdrücklich erlaubt, Beteiligungen an anderen Gesellschaften zu erwerben, die unbeschränkte Haftung für die Verpflichtungen dieser Gesellschaften bewirken.

163

Damit sind in der Gestalt Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung der Zeichnung und dem Anteilserwerb an einfachen Gesellschaften, offenen Handelsgesellschaften und einfachen Kommanditgesellschaften Tür und Tor geöffnet.

2362 (Beteiligungen)

Absatz 1 „omissis“

Absatz 2

Der Beteiligungserwerb an anderen Unternehmen, der für die Verpflichtungen dieser Unternehmen unbeschränkte Haftung bewirkt, muss von der Versammlung beschlossen werden. Die Verwalter vermitteln im Zusatzbericht zur Bilanz die erforderlichen Informationen zu diesen Beteiligungen.

Wenn Größeres im Kleineren enthalten ist, scheint es offensichtlich, dass eine AG in einer einfachen Kommanditgesellschaft Kommanditist werden kann ohne sich an die im Zivilgesetzbuch, Artikel 2361 genannten Bedingungen halten zu müssen.

Das Problem liegt im Umstand, dass für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung keinerlei ähnliche Bestimmung vorgesehen ist. Folglich wäre zu klären, ob dieser Mangel auf eine ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen ist oder um ein Versehen und ob sich in diesem Fall aus der oben genannten Bestimmung ein allgemeiner Grundsatz für Kapitalgesellschaften herausschälen lässt. In der Tat nennt der Gesetzgeber in den Abschlussbestimmungen zur Gesetzesverordnung Nr. 6/2003, Art. 111-duodecies ausdrücklich die Gesellschaften mit beschränkter Haftung als mögliche Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung in Personengesellschaften. Daraus lässt sich ableiten, dass Artikel 2361, Absatz 2 einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck bringt, der für alle Kapitalgesellschaften (vgl. Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung) gilt.

164

Weiters ist anzunehmen, dass der Gründungsvertrag für Gesellschaften mit beschränkter Haftung – der sich von dem für Aktiengesellschaften unterscheidet – die Verwalter von der Verpflichtung entheben kann, vorab die Gesellschaftergenehmigung einzuholen, da Gesellschafter in Gesellschaften mit unbeschränkter Haftung berechtigt sind, die Befugnisse und Aufgaben völlig unabhängig auf Gesellschafter und Verwalter zu verteilen.

BETEILIGUNGSÜBERNAHME IN GESELLSCHAFTEN, DIE UNBESCHRÄNKTE HAFTUNG BEWIRKEN

Beteiligungstypen:

- a) Gesellschafter in offener Handelsgesellschaft
- b) Komplementär in einfacher Kommanditgesellschaft
- c) Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung in einfacher Gesellschaft

Die erforderlichen Voraussetzungen:

- a) sofern der Gründungsvertrag keine anders lautenden Bestimmungen enthält, die Genehmigung über die Gesellschafterversammlung,

- b) die Verpflichtung für die Verwalter, im Zusatzbericht zur Bilanz ausdrücklich darauf hinzuweisen.
- c) falls alle ihre im Zivilgesetzbuch, Artikel 2361, Abs. 2 genannten Gesellschafter Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind, müssen offene Handelsgesellschaften oder einfache Kommanditgesellschaften ihre Bilanz nach den für Aktiengesellschaften vorgesehenen Bestimmungen erstellen. Weiters müssen sie gemäß Gesetzesverordnung Nr. 127 vom 9. April 1991, Artikel 26 die konsolidierte Bilanz erstellen und hinterlegen.

Wichtig ist, dass die gemäß Zivilgesetzbuch, Art. 2361 für Aktiengesellschaften geltende Bestimmung für Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht wiederholt wird, die Beteiligungen an anderen Unternehmen untersagt, auch wenn sie in den Satzungen allgemein vorgesehen sind, falls Ausmaß und Gegenstand der Beteiligung den satzungsgemäßen Gesellschaftszweck wesentlich verändern würden.

165

Das bürgerliche Gesetzbuch behält in Artikel 2479 der Gesellschafterversammlung unabdingbar die Befugnisse für Entscheidungen in Zusammenhang mit Tätigkeiten vor, die für den Gesellschaftszweck wesentliche Veränderungen bewirken.

Aus diesem Bestimmungsrahmen leitet sich ab, dass die Verwalter Beteiligungen in einer Größenordnung übernehmen können, die den Gesellschaftszweck konkret verändert, sofern die Gesellschafterversammlung vorab ihre Zustimmung erteilt hat. Die Gesellschafterversammlung kann sich allerdings darauf beschränken, den Vorgang selbst zu entscheiden und ist nicht genötigt, gleichzeitig auch die Veränderung für den Gesellschaftszweck zu beschließen, wie es im Gründungsvertrag bestimmt ist.

Anders gesinnten Gesellschaftern steht im Gegenzug ex lege gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 2473, das Rücktrittsrecht zu.

Der Umstand, dass vorab kein Gesellschafterbeschluss stattgefunden hat, kann lediglich in dem in Artikel 2475-bis vorgesehenen Umfang angefochten werden.

25. NICHTIGKEIT

Die Regelung, ob eine Gesellschaft nichtig ist oder nicht, unterscheidet sich wesentlich vom Zeitpunkt: ob vor oder nach der Eintragung ins Handelsregister.

25.1. NICHTIGKEIT VOR DER EINTRAGUNG INS HANDELSREGISTER

Vor der Eintragung ins Handelsregister besteht die Gesellschaft nicht als Rechtsperson und der Gründungsvertrag untersteht den allgemeinen Nichtigkeitsbestimmungen für Verträge gemäß Artikel 1418 (u. ff.).

Analog dazu, falls die Gründer beabsichtigen, die Gesellschaft nicht mehr am Leben zu halten, wird es weder erforderlich noch möglich sein, die Auflösung zu beschließen, da sie ja noch nicht besteht. Sie müssen einvernehmlich in der selben Form wie für den Gründungsvertrag – also mit öffentlicher Urkunde – gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 1372 eine gegenseitige Widerspruchs-erklärung abfassen, in der sie den Gründungsvertrag für nichtig erklären. Kraft dieser Erklärung ist der Notar, der den Gründungsvertrag erhalten hat, von der Verpflichtung befreit, ihn im Handelsregister zu hinterlegen.

166

25.2. NICHTIGKEIT NACH DER EINTRAGUNG INS HANDELSREGISTER

Sobald die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist, entsteht eine neue Rechtsperson, die Beziehungen zu Dritten unterhalten kann. Diese Dritten sind angemessen zu schützen.

Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber es für richtig erachtet, die Nichtigkeitsklagen auf nach diesen Zeitpunkt und auf bestimmte, strikt angeführte Fälle zu beschränken.

Die Nichtigkeit wird für die Gesellschaft weiters zu einer Auflösungsursache und beeinträchtigt im Namen der Gesellschaft getätigte Rechtsgeschäfte keineswegs, die im Unterschied zum allgemeinen Grundsatz *quod nullum est nullum effectum producere potest* (was nicht gilt, kann nichts bewirken) ihre Gültigkeit durchaus behalten.

Für die Nichtigkeitsklage wird ausnahmsweise auch die Heilung zugelassen.

Der Gesetzgeber hat in der Reform die früheren Bestimmungen zum Wesen und zu den Auswirkungen nicht verändert. Dafür hat er die erste EU-Richtlinie übernommen und die als Durchführung zum DPR Nr. 1127 vom 29. Dezember 1969 vorgesehenen Möglichkeiten drastisch verringert.

Die im neuen Wortlaut getroffene Entscheidung unternimmt den Versuch, Mängel in der Gründungsphase auf in den Bestimmungen vorgesehene Fälle einzuschränken und Möglichkeiten auszuschließen, die konkret nur schwer, wenn nicht unmöglich durchführbar sind und in Wirklichkeit auch nie aufgetreten sind, aber immerhin nicht unerhebliche Zweifel zum Auslegungssystem bewirkt und damit Ausrichtungen ins Leben gerufen haben, die den bindenden Grundsatz der vorschriftsmäßigen Nichtigkeitsklagen gefährden könnten.

Zu der Heilung für die Nichtigkeitsklagen wurde zudem festgestellt, dass der Nichtigkeitsausschluss nicht nur wie im ursprünglichen Wortlaut im Gesetzbuch vorgesehen über Gründungsvertragsänderungen erfolgt: damit wäre es möglich, auf einen derartigen Nichtigkeitsausschluss auch in Fällen zurückzugreifen, in denen Gründungsvertragsänderungen technisch nicht anwendbar sind (etwa bei Nichtigkeit, weil die öffentliche Beurkundung fehlt und über eine von den Gesellschaftern getätigte Wiederholung).

167

NICHTIGKEIT NACH DER EINTRAGUNG INS HANDELSREGISTER

Die Gesellschaft kann nur in folgenden Fällen für nichtig erklärt werden:

- 1) der Gründungsvertrag wurde nicht als öffentliche Urkunde abgefasst;
- 2) unrechtmäßiger Gesellschaftszweck;
- 3) im Gründungsvertrag fehlen Angaben zu auch nur einem der folgenden Gegenstände:
 - a) Gesellschaftsbezeichnung,
 - b) Einlagen
 - c) Gesellschaftskapital
 - d) Gesellschaftszweck.

Die Nichtigkeitserklärung beeinträchtigt die im Namen der Gesellschaft nach der Eintragung ins Handelsregister ausgeführten Tätigkeiten nicht.

Die Gesellschafter sind von der Einlagepflicht so lange nicht befreit, bis die Gesellschaftsgläubiger ausbezahlt sind.

Im Urteil, das die Nichtigkeit erklärt, werden die Liquidatoren ernannt.

Die Nichtigkeit kann nicht erklärt werden, wenn ihre Ursache ausgeräumt wurde und dieser Vorgang mit Eintragung ins Handelsregister öffentlich erklärt wurde.

Die Verwalter oder die gemäß Absatz 4 ernannten Liquidatoren sind angehalten, das Nichtigkeitsurteil ins Handelsregister einzutragen.

26. UMBILDUNG

168

26.1. ALLGEMEINE REFORMGRUNDSÄTZE FÜR DIE UMBILDUNG

Das Ermächtigungsgesetz gibt in Artikel 7 folgende Grundsätze an:

- 1) das Verfahren vereinfachen und genau bestimmen;
- 2) Möglichkeiten, Bedingungen und Einschränkungen für verschiedenartige Umbildungen regeln;
- 3) Bestimmungen einführen, die Umbildungen von Personen- in Kapitalgesellschaften begünstigen.

Damit hat der Gesetzgeber die Ermächtigungsgrundsätze zur Anwendung gebracht und die vorhergehenden Bestimmungen erheblich erweitert und erneuert.

Die allgemeinen Reformgrundsätze in schematischer Darstellung sind:

- 1) Allgemein steht im Vordergrund, dass grundsätzlich die rechtlichen Beziehungen weiter bestehen (ZGB, Art. 2489, Abs. 3, letzter Teil) und von der Körperschaft vor der Umbildung zur umgewandelten Form lediglich Veränderungen und keine Neugründung oder Nachfolge stattgefunden haben, wobei von vorneherein das Missverständnis aus dem Weg geräumt

und geklärt wurde, dass die weiter bestehenden Rechtsbeziehungen sich auch auf die Gerichtsverfahren beziehen.

- 2) Der Gesetzgeber hat weiters vorgesehen, dass auch Konkursverfahren vereinbar sind. Ausgeschlossen sind lediglich die Fälle, in denen diese Vereinbarkeit konkret nicht besteht. Tatsächlich kann die Umbildung für das Gesellschaftsunternehmen einen Vorteil bewirken: bei einer Umbildung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung würden die Verfahrenskosten sinken. Die vorhergehende Rechtsprechung war in diesem Punkt sehr unsicher.
- 3) Der neue, aus der Fusion abgeleitete Grundsatz wurde eingeführt, demzufolge die Umbildung ab der letzten Pflichteintragung wirksam wird, um die korrekte Information Dritter zu ermöglichen.
- 4) Artikel 2500-bis führt eine weitere wesentliche Neuerung ein und gibt der Sicherheit für Dritte den Vorzug. Hier wurde eine Bestimmung übernommen, die bei den Fusionen schon gut funktioniert hat: nach der Bekanntmachung kann die Umbildung nicht mehr als ungültig erklärt werden. Nur noch allfällige Schadenersatzansprüche sind zu regeln.
- 5) Um das Verfahren zu vereinfachen und um die Umbildung von Personen in Kapitalgesellschaften zu begünstigen, wurde nicht nur die Möglichkeit für Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen, deren Grundlage auf jeden Fall eine einstimmige Gesellschaftsvertragsänderung darstellt (vgl. ZGB, Art. 2252), auch der Gründungsvertrag bestätigt stillschweigend die mehrheitliche Entscheidungsfindung.
- 6) Der Gesetzgeber hat weiterhin beschlossen, sich der Ansicht anzuschließen, dass nicht das gesamte Nettovermögen dem Gesellschaftskapital anzurechnen sei. In diesem Fall empfiehlt es sich, als Höchstkapital den genannten Wert einzusetzen und damit die mehrheitliche theoretische Ausrichtung sowie gegenständliche Rechtsprechung zu übernehmen.
- 7) Bei der Kapitalaufteilung wurden die Bestimmungen gemäß ZGB, Art. 2500 neu aufgelegt, aber auch die Zuteilung zu Gunsten der arbeitenden

Gesellschafter geregelt und auf jeden Fall die Beteiligungen der anderen Gesellschafter anteilig gekürzt. Bei den Bestimmungen in Zusammenhang mit der Umbildung von Personen- in Kapitalgesellschaften wurde die Bestimmung für Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung und die Zustimmungsannahme zu ihrer Freistellung gemäß Art. 2499 erneuert.

8) Bei der Umbildung von Kapital- in Personengesellschaften wurde der mehrheitlich beschlossenen Umbildung der Vorzug gegeben (auch bei den derzeitigen Bestimmungen einsichtig), da der Gesellschafter auf jeden Fall durch das Rücktrittsrecht geschützt ist. Jedenfalls bleibt die Möglichkeit bestehen, in den Satzungen anders lautende Bestimmungen vorzusehen. Da die mehrheitliche Beschlussmöglichkeit missbräuchliche Anwendung nicht ausschließt, empfiehlt es sich, die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen, die unbeschränkte Haftung übernehmen könnten (etwa in Aktienkommanditgesellschaften). Die Verwalter sind angehalten, einen eigenen Bericht zu erstellen, damit die Gesellschafter volle Kenntnis vom Vorgang und auch von den technischen Begründungen erhalten, besonnener beschließen und unter Umständen zurücktreten können. Diese neue Bestimmung findet überdies auch in anderen Regelwerken Entsprechung, etwa in Deutschland.

170

9) Bei den verschiedenartigen Umbildungen (Zweck und Körperschaft) handelt es sich um eine ausnehmend innovative Bestimmung, die allerdings nur bei Umbildung in Kapitalgesellschaften oder Umbildungen aus Kapitalgesellschaften Anwendung findet. In der Ermächtigung sind Möglichkeiten, Bedingungen und Einschränkungen für die verschiedenartigen Umbildungen geregelt und die öffentliche Beurkundung durch eine Übergangsbestimmung geschützt, die es vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen gegründeten Vereinen und Stiftungen gestattet, sich in Kapitalgesellschaften umzuwandeln, sofern keine Abweichungen von den ursprünglichen Steuerbestimmungen für mit dem Beitrag Dritte oder mit besonderen Steuererleichterungen aufgebauten Fonds oder Werte damit verbunden sind (in diesem Fall vorbehaltlich erfolgter Steuerzahlungen). Aus Rationalisierungsgründen empfiehlt es sich, die Vorgänge in einer einzigen Umbildung erfolgen zu lassen, wobei die daraus hervorgehende Körperschaft die Rechte und Pflichten der umgewandelten Körperschaft

übernimmt. Das entspricht auch den jüngsten Ausrichtungen – auch in der Rechtsprechung – die die Umbildungen im Wesentlichen als zulässiges Mittel betrachten, um Konflikte in Zusammenhang mit der Rechtsform bei Unternehmen beizulegen. So sind für verschiedenartige Umbildungen qualifizierte Mehrheiten vorgesehen und für die Gläubiger wie bei den Bestimmungen für die Fusionen Einspruchsmöglichkeiten eingeräumt. Um Dritte zu schützen, wurden bei diesen Umbildungen als Wirksamkeitstermin sechzig Tage ab der letzten Pflichterfüllung vorgesehen.

26.2. ALLEN UMBILDUNGEN GEMEINSAME GRUNDSÄTZE

Der Gesetzgeber hat das Umgebungsverfahren geregelt und im Vorfeld für alle Umgebungsformen gültige allgemeine Grundsätze angeführt. In der Folge sind folgende Umgebungsstypen gewissenhaft und analytisch geregelt:

- a) Umbildung von Personen- in Kapitalgesellschaften
- b) rückläufige Umbildung von Kapital- in Personengesellschaften
- c) verschiedenartige Umbildung aus Kapitalgesellschaften
- d) verschiedenartige Umbildung in Kapitalgesellschaften.

171

1) Weiter bestehende Rechtsbeziehungen

Nach der Umbildung behält die umgewandelte Körperschaft die Rechte und Pflichten auch für Prozessbeziehungen bei, die von der Körperschaft vor der Umbildung begonnen worden waren.

2) Einschränkungen

Der Grundsatz wird eingeführt, dem zufolge auch eine mit Konkursverfahren belastete Körperschaft umgewandelt werden kann, sofern keine Unvereinbarkeit zum Zweck oder zum Zustand besteht.

3) Inhalt, Bekanntmachung und Wirksamkeit

Die Umbildung jeder Körperschaft in Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung muss aus einer

öffentlichen Urkunde hervorgehen, die alle für den jeweiligen gewählten Gründungsvertragstyp vom Gesetz vorgesehenen Angaben enthält.

4) Bekanntmachung

Die Umbildung bewirkt zwei Bekanntmachungsverpflichtungen (vgl. Art. 2500):

- a) die für den gewählten Körperschaftstyp;
- b) die erforderlichen, um die Körperschaft zu löschen, die sich umwandelt.

5) Wirksamkeit

Ein neuer Grundsatz wird eingeführt, dem zufolge die Umbildung Wirksamkeit besitzt:

a) Bei gleichartiger Umbildung lediglich ab dem Zeitpunkt, an dem die letzte der oben angeführten Bekanntmachungsauflagen erfüllt ist.

b) Bei verschiedenartiger Umbildung erst sechzig Tage nach der letzten erfüllten Bekanntmachungsaufgabe, außer wenn die Gläubiger zustimmen oder die Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, ausbezahlt werden. Die Gläubiger können binnen dieser sechzig Tage bei Gericht Einspruch einlegen. Falls das Gericht keine Gefahr feststellt, dass die Gläubiger benachteiligt werden können oder die Körperschaft angemessene Sicherheit leistet, kann es verfügen, dass die Umbildung trotz Einspruch stattfindet (vgl. Art. 2500-novies).

6) Nichtigkeit

Der Gesetzgeber hat auch in Sachen Umbildung (vgl. Art. 2500-bis) die schon früher bei Fusionen und Abspaltungen gültige Einschränkung für Anfechtungen eingeführt, um erhöhte Sicherheit für den Ablauf zu gewährleisten.

Sobald also die letzte für die Umbildung erforderliche Bekanntmachungspflicht erfüllt ist, kann die Umbildung nicht mehr als nichtig erklärt werden. Allfällige Schadenersatzansprüche bleiben bestehen:

- a) für Beteiligte an der umgewandelten Körperschaft
- b) für von der Umbildung geschädigte Dritte.

26.3. GLEICHARTIGE UMBILDUNG VON PERSONENGESELLSCHAFTEN IN GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG

Der Gesetzgeber ist teilweise von den früheren Bestimmungen abgewichen, die bei Umbildung von Personen- in Kapitalgesellschaften die Zustimmung aller Gesellschafter erforderten, da es sich um Änderungen um Gesellschaftsvertrag handelte und führte den Grundsatz für Entscheidungen mit nach Gewinnbeteiligung errechneter einfacher Mehrheit ein. Andererseits steht den nicht einverstandenen Gesellschaftern *ex lege* (von Gesetz wegen) das Austrittsrecht zu.

Auf jeden Fall bleibt die Möglichkeit bestehen, dass in den Gesellschaftsabkommen für die Umbildung ausdrücklich die Zustimmung erforderlich ist. Falls die Gesellschaftsabkommen keine entsprechenden Bestimmungen enthalten, kommt der Mehrheitsgrundsatz zur Anwendung und gilt als gebräuchlich.

Falls Gesellschafter in Personengesellschaften diese vereinfachte Entscheidungsform nicht wünschen, sind sie gut beraten, die Gesellschaftsabkommen rechtzeitig entsprechend abzuändern.

Die Umbildung von Personengesellschaft in Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird beschlossen:

- a)** Mit der Zustimmung der Gesellschaftermehrheit. Die Mehrheit wird nach dem jedem vom Gewinn zustehenden Anteil errechnet. Gesellschaftern, die nicht an der Entscheidung teilgenommen haben, steht auf jeden Fall das Austrittsrecht zu.
- b)** Mit anderen Mehrheiten oder einstimmig, falls diese Lösungen in den Gesellschaftsabkommen ausdrücklich vorgesehen sind.

Fachmännisches Gutachten

Der Gesetzgeber hat sich weiters mit dem heiklen Problem in Zusammenhang mit den Richtlinien auseinandergesetzt, denen zufolge das Gutachten zu erstellen ist und sich die Auffassung zu eigen gemacht, dass das Kapital der umgewandelten Gesellschaft auf der Grundlage der zum Umwandlungszeitpunkt gegenwärtigen Vermögenslage nach Aktiva und Passiva und nicht nach den aus der Bilanz gewonnenen Werten errechnet wird.

Folglich kann der Fachmann bei Bedarf auch Erträge aufwerten, auch wenn dieses Verfahren bislang von einigen maßgeblichen Gerichten, vor allem dem in Mailand, nicht anerkannt wurde, das es für erforderlich hielt, die Gutachten nach den unveränderlichen und zeitlich ungebundenen Bilanzgrundsätzen erstellen zu lassen (allerdings forderte das Gericht in Mailand von der Gesellschaft gleichzeitig eine Ad-hoc-Bilanz für den Zeitraum zwischen der letzten ordentlichen Bilanz und der Umbildung, einerseits, weil das die Steuergesetzgebung – Einheitstext II. D. – so vorsieht, andererseits, um die arbeitenden Gesellschafter zu schützen).

174

Die Umbildung ist auf der Grundlage eines von einem Fachmann, einer ins Verzeichnis der Rechnungsprüfer eingetragenen Rechnungsprüfer oder einer ins entsprechende Verzeichnis eingetragenen Buchprüfungsgesellschaft erstellten beeideten Gutachten zu beschließen.

Der Fachmann wird nunmehr direkt von der Gesellschaft und nicht mehr vom Gerichtsvorsitzenden ernannt.

Der Bericht muss enthalten:

- a) die Beschreibung mit Aktiv- und Passivsaldo sowie Vermögen der Gesellschaft, die sich umwandelt,
- b) die angewandten Bewertungsrichtlinien,
- c) die Bestätigung, dass der Wert zumindest dem für die Gesellschaftskapitalbestimmung zu Grunde gelegten entspricht.

Das Gutachten muss dem Umwandlungsvertrag beigelegt sein. Dieser ist als öffentliche Urkunde abzufassen und muss alle in einem Gründungsvertrag für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung erforderlichen Angaben enthalten.

Gesellschaftskapital nach der Umbildung

Das aus der Umbildung entstandene Gesellschaftskapital darf nicht weniger als 10.000 € betragen, das ist der für Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgesehene Mindestbetrag, der im Gutachten ausgewiesen werden muss und der auf keinen Fall unterschritten werden darf.

Falls sich aus dem Gutachten ergibt, dass das Gesellschaftsnettovermögen geringer als 10.000 € ist, muss unverzüglich eine Kapitalerhöhung erfolgen, bis der vom Gesetz geforderte Mindestbetrag erreicht ist. Zu diesem Zweck können alle für die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugelassenen Einlagen unter Beachtung der entsprechenden Formalitäten und Bestimmungen in Anspruch genommen werden.

Falls das ermittelte Gesellschaftskapital 120.000 € oder mehr beträgt, ist auch ein Aufsichtsrat zu ernennen.

175

Die Gesellschaft, die sich umwandelt, kann allerdings beschließen, nicht das gesamte Nettovermögen als Gesellschaftskapital anzurechnen und kann einen Teil unter der Bedingung auf die Rücklagen überstellen, dass der vom Gesetz für das Kapital vorgeschriebene Mindestbetrag nicht unterschritten wird.

Das Gesellschaftskapital ist in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach den in der umgewandelten Gesellschaft gehaltenen Anteilen zu verteilen. Andere als anteilige Zuerkennungen im Verhältnis zu den vor der Umbildung gehaltenen Anteilen sind für das Gesellschaftskapital folglich nicht zulässig. Als einzige Ausnahme hat der Gesetzgeber die Regelung eingeführt, durch die das heikle Problem mit den arbeitenden Gesellschaftern gelöst werden soll.

Nunmehr wird dem arbeitenden Gesellschafter ausdrücklich das Recht auf einen Anteil (*rectius*: Beteiligung) am Gesellschaftskapital der aus der Umbildung hervorgegangenen Gesellschaft zuerkannt.

Die ihm zustehende Beteiligungshöhe wird wie folgt festgesetzt:

- a) im Verhältnis zur Beteiligung, die ihm der Gründungsvertrag vor der Umbildung anerkannte

- b) falls es hier keine Angaben gab, von den Gesellschaftern im gemeinsamen Einverständnis
- c) falls es auch kein Einverständnis zwischen den Gesellschaftern gab, entscheidet der Richter nach Billigkeit.

Die Beteiligungen für die anderen Gesellschafter werden entsprechend anteilig gekürzt.

Gesellschafterhaftung

Hier wird der Grundsatz noch einmal bekräftigt, dass die Umbildung die Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung keineswegs ihrer von der Gesellschaft vor den Auflagen gemäß Artikel 2500 eingegangenen Verpflichtungen enthebt, sofern nicht feststeht, dass die Gesellschaftsgläubiger ihre Zustimmung zur Umbildung erteilt haben.

176

Die Zustimmung wird allerdings als erteilt angenommen, wenn die mit Einschreibebrief oder anderen Mitteln, die den Empfang gewährleisten, vom Umbildungsbeschluss verständigten Gläubiger binnen sechzig Tagen ab Erhalt der Mitteilung ihre Zustimmung nicht ausdrücklich verweigert haben.

26.4 GLEICHARTIGE RÜCKLÄUFIGE UMBILDUNG VON GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG IN PERSONENGESELLSCHAFT

Für die Umbildung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist von Gesetz wegen (vgl. Art. 2479) unabdingbar die Versammlung zuständig. Folglich ist das entsprechende Protokoll von einem Notar als öffentliche Urkunde auszufertigen.

Wie schon erwähnt, hat der Gesetzgeber endgültig zwischen den unterschiedlichen von der Rechtsprechung und Rechtslehre in diesem Zusammenhang bemühten Thesen Klarheit geschaffen und vorgesehen, dass die Umbildung in Personengesellschaft mit einfacher Mehrheit beschlossen werden kann. Im Besonderen handelt es sich um die im Gründungsvertrag der Gesellschaft mit beschränkter Haftung für Gründungsvertragsänderungen als erforderlich aus-

gewiesene Mehrheit, aber gleichzeitig ist auch die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig, die eine unbeschränkte Haftung übernehmen müssen (Komplementäre, Gesellschafter in offenen Handelsgesellschaften, Gesellschafter in einfachen Gesellschaften). Hier wird dem Grundsatz stattgegeben, dass die Entscheidung, unbeschränkte Haftung zu übernehmen, ein tatsächlich subjektives Recht darstellt und vom Gesellschafter als sein Inhaber in Anspruch genommen werden kann.

Nicht mit der Entscheidung einverständenen Gesellschaftern steht von Gesetz wegen das Austrittsrecht zu (vgl. Art. 2473).

Auf jeden Fall bleibt die Möglichkeit bestehen, dass der Gründungsvertrag für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung andere Beschlussfähigkeiten vorsieht, wobei es nach wie vor notwendig ist, die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen, die mit der Umbildung unbeschränkte Haftung übernehmen sollen.

Die Verwalter sind angehalten, einen Bericht vorzubereiten, der die Begründungen für die Umbildung sowie die Auswirkungen erläutert, um auch den Gesellschaftern, die beschränkte Haftung übernehmen, eine überlegte und bewusste Entscheidung zu ermöglichen.

177

Eine Abschrift vom Bericht muss dreißig Tage lang vor der für den Umbildungsbeschluss einberufenen Versammlung im Gesellschaftssitz aufliegen. Die Gesellschafter sind berechtigt, Einsicht zu nehmen und können eine kostenlose Abschrift erhalten. Diese Frist ist mit der Zustimmung aller Gesellschafter zweifellos abweichbar, da sie ausschließlich zu ihren Gunsten vorgesehen ist.

Gesellschaftskapital nach der Umbildung

Da für Personengesellschaften kein Mindestkapital festgesetzt ist, kann der dafür vorgesehene Betrag von den Gesellschaftern bei der Beschlussfassung nach freiem Ermessen vorgesehen werden.

Jeder Gesellschafter hat Anspruch auf einen Anteil im Verhältnis zum Wert der von ihm gehaltenen Anteile oder Aktien.

Entsprechend ist auch keinerlei fachmännisches Gutachten vorgesehen.

Maßnahmen in Zusammenhang mit der Umbildung

Wenn es ein Rechnungsprüferkollegium oder einen Buchprüfer gab, sind sie selbstverständlich abzuschaffen.

Falls Schuldbriefe ausgegeben wurden, ist es erforderlich, das Darlehen vor dem Umbildungsbeschluss vollständig zu tilgen, da Personengesellschaften keine Schuldbriefe ausgeben können.

Gesellschafterhaftung

178 Die Gesellschafter, die nach der Umbildung unbeschränkte Haftung übernehmen (Komplementäre, Gesellschafter in offenen Handelsgesellschaften oder in einfachen Gesellschaften mit unbeschränkter Haftung) haften ebenfalls unbeschränkt auch für die vor der Umbildung eingegangenen und selbstverständlich für die zukünftigen Verpflichtungen der aus der Umbildung hervorgegangenen Gesellschaft.

In Anbetracht eben dieser schweren Verantwortung hat der Gesetzgeber zum Schutz dieser Gesellschafter ihre ausdrückliche Zustimmung zur Umbildung gefordert.

26.5 GLEICHARTIGE UMBILDUNG VON GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG IN AKTIENGESELLSCHAFT

Der Gesetzgeber setzt sich mit diesem Umbildungstyp nicht auseinander. Auf alle Fälle und unabdingbar ist dafür die Versammlung zuständig, die mit den für Gründungsvertragsänderungen vorgesehenen Mehrheiten beschließt, sofern keine anders lautenden Abkommen vorliegen (vgl. Art. 2479). Das Protokoll wird von einem Notar als öffentliche Urkunde ausgefertigt. Nicht einverstandenen Gesellschaftern steht von Gesetz wegen das Recht zu, aus der Gesellschaft auszutreten (vgl. Art. 2473).

Es ist keinerlei fachmännisches Gutachten erforderlich, da die Umbildung auf der Bilanzgrundlage einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beschlossen wird.

Gesellschaftskapital

Aus der Bilanz muss für die Gesellschaft, die sich umwandelt, mindestens das für Aktiengesellschaften vorgesehene Mindestvermögen in Höhe von 120.000 € hervorgehen. Falls dieser Mindestbetrag nicht erreicht werden sollte, ist vorab nach den für Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgesehenen Verfahren eine Kapitalerhöhung vorzunehmen.

Die Gesellschaft muss die Aktien den Gesellschaftern im Verhältnis zu den vorher gehaltenen Beteiligungen zuteilen, ausgenommen sind lediglich die Fälle, in denen es in der Gesellschaft für beschränkte Haftung arbeitende Gesellschafter gab.

Hier stellt sich die – vom Gesetzgeber nicht beantwortete – Frage, ob für die Kapitalbestimmung in der Aktiengesellschaft der allfälligen Arbeits- oder Dienstleistungen beigemessene Wert zu berücksichtigen sei oder nicht, die nicht als Einlage in die Aktiengesellschaft zulässig sind. Eben auf der Grundlage dieser Überlegung ist wahrscheinlich der negativen These der Vorzug zu geben, auch wenn sich daraus das Problem ergibt, wie die Aktien der Gesellschafter zuzuteilen sind, die in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihre Beteiligungen mit solchen Einlagen freigestellt haben. Folgerichtig würde scheinen, die Bestimmung gemäß Art. 2500-querter für arbeitende Gesellschafter in Personengesellschaften zur Anwendung zu bringen und die den anderen Gesellschaftern zugeteilten Aktienanteile entsprechend zu kürzen.

Falls der Mindestbetrag von 120.000 € nicht erreicht würde, weil diese Einlagen nicht mitgezählt wurden, wäre eine Kapitalerhöhung erforderlich, um die genannte Schwelle zu erreichen.

Maßnahmen in Zusammenhang mit der Umbildung

Notwendigerweise ist gemäß Art. 2409-bis das Buchprüfungsgremium (Aufsichtsrat, Buchprüfer, Buchprüfungsgesellschaft) vorzusehen. Weiters ist auch ein Kontroll- und Aufsichtsgremium nach einem für die Aktiengesellschaft vorgesehenen Modell (traditionelles, dualistisches und monistisches System) einzurichten.

Eventuell ausgegebene Schuldbriefe können unter der Bedingung beibehalten werden, dass die für Aktiengesellschaften vorgesehenen Grenzwerte Berücksichtigung finden, andernfalls ist die Schuld je nach Gesetzeslage vollständig oder teilweise zu tilgen.

26.6. GLEICHARTIGE UMBILDUNG VON GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG IN AKTIENKOMMANDITGESELLSCHAFT

180

Für diese Umbildung gilt dasselbe wie für die Umbildung in Aktiengesellschaft. Der Beschluss erfordert freilich analog zu den Bestimmungen gemäß Art. 2500-sexies auch die Zustimmung der Gesellschafter, die zu Komplementären werden, da sie zu Gesellschaftern mit unbeschränkter Haftung werden (vgl. Art. 2452).

Auch wenn dieser Fall vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgesehen wurde, ist doch davon auszugehen, dass es sich um die einzig machbare Lösung handelt, da die Bestimmungen gemäß Art. 2500-sexies – auch wenn sie die rückläufige Umbildung in Personengesellschaft betreffen – einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck bringen und somit allseitig anwendbar sind.

26.7. GLEICHARTIGE UMBILDUNG VON AKTIENGESELLSCHAFT IN GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG

Der Gesetzgeber hat sich mit dieser Umbildungsform nicht besonders genau auseinandergesetzt.

Für die Entscheidung ist auf alle Fälle die außerordentliche Versammlung mit den gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 2368 und 2380 erforderlichen Mehrheiten zuständig (vgl. Art. 2365).

Das Protokoll ist von einem Notar als öffentliche Urkunde auszufertigen.

Nicht einverstandenen Gesellschaftern steht gemäß Zivilgesetzbuch, Art. 2347 das Rücktrittsrecht zu.

Da die Umbildung auf der Bilanzgrundlage der Aktiengesellschaft erfolgt, ist kein fachmännisches Gutachten erforderlich.

Gesellschaftskapital

Aus der Bilanz muss sich für die Gesellschaft ein Nettovermögen von mindestens 10.000 € ergeben, das ist der für Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgeschriebene Mindestbetrag.

Falls dieser Mindestbetrag auf Grund der von der Aktiengesellschaft erlittenen Verluste nicht erreicht wird, ist vorab gemäß dem für die Aktiengesellschaft vorgesehenen Verfahren eine Kapitalerhöhung vorzunehmen.

Aktiengesellschaften mit höherem Gesellschaftskapital können gleichzeitig mit dem Umbildungsbeschluss eine freiwillige Kapitalkürzung vornehmen, allerdings kommt diese Kürzung erst drei Monate nach der gemäß Artikel 2445 erfolgten Eintragung ins Handelsregister zur Ausführung.

Falls ein Anleihetitel ausgegeben wurde, sind außerdem die Bestimmungen gemäß Zivilgesetzbuch, Art. 2413 zu beachten.

Die Gesellschaft muss den Gesellschaftern die Beteiligungen im Verhältnis zu den vorher gehaltenen Aktien zuteilen. Zu diesem Zweck zieht sie die ausgegebenen Aktien zurück und entwertet sie.

Falls unterschiedliche Aktientypen ausgegeben wurden, können die jeweiligen Aktieninhaber nicht unterschiedlich behandelt werden, da in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine unterschiedlichen Beteiligungstypen zugelassen sind (vgl. Art. 2468).

Weiters ist zu ergründen, ob es möglich ist, ausgegebene Anleihetitel beizubehalten, da auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung allgemein die

Möglichkeit besteht, Schuldverschreibungen auszugeben. Die einzige Einschränkung ist die Verpflichtung, die Erstzeichnung von professionellen Investoren vornehmen zu lassen.

Falls die Anleihe noch nicht veräußert wurde, kann sie unter der Bedingungen beibehalten werden, dass nur die genannten Träger zeichnen.

Falls die Anleihe schon vollständig veräußert wurde, bleibt die Frage offen, ob die Schuld vollständig zu tilgen sei oder nicht, da die Zeichnungspflicht für professionelle Investoren ja nur für die Erstzeichnung und nicht für die späteren Ausgaben gilt.

Falls die gesamte Anleihe von solchen Trägern gezeichnet wurde, stellt sich das Problem selbstverständlich überhaupt nicht.

Gleiches sollte auch für in Aktien umrechenfähige Schuldverschreibungen gelten. Allerdings ist es in diesem Fall notwendig, die Richtlinien für die Umrechnung von Aktien in Beteiligungen zu verändern. Weiters muss diese Veränderung auch von der Versammlung der Schuldverschreibungsinhaber (vgl. Art. 2415) genehmigt und eine Kapitalerhöhung für die Umrechnung vorgenommen werden, da das Kapital nicht mehr aus Aktien besteht.

Zudem sind die Grenzwerte gemäß Zivilgesetzbuch, Art. 2420, Abs. IV und V zu beachten.

182

Maßnahmen in Zusammenhang mit der Umbildung

Gemäß Artikel 2409-bis kann das Buchprüfungsgremium (Aufsichtsrat, Buchprüfer, Buchprüfungsgesellschaft) abgeschafft werden. Ausgenommen sind lediglich die Fälle, in den die in Art. 2477 genannten Voraussetzungen bestehen und es erforderlich ist, einen Aufsichtsrat einzurichten.

Das Kontroll- und Aufsichtsgremium (traditionelles, dualistisches und monistisches System) ist abzuschaffen, da das monistische oder dualistische System in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht vorgesehen ist. Es besteht die Möglichkeit, den Aufsichtsrat unter Umständen mit allen Befugnissen wie in der Aktiengesellschaft beizubehalten.

Die im Zivilgesetzbuch, Artikel 2447-bis angeführten Sondervermögen können nicht beibehalten werden, da diese Einrichtung allein den Aktiengesellschaften vorbehalten ist und den Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht zusteht.

Folglich kann die Umbildung nur beschlossen werden, wenn das Geschäft abgeschlossen oder unmöglich geworden ist, womit die Bindung für das Sondervermögen hinfällig wird.

Außerdem ist es nicht nur möglich, sondern sogar empfehlenswert, bei der Sondervermögensbildung vorzusehen, dass die Gesellschaftsumbildung – wie in Artikel 2447 – novies vorgesehen – einen Grund für die Vermögensaufgabe darstellt.

Analog dazu können gemäß Art. 2447-decies keine Verträge zur Finanzierung besonderer Geschäfte aufrecht erhalten werden. Auch diese Einrichtung ist für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht zugelassen. In der Folge kann die Gesellschaft nur unter einer der beiden nachstehend angeführten Bedingungen in Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt werden:

- a) der Termin für die Rückzahlung ist schon verfallen (vgl. Art. 2447-decies, Buchstabe h);
- b) die Finanzierung ist schon vollständig zurückgezahlt.

183

Falls die Gesellschaft eigene Aktien hält, kann die Umbildung nicht erfolgen, da es den Gesellschaften mit beschränkter Haftung untersagt ist, eigene Beteiligungen zu erwerben oder zu halten. Folglich müssen sie verkauft oder entwertet und das Gesellschaftskapital gemäß bürgerlichem Besetzbuch, Art. 2445 gekürzt werden.

Falls Finanzierungsmittel ausgegeben wurden, sind Unterscheidungen erforderlich:

- a) Bei für ein bestimmtes Geschäft gemäß Artikel 2447-ter gebildetem Vermögen gilt das vorher für diese Einrichtung Gesagte. Diese Finanzierungsmittel können nicht beibehalten werden, da sie für die Gesellschaft eine nicht getilgte Schuld darstellen, die ein Sondervermögen belastet.

Bei den anderen beiden Finanzierungsmitteltypen dafür, also

- b) Ausgaben gemäß Artikel 2346, Abs. VI für Arbeits- und Dienstleistungen
- c) Ausgaben gemäß Artikel 2349, Abs. II für Arbeitnehmer

stellt sich die Frage, ob sie angesichts der weitreichenden Ausgabemöglichkeiten für Wertpapiere auch mit der gegenständlichen Gesellschaftsform vereinbar sind, da sie ihren Zeichner Verwaltungs- und Vermögensrechte einräumen und sich somit den Gesellschafterrechten überlagern.

Weiters bleibt noch das schon angesprochene Problem mit den Schuldverschreibungen. In diesem Zusammenhang wird darauf verwiesen, dass von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ausgegebene Schuldbriefe zum ersten Mal von professionellen Investoren gezeichnet werden müssen. Diese Voraussetzung besteht bei den bei b) und c) genannten Finanzierungsmitteln selbstredend nicht.

26.8. GLEICHARTIGE UMBILDUNG VON GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG IN KÖRPERSCHAFT OHNE GEWINNZWECK

184

Der Gesetzgeber hat sich mit der schon in der früheren Regelung aufgetretenen Frage beschäftigt, ob es bei einer Umbildung erforderlich sei, dass die Körperschaften vor und nach der Umbildung den selben Zweck verfolgen müssen oder nicht, oder aber ob es sich um einen allgemeinen auf alle Organisationsänderungen in Körperschaften jeder Art anwendbaren Grundsatz handelt.

Wer von der ersten Annahme ausging, musste folgerichtig anerkennen, dass eine Umbildung nur zwischen Gesellschaften mit Gewinnzweck und nicht zwischen Organisationen mit unterschiedlichen Zweckbestimmungen möglich sei. In diesem Fall bot sich als einzige Möglichkeit, die Körperschaft aufzulösen und eine neue mit neuer Organisationsform zu gründen.

Diese Theorie bewirkte verständlicherweise sehr schwerwiegende Folgen für die Praxis und die steuerrechtliche Gestaltung.

Wer im Gegenteil die zweite Annahme vertrat, begriff die Umbildung als all-gemeingültiges Mittel um Konflikte bei Rechtsformänderungen zu lösen und dabei Kosten und Steuerbelastungen einzusparen.

Die Reform hat sich eben diese zweite Theorie vollständig zu eigen gemacht und die Einrichtung im Gegensatz zur in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtslehre stark erneuert. Die einzige Einschränkung besteht aus der Anwendbarkeit, wenn es sich bei der Gesellschaft, die sich umwandelt oder

die aus der Umbildung hervorgehen soll, um eine Kapital- und nicht eine Personengesellschaft handelt!

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann sich folglich ab dem ersten Jänner 2004 in eine der folgenden Rechtsformen umwandeln:

- a) Konsortium
- b) Konsortialgesellschaft
- c) Genossenschaft
- d) Unternehmenszusammenschluss
- e) nicht anerkannter Verein und Stiftung.

In allen diesen Fällen kommt, soweit vereinbar, Artikel 2500-sexies zur Anwendung, folglich:

Für die Umbildung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist unabdinglich und von Gesetz wegen (vgl. Art. 2479) die Versammlung zuständig. Das entsprechende Protokoll ist von einem Notar als öffentliche Urkunde auszufertigen.

Die Beschlussfassung erfolgt mit Zweidrittelmehrheit aller Abstimmungsberechtigten, und auf jeden Fall mit der Zustimmung der Gesellschafter, die unbeschränkte Haftung übernehmen.

Der Gesetzgeber fordert auch die Zustimmung der einzelnen Träger, die unbeschränkte Haftung übernehmen.

Den nicht einverstandenem Gesellschaftern steht von Gesetz wegen das Recht zu, aus der Gesellschaft auszutreten (vgl. Art. 2473).

Der Gesetzgeber sieht in diesem Fall nicht vor, dass der Gründungsvertrag der Gesellschaft mit beschränkter Haftung für die Versammlung andere Beschlussfähigkeitsmöglichkeiten einrichtet.

Der Beschluss für die Umbildung in eine Stiftung erzeugt die das Erste Buch, Titel II, Abschnitt II mit der Stiftungsurkunde verbindet, beziehungsweise den Umstand, dass der Beschluss gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 15 unwiderrufbar ist und die Verpflichtung besteht, das Vermögen gemeinnützigen Zwecken zu widmen.

Die Verwalter sind angehalten, einen Bericht zu erstellen, der die Begründungen für die Umbildung sowie deren Auswirkungen erläutert.

Eine Abschrift vom Bericht muss dreißig Tage lang vor der für den Umbildungsbeschluss einberufenen Versammlung im Gesellschaftssitz aufliegen. Die Gesellschafter können Einsicht nehmen und ein kostenloses Exemplar erhalten. Diese Frist ist mit der Zustimmung aller Gesellschafter zweifellos abweichbar, da sie ausschließlich zu ihren Gunsten vorgesehen ist.

Gesellschaftskapital nach der Umbildung

Jeder Gesellschafter hat Anspruch auf eine Beteiligung oder einen Anteil, der dem Wert seiner Beteiligung entspricht, wobei freilich alle für die aus der Umbildung hervorgehende Körperschaft anwendbaren Einschränkungen zu berücksichtigen sind.

186

Auch in diesem Fall ist kein fachmännisches Gutachten erforderlich.

Maßnahmen in Zusammenhang mit der Umbildung

Falls es einen Aufsichtsrat oder Buchprüfer gab, sind sie selbstverständlich abzuschaffen.

Falls Schuldbriefe ausgegeben wurden, ist das Darlehen vor dem Umbildungsbeschluss vollständig zu tilgen.

Gesellschafterhaftung

Die Gesellschafter, die mit der Umbildung unbeschränkte Haftung übernehmen, haften ebenfalls unbeschränkt auch für die von der Gesellschaft vor der Umbildung eingegangenen Verpflichtungen.

Wirksamkeit

In Abweichung von den Bestimmungen gemäß Artikel 2500, Abs. 3, tritt die verschiedenartige Umbildung sechzig Tage nach der letzten im Artikel 2500 vorgesehenen Bekanntmachungspflicht in Kraft, außer wenn die Gläubiger ihre Zustimmung erteilt haben oder die Gläubiger ausbezahlt wurden die ihre Zustimmung verweigert haben.

Die Gläubiger können binnen dieser sechzig Tage Einspruch einlegen. In diesem Fall kommt Artikel 2445, letzter Absatz zur Anwendung.

26.9. VERSCHIEDENARTIGE UMBILDUNG IN GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG

Folgende Organisationsformen in erweitertem Sinn

- a) Konsortium
- b) Konsortialgesellschaft
- c) Unternehmenszusammenschluss
- d) nicht anerkannter Verein und Stiftung.

können sich in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umbilden.

Aus dem Vergleich der Artikel 2500-septies und 2500-octies würde sich eigentlich ableiten, dass es nicht zulässig ist, einen nicht anerkannten Verein in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umzubilden.

Auf keinen Fall ist der Grund dafür nachvollziehbar. Außerdem sprechen sowohl Artikel 2500-octies, Absatz 2 wie auch Artikel 223-octies allgemein von Vereinen, weshalb im ersten Absatz wohl ein *Versehen in den Bestimmungen* wahrscheinlich erscheint- Der Gesetzgeber sollte diesen Punkt klarstellen.

Der Umbildungsbeschluss ist erforderlich:

- a) in Konsortien, mit absoluter Mehrheit der Konsortialmitglieder;
- b) einstimmig in Unternehmenszusammenschlüssen;
- c) in Konsortialgesellschaften und Vereinen mit der vom Gesetz oder im Gründungsvertrag für die vorzeitige Auflösung vorgesehenen Mehrheit.

Vereine in Kapitalgesellschaften umzubilden kann im Gründungsvertrag oder – bei bestimmten Vereinstypen – vom Gesetz ausgeschlossen werden. Auf keinen Fall ist die Umbildung für Vereine zulässig, die öffentliche Beiträge, Zuwendungen oder Spenden erhalten haben. Das Gesellschaftskapital der aus der Umbildung hervorgehenden Gesellschaft wird zu gleichen Teilen auf die Teilhaber verteilt, außer es bestehen anders lautende Abkommen zwischen den Teilhabern.

Die Möglichkeit, Stiftungen in Kapitalgesellschaften umzuwandeln wurde von der Regierungsbehörde auf Antrag des zuständigen Gremiums eingerichtet. Die Aktien oder Anteile werden der Gründungsurkunde gemäß oder in Ermangelung gemäß Zivilgesetzbuch, Artikel 31 oder aber von der Regierungsbehörde zugeteilt.

Artikel 223-octies schreibt weiters für Artikel 2550-octies eine Übergangsregelung vor und führt Einschränkungen für die Anwendung ein:

188

er verfügt, dass die verschiedenartige Umbildung in Kapitalgesellschaften für vor dem 1. Jänner 2004 gegründete Vereine und Stiftungen zulässig ist

- a) nur wenn die ursprünglichen, mit Beiträgen Dritter oder dank besonderer steuerlicher Begünstigungen geschaffenen Zielsetzungen, Fonds oder Werte unverändert bleiben.
- b) Bei dank besonderer steuerlicher Begünstigungen geschaffenen Fonds ist die Umbildung nur zulässig, wenn vorher die entsprechenden Steuern entrichtet wurden.

Bankstiftungen ist die verschiedenartige Umbildung in Kapitalgesellschaften nicht gestattet.

Wirksamkeit

Auch in diesem Fall tritt die Umbildung sechzig Tage nach der letzten in Artikel 2500 vorgesehenen Bekanntmachungsaufgabe in Kraft, außer die Zustimmung der Gläubiger liegt vor oder die Gläubiger, die nicht einverstanden waren, wurden ausbezahlt.

Die Gläubiger können binnen dieser sechzig Tage Einspruch einlegen. In diesem Fall kommt Artikel 2445, letzter Absatz zur Anwendung.

GENOSSENSCHAFTEN

Aus dem Vergleich der in den Artikeln 2500-septies und 2500-octies enthaltenen Bestimmungen ließe sich eigentlich ableiten, dass Genossenschaften nicht in Gesellschaften mit beschränkter Haftung umgebildet werden können.

Allerdings ist der Umstand, dass die Genossenschaften im Verzeichnis mit den Gesellschaften mit Gewinnzweck nicht angeführt sind, durch die besonderen, im neuen Artikel 2545-decies angeführten Regeln für Genossenschaften gerechtfertigt. Zur Umbildung in Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind keine Genossenschaften mit vorwiegend wechselseitiger Ausrichtung zugelassen, die steuerliche Begünstigungen in Anspruch genommen haben und folglich über die Umbildung in Gesellschaft mit Gewinnzweck Anlass zu Steuerumgehungen bieten könnten.

189

Das Umgebungsverbot besteht also nur für Genossenschaften mit vorwiegend wechselseitiger Ausrichtung.

Für die Umbildung sind vereinfachte Stimmmehrheiten vorgesehen: Bei Genossenschaften mit nicht vorwiegend wechselseitiger Ausrichtung müssen mindestens die Hälfte der Genossenschaftsmitglieder für die Umbildung stimmen.

Falls die Genossenschaft aus weniger als fünfzig Mitgliedern besteht, müssen wenigstens zwei Drittel davon dem Beschluss zustimmen. Bei mehr als zehntausend Mitgliedern kann der Gründungsvertrag vorsehen, dass wenigstens zwei Drittel für die Umbildung stimmen, wenn auf der Versammlung entweder persönlich oder über Vollmacht mindestens zwanzig Prozent der Mitglieder anwesend oder vertreten sind.

Nach der Umbildung werden die mit Stimmrecht ausgestatteten Finanzierungsmittel in ordentliche Beteiligungen umgewandelt, allfällige Vorzugsrechte bleiben erhalten.

Der Umbildungsbeschluss überträgt den tatsächlichen, zum Umbildungszeitpunkt bestehenden Vermögenswert mit den wechselseitigen Fonds für genossenschaftliche Förderung und Entwicklung, von dem das eingezahlte Kapital abgezogen und die noch nicht verteilten Dividenden unter Umständen bis zum für die neue Gesellschaft erforderlichen Mindestkapital aufgewertet werden.

Die Verwalter legen dem Umbildungsbeschluss einen von einem Fachmann beeideten Bericht bei, der den tatsächlich vom Unternehmen gehaltenen Vermögenswert bestätigt. Der Fachmann wird vom für den Bezirk zuständigen Gericht bestellt, in dem die Genossenschaft ihren Sitz hat.

Das Gutachten dient auch dem Zweck, die Fonds zu ermitteln, die zur Übertragung anstehen und somit sicherzustellen, dass sie nicht ihrer vom Gesetz vorgesehenen Zweckbestimmung entfremdet werden.

Einführung

In der alten Regelung gab es keinerlei Bestimmungen für die von den Gesellschaftsgruppen ausgeführte Tätigkeit. Zum Schutz der Minderheitengesellschafter waren Transparenzpflichten und allfällige rechtliche Schritte vorgesehen. Hier gab es eine große Lücke, die das Ermächtigungsgesetz zu schließen beabsichtigte.

Die Ermächtigung forderte vom beauftragten Gesetzgeber eine neue Transparenzregelung für die Gesellschaftsgruppen, um sicherzustellen, dass die Führungs- und Koordinierungstätigkeit die Interessen der Gruppe, der kontrollierten Gesellschaften und der Minderheitengesellschafter wahrnimmt. In diesem allgemeinen Umfeld waren außerdem die Begründung für die Entscheidungen als Folge auf die Bewertung der Gruppeninteressen erforderlich, angemessene Bekanntmachungsformen für die Gruppenzugehörigkeit sowie angemessene Schutzmechanismen für die Gesellschafter beim Ein- und Austritt der Gesellschaft in die oder aus der Gruppe.

Bei der Ermächtigungsdurchführung hat es der Gesetzgeber freilich nicht für notwendig gehalten, den Begriff *Gruppe* neu zu bestimmen, da einerseits

schon die derzeitigen Bestimmungen auf allen Ebenen über verschiedene sachdienliche Definitionen in Zusammenhang mit besonderen Problemen verfügen und andererseits kein neuer Begriff der unaufhörlichen Entwicklung in Gesellschaft, Wirtschaft und Rechtswesen gerecht würde.

In anderer Hinsicht wurde davon ausgegangen, dass das Hauptproblem bei der Gruppenbildung im Wesentlichen die Haftung der Gesellschaft, die die Kontrolle ausübt, für die Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger der kontrollierten Gesellschaft darstellt.

Um diese Probleme einer korrekten Lösung zuführen zu könne, war es erforderlich, der Rechtslehre die „Angelegenheit“ Führungs- und Koordinierungstätigkeit für eine Gesellschaft seitens eines anderen Trägers, unabhängig davon, ob es sich um eine Gesellschaft oder eine Körperschaft handelt, sowie den Umstand, dass die Tätigkeit auf jeden Fall auf eigene oder andere unternehmerische Interessen zurückzuführen ist, auch wenn die Ausführung in Widerspruch zu den Grundsätzen korrekter Gesellschaftsführung steht, zu Grunde zu legen.

In diesem Umfeld schien die Grenze für die Führungs- und Koordinierungstätigkeit (die Einschränkung erkennt die grundsätzliche Rechtmäßigkeit an, berücksichtigt sie und beeinträchtigt keine Rechte) aus der Rücksicht auf wesentlichen Werte des „Guts“ Gesellschaftsbeteiligung zu bestehen, auch wenn der Gesetzgeber die Beteiligung als „gemeinsame Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit dem Zweck, den daraus erzielten Gewinn zu teilen“ (ZGB, Art. 2247) betrachtet. Folglich sind der Fortbestand des Gesellschaftsunternehmens, die Ertragsfähigkeit und Aufwertung der Gesellschaftsbeteiligung die Werte, die es zu schützen gilt.

Rechtslehre und Rechtsprechung werden die im neuen Wortlaut angesprochenen Grundsätze für korrekte unternehmerische und Gesellschaftsführung festsetzen müssen, wobei allerdings weder Rechtslehre noch Rechtsprechung die unendlich vielen Variablen sowie die unaufhörliche wirtschaftliche und technische Entwicklung ausreichend berücksichtigen können.

Bei diesen Grundsätzen ist der Hinweis auf allgemeine und in der Handelsgesetzgebung gefestigte Formulierungen unvermeidlich, so etwa ZGB Artikel 2598, Abs. 1, Nr. 3 für den Bezug auf *Grundsätze beruflicher Redlichkeit*.

Die Haftung, die sich aus dieser Bestimmungsanlage ergibt, scheint im Wesentlichen „deliktischer“ Machart und erstreckt sich von der Gesellschaft, die die Kontrolle ausübt, direkt auf die Geschädigten. Es handelt sich nicht

um eine Regelung, die eine an sich nicht bestehende derzeitige ersetzt, sondern um einen Zusatz zur derzeitigen Regelung, sofern die zahlreichen Versuche, die Gesellschafter- und Gläubigerinteressen wahrzunehmen, bislang keinen ausreichenden Schutz geboten hätten. Damit ist klar, dass der Schutz des Gesellschafters der Gesellschaft gegenüber im Allgemeinen und um Besonderen gemäß Artikel 2395 sowie gemäß Artikel 2394 für die Gesellschaftsgläubiger unverändert bleibt. Tatsächlich handelt es sich um unterschiedliche und keineswegs gegensätzliche Rechtshandlungen, die in der neuen Verordnung gegen die Gesellschaft gerichtet sind, die die Kontrolle ausübt.

Um zu vermeiden, dass der Tätigkeitsbereich für die Gesellschaft, die die Führungs- und Koordinierungstätigkeit ausübt, als Folge der von ihren Gesellschaftern oder Gläubigern unternommenen Rechtshandlungen allzu sehr eingeschränkt wird, ist vorgesehen, dass die Rechtshandlung nur dann erfolgen kann, wenn ihre Ansprüche von der kontrollierten Gesellschaft nicht zufrieden gestellt wurden.

192

In anderer Hinsicht scheint es ratsam darauf hinzuweisen, dass es sich beim von der gegenständlichen Rechtshandlung verursachten Schaden (und folglich der Haftung) um den aus der allgemeinen von der kontrollierenden Gesellschaft ausgeübten Tätigkeit entstandenen und nicht um eine Folge einer isolierten Tätigkeit handelt, weshalb er sich über besondere zweckdienliche Vorgänge vermeiden lässt.

Wesentliche Bestimmungen

Nachstehend sind die vom Gesetzgeber eingeführten wesentlichen Bestimmungen zusammengefasst:

- a) Haftung
- b) Transparenz- und Bekanntmachungspflicht
- c) Rücktrittsrecht
- d) strenge Finanzierungsregeln.

In der Übersicht:

HAFTUNG

Der Gesetzgeber hat somit eine neue Form direkter Haftung eingeführt, dabei handelt es sich um den:

verantwortliche (haftpflichtige) Rechtsperson

- a) Gesellschaften oder Körperschaften, die Gesellschaften führen und koordinieren;
- b) wer an der benachteiligenden Handlung (mit der Gesellschaft gesamtschuldnerisch) beteiligt war;
- c) wer (gesamtschuldnerisch mit der Gesellschaft) im Rahmen des erwirkten Vorteils bewusst daraus Vorteil gezogen hat.

Voraussetzung

Die bei a) genannten Rechtspersonen gehen im eigenen oder im unternehmerischen Interesse Dritter vor und verletzen die Grundsätze korrekter Unternehmens- und Gesellschaftsführung,

Anspruchsberechtigte auf Schadenersatz

Gegenüber:

- a) Gesellschaftern wegen des der Ertragsfähigkeit und dem Wert der Gesellschaftsbeteiligung zugefügten Schadens;
- b) Gesellschaftsgläubiger, weil die Unversehrtheit des Gesellschaftsvermögens verletzt wurde.

Haftpflichtbefreiung

Es besteht keine Haftpflicht, wenn nach dem von der Führungs- und Koordinierungstätigkeit erwirtschafteten Gesamtergebnis kein Schaden besteht oder aber auch durch entsprechende zweckdienliche Tätigkeiten behoben wurde.

Bedingungen für die Rechtshandlung

Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger können gegen die Gesellschaft oder Körperschaft, die die Führung und Koordinierung ausübt, nur dann rechtliche Schritte unternehmen, wenn sie von der geführten und koordinierten Gesellschaft nicht zufrieden gestellt wurden.

Bei Konkurs, Zwangsauflösung und außerordentlicher Zwangsverwaltung können Gläubiger von geführten und koordinierten Gesellschaften gegen diese Gesellschaften vorgehen; für die Rechtshandlung ist in diesem Fall der Konkursverwalter, der Auflösungsverwalter oder der Sonderkommissar zuständig.

BEKANNTMACHUNG UND TRANSPARENZ

- 1) Die Gesellschaft muss ihre Abhängigkeit von der von anderen ausgeführten Führungs- und Koordinierungstätigkeit angeben:
 - in den Urkunden und im Schriftwechsel
 - die Verwalter sind angehalten, die Eintragung in die im folgenden Absatz genannte Handelsregisterabteilung vorzunehmen.
- 2) Im Handelsregister ist eine Abteilung eingerichtet, in der die Träger, die Führungs- und Koordinierungstätigkeit ausüben sowie die von ihnen abhängigen Träger eingetragen sind.
- 3) Die Gesellschaft muss in einer eigenen Abteilung im Zusatzbericht eine Übersicht mit den Eckdaten aus der letzten Bilanz der Gesellschaft oder Körperschaft ausweisen, von der sie geführt und koordiniert wird.
- 4) Weiters müssen die Verwalter im Führungsbericht die Beziehungen mit den Trägern, die Führungs- und Koordinierungstätigkeit ausüben sowie mit den anderen davon abhängigen Gesellschaften sowie die Auswirkung dieser Tätigkeiten auf die gesellschaftliche Unternehmensführung und die Ergebnisse angeben.
- 5) Falls Entscheidungen in von Führungs- und Koordinierungstätigkeit abhängigen Gesellschaften davon beeinflusst sind, müssen sie analytisch begründet sowie die Gründe und Interessen genau angegeben werden, deren Bewertung Einfluss auf die Entscheidung genommen haben. Davon wird im in Artikel 2428 angeführten Bericht angemessen Rechenschaft abgelegt.

194

Haftung wegen unterlassener Bekanntmachung

Verwalter, die die bei Punkt 1) angeführte Angabe oder die bei Punkt 2) angeführte Eintragung unterlassen oder sie beibehalten, wenn die Abhängigkeit nicht mehr besteht, haften für den Schaden, der Gesellschaftern oder Dritten aus dem mangelnden Wissen um diese Umstände entstanden ist.

AUSTRITTSRECHT

Gesellschafter in von Führungs- und Koordinierungstätigkeit abhängigen Gesellschaften können austreten:

- a) wenn die Gesellschaft oder Körperschaft, die die Führung und Koordinierung ausüben, eine Umbildung beschlossen hat, die den Gesellschaftszweck verändert und Tätigkeiten zulässt, die sich wesentlich auf die Wirtschafts- und Finanzlage der von der Führung und Koordinierung abhängigen Gesellschaft auswirken würden;
- b) wenn zu Gunsten des Gesellschafters ein rechtskräftiger Bescheid ergeht und der Träger, der die Führungs- und Koordinierungstätigkeit ausübt, gemäß Artikel 2497 verurteilt wird; in diesem Fall ist der Rücktritt nur für die gesamte, vom Gesellschafter gehaltene Beteiligung möglich;
- c) wenn die Führungs- und Koordinierungstätigkeit beginnt oder endet, sofern es sich nicht um eine Gesellschaft mit an der Börse notierten Aktien handelt und sich veränderte Risikobedingungen für die Investition ergeben oder ein öffentliches Kaufangebot beworben wird.

Von Fall zu Fall und soweit vereinbar kommen die für das Austrittsrecht der Gesellschafter in Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen zur Anwendung.

FINANZIERUNGEN BEI DER FÜHRUNGS- UND KOORDINIERUNGSTÄTIGKEIT

Für von Trägern, die Führungs- und Koordinierungsaufgaben wahrnehmen zu Gunsten der Gesellschaft sowie anderen, diesen Aufgaben unterstellten Trägern getätigte Finanzierungen kommt Artikel 2467 zur Anwendung, folglich:

- a) ist die Rückerstattung der zu Gunsten der Gesellschaft getätigten Finanzierung im Vergleich zur Auszahlung der anderen Gläubiger zu vernachlässigen
- b) falls die Finanzierung im Jahr vor der von der Gesellschaft geleisteten Konkurserklärung erfolgt ist, ist sie der Gesellschaft und folglich dem Konkurs zurückzuerstatten.

Als Abschluss für die Regelung erfolgen Annahmen, um die Gruppenbildung und folglich die Voraussetzungen für die Anwendung der gesamten oben zusammengefassten Regelung zu ermitteln:

ANNAHMEN

Die gegenständliche Verordnung geht bis zum Gegenbeweis davon aus, dass die Führungs- und Koordinierungstätigkeit von Gesellschaften oder Körperschaften ausgeübt wird, die:

- a) zur Bilanzkonsolidierung verpflichtet sind
- b) die ihre Bilanzen gemäß Artikel 2359 überprüfen.

Die in diesem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen kommen ebenso für Rechtspersonen zur Anwendung, die eine Gesellschaft auf folgender Grundlage führen und koordinieren:

- a) einem Vertrag mit den gegenständlichen Gesellschaften oder
- b) Klauseln in den jeweiligen Satzungen.

Um die Rechte der Gesellschafter wirksamer und rascher wahrzunehmen, hat der Gesetzgeber nicht nur den gesamten Gesellschaftsprozess neu angelegt, sondern auch ein neues Schiedsverfahren für gesellschaftliche Streitfragen eingeführt. Die interessantesten und wichtigsten Gesichtspunkte dieser neuen Disziplin werden nachfolgend behandelt.

Diese Regelung bewirkt die Notwendigkeit, alle in den Satzungen enthaltenen Schiedsgerichtsklauseln zu erneuern, da sie in den meisten Fällen nicht den neuen Bestimmungen entsprechen.

Ebenfalls ist es für die Handelskammern angebracht, ihre eigenen Schiedsverfahrensregelungen im Rahmen des Gesellschaftsrechtes an die Reform anpassen.

Die Schiedsgerichtsklausel muss auf jeden Fall in der Gründungsurkunde oder in den Satzungen enthalten sein, sollte die Unterscheidung zwischen Gründungsakt und Satzung beibehalten werden.

28.1. Gegenstand der statutarischen Schiedsgerichtsklauseln

Es können nur jene Streitfragen zwischen Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft den Schiedsrichtern übergeben werden, die verfügbare Rechte im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses zum Gegenstand haben. Weiters dürfen Streitfragen, für die das Gesetz bindend vorsieht, dass sich die Staatsanwalt einschaltet, niemals Gegenstand der Schiedsverfahrensklauseln sein. Diese Prinzipien stimmen mit der vom Art. 806 der Zivilprozessordnung vorgesehenen Regelung über das Schiedsgericht im allgemeinen überein, da die Übertragung einer Streitfrage an das Schiedsgericht eine Verfügung jener Rechte bedeutet, die der Streit zum Inhalt hat. Die einzige Ausnahme bilden die Vorfragen (siehe Art. 28.4, Buchstabe d)

28.2. Ernennung der Schiedsrichter

Die Gesetzesnovelle führt die Regel ein, dass die Ernennungsbefugnis aller Schiedsrichter nur an gesellschaftsfremde Personen erteilt werden darf, anderenfalls ist die diesbezügliche Klausel nichtig. Dieser Grundsatz spiegelt die Einstellung der Rechtsprechung wieder, auf Grund der die Schiedsrichter immer Dritte gegenüber den Parteien sein müssen. Vor allem die Rechtsprechung war immer einverständlich der Meinung, dass eventuelle interne Gremien der Überprüfung, wie auch immer ernannt (z.B. das Schiedsrichterkollegium) nie schlichtende Rolle im eigentlichen Sinn ausüben könnten, da sie meistens aus Personen zusammengesetzt waren, die irgendwie in den Streit einbezogen waren. In der Folge hatten die Richter das Streitbeilegungsverfahren dieser internen Gremien als einfache Endfase eines Gesellschaftsverfahrens und nicht eines Schiedsgerichtes angesehen. Aus diesem Grund konnte die Entscheidung dieses Gremiums immer vor dem ordentlichen Richter mit den normalen Rechtsmitteln angefochten werden.

Jedoch ist der Gesetzgeber über die buchstäbliche Formulierung dieses Prinzips gegangen und hat sich mehr als diese Zielsetzung zu eigen gemacht, denn eine buchstäbliche Auslegung dieser Norm scheint aufzuerlegen, dass die Ernennungsbefugnis immer und ohne Unterscheidungen an nur gesellschaftsfremden Personen übertragen werden kann und das auch im Falle von Streitfragen zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft.

Sollte ein Schiedsrichterkollegium vorgesehen sein, können die Parteien also nie in Sachen Gesellschaftsstreitfragen einen Schiedsrichter ihres Vertrauens ernennen, im Unterschied zu den Streitigkeiten, die nicht Gesellschaftssachen betreffen.

Die Neuregelung bewirkt weiters die Nichtigkeit der meisten Schiedsgerichtsklauseln, die in den Satzungen vor der Reform enthalten sind und welche die Streitparteien ermächtigen, jeweils einen der Schiedsrichter, die das Kollegium bilden, zu ernennen.

Die Unmöglichkeit für die Seiten, den Schiedsrichter ihres Vertrauens zu ernennen, dessen Ernennung hingegen einer gesellschaftsfremden Person anvertraut werden muss (z.B. der Präsident des Landesgerichtes, der Präsident der Handelskammer usw.), bringt nun einen Nachteil für das Schiedsgericht mit sich. In der Praxis lag nämlich einer der starken Seiten des Schiedsgerichtes, im Gegensatz zum Verfahren vor dem ordentlichen Richter, einerseits in der Möglichkeit für die Parteien, einen eigenen kompetenten Vertrauensschiedsrichter zu ernennen, andererseits in der Schnelligkeit des Verfahrens, immer dann, wenn ein Schiedsrichterkollegium vorgesehen war.

198

Folglich muss die Schiedsgerichtsklausel auf jeden Fall die Zahl der Schiedsrichter und die Ernennungsbefugnis derselben vorsehen und letztere Befugnis nur gesellschaftsfremden Personen verleihen.

Sollte die hiermit bestimmte Person der Ernennung nicht nachkommen, muss die Ernennung vom Präsidenten des Landesgericht jenes Bezirkes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, beantragt werden.

Sollten über die Zahl und der Ernennung der Schiedsrichter Ungenauigkeiten herrschen oder sollte zu diesem Punkt nichts vorgesehen sein, wird die vom Art. 809 der Zivilprozessordnung vorgesehene Bestimmung, oder auch jene des Art. 810 angewendet werden. In letzterem Fall muss immer obgenanntes Prinzip berücksichtigt werden.

28.3. Wirksamkeit der Schiedsgerichtsklauseln

Die Klausel ist für die Gesellschaft und alle Gesellschafter immer bindend, eingeschlossen jene, deren Eigenschaft als Gesellschafter Gegenstand einer Streitfrage bildet.

Der Gründungsvertrag kann weiters vorsehen, dass die Schiedsgerichtsklausel Streitfragen zwischen Verwaltern, Liquidatoren und Aufsichtsräten, oder gegen sie angestrengte Streitfragen zum Gegenstand hat. In diesem Fall ist sie nach angenommenen Auftrag bindend. Um diese Wirksamkeit zu erreichen, muss diese Klausel jedoch ausdrücklich im Gründungsakt vorgesehen sein.

28.4. Besondere Bestimmungen für das Schiedsgericht

Im Gegensatz zum normalen Schiedsverfahren führt die Gesetzesnovelle einige Besonderheiten ein, die kurz folgendermaßen zusammengefasst werden können:

- a) Das von der Gesellschaft oder gegen sie gestellte Ansuchen um ein Schiedsgericht ist beim Handelsregister zu hinterlegen und den Gesellschaftern zugänglich;
- b) im Sinne des Art. 105 der Zivilprozessordnung, können sich Dritte bis zur ersten Verhandlung beteiligen, sowie die Gesellschafter im Sinne der Art. 106 und 107 der selben Prozessordnung;
- c) es findet der Art. 820, zweiter Absatz der Zivilprozessordnung Anwendung. Dieser sieht vor, dass die Schiedsrichter nur ein einziges Mal die Entscheidungsfrist, im Falle der Aufnahme von Beweisen, aufschieben können, oder wenn ein nicht definitiver Schiedsspruch ausgesprochen sein sollte;
- d) im Schiedsverfahren kommt der Art. 819, erster Absatz, der Zivilprozessordnung nicht zur Anwendung, der für die Schiedsrichter die Möglichkeit vorsieht, das Verfahren zu unterbrechen, sollten Fragen aufkommen, die vom Gesetz her nicht den Schiedsrichtern übertragen werden können; d.h. dass die Schiedsrichter ausnahmsweise auch über diese Fragen entscheiden dürfen. In letzterem Fall, jedoch, ist der Schiedsspruch immer anfechtbar, auch in Abweichung von den Bestimmungen für internationale Schiedsverfahren, gemäß Art. 838 der Zivilprozessordnung, für Nichtigkeiten, gemäß Art. 829, erster Absatz und für den Widerruf oder die Entgegenstellung von Seiten Dritter gemäß Art. 831 dieser Prozessordnung.

28.5. Entscheidungen nach dem Gesetz

Es wird für die Schiedsrichter die in der Praxis sehr verbreitete Möglichkeit ausgeschlossen, nach Billigkeit zu entscheiden. Auch wenn die Schiedsklausel die Schiedsrichter ermächtigt, nach Billigkeit oder mit unanfechtbarem Schiedsspruch zu entscheiden, müssen diese immer nach dem Gesetz entscheiden.

Weiters ist der Schiedsspruch immer anfechtbar, auch bei Nichtbeachtung der Bestimmungen im Sinne des Art. 829, 2. Absatz der Zivilprozessordnung:

- wenn ihrem Beschluss nicht schiedsgerichtsfähige Gegenstände zu Grunde liegen
- oder wenn Gegenstand ihrer Entscheidung die Gültigkeit der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bilden.

Gegenständliche Bestimmung kommt auch für von internationalen Schiedsgerichten ausgesprochene Schiedssprüche zur Anwendung.

200

28.6. Abänderung der Schiedgerichtsklausel und Rücktrittsrecht

Die Abänderung der Gründungsurkunde, mit der Schiedsgerichtsklauseln eingeführt oder gestrichen werden, müssen von so vielen Gesellschaftern genehmigt werden, die mindestens $\frac{2}{3}$ des Gesellschaftskapitals vertreten.

Die nicht zustimmenden oder abwesenden Gesellschafter können, innerhalb von 90 Tagen, ihr Rücktrittsrecht geltend machen. Dieses Rücktrittsrecht ist nicht abschaffbar.

Übergangsbestimmung

Obgenannte Mehrheiten und das Rücktrittsrecht finden bei der Anpassung der alten Satzung, innerhalb 30. September 2004, an die unabweichbaren Bestimmungen (und nicht auch an die abweichbaren) der Prozessreform, im Sinne der Art. 41, zweiter Absatz, nicht Anwendung.

RA Dr. Luca Barchi
Notar in Bozen