

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

147. JAHRGANG

01  
2015



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Gabriel Kogler:*

Die Vereinbarung der Anrechnung auf ein testamentarisches Erbrecht Seite 1

---

*Wilhelm Wachter:*

Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen bei unerreichbaren oder blockierenden Kommanditisten Seite 8

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Beginn der Zweijahresfrist bei Schenkungen *Michael Battlogg* Seite 20

---

Individualantrag einer öffentlichen Notarin gegen neu geschaffene Notarstelle unzulässig *Karl Stöger* Seite 35

---

Perpetuatio fori und Unzulässigkeit des Rechtswegs Seite 37

---

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2015/2

## Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen bei unerreichbaren oder blockierenden Kommanditisten

*Problematisch kann es sein, wenn ein Kommanditist oder ein nicht geschäftsführender Komplementär an Beschlussfassungen nicht mitwirkt, weil er entweder unbekanntes Aufenthaltsort ist oder sich fortlaufend weigert, an Beschlussfassungen teilzunehmen. Der Beitrag untersucht, inwieweit die Durchführung einer außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahme in einer KG in solchen Fällen realisiert werden kann.*

Von Wilhelm Wachter

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
  - 1. Problemaufriss
  - 2. Die Mitwirkung des Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen
- B. Lösungsansätze
  - 1. Das Mitwirkungsrecht des § 116 Abs 2 UGB als uneigennütziges Pflichtrecht
  - 2. Lösungsansätze im Fall unerreichbarer Gesellschafter
  - 3. Lösungsansätze im Fall von blockierenden Gesellschaftern
  - 4. Vorsorge im Gesellschaftsvertrag
- C. Zusammenfassung

### A. Einleitung

#### 1. Problemaufriss

Die dynamische unternehmerische Wirklichkeit macht es im Lebenszyklus einer Personengesellschaft manchmal erforderlich, Geschäfte vorzunehmen, die in ihrer Art oder Umfang über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, etwa Kreditgewährungen zur Errichtung einer neuen Fabrik oder den Verkauf bedeutender Vermögenswerte zur Erhaltung der Liquidität. Bei Personengesellschaften<sup>1</sup> gibt es angesichts der Tragweite solcher Maßnahmen ein legitimes Interesse aller Gesellschafter, in die Entscheidung darüber eingebunden zu werden und gegebenenfalls – aus guten Gründen – deren Durchführung zu verhindern. Gerade bei eingetragenen Personengesellschaften mit großer Gesellschafterzahl ist es jedoch auch denkbar, dass einzelne Gesellschafter vor Durchführung der Maßnahme nicht erreichbar (unbekanntes Aufenthaltsort) sind oder sie sich ohne nähere Begründung bereits weigern, an Beschlussfassungen mitzuwirken. Können solche Maßnahmen dauerhaft nicht vorgenommen werden, kann die Handlungsfähigkeit (zB Anpassung an neue Gegebenheiten) von Personengesellschaften nachhaltig beeinträchtigt werden. Der Beitrag untersucht, ob und ggf wie in derartigen Fällen vorgegangen werden kann. Im Rahmen

der GesBR-Reform 2014<sup>2</sup> wurden auch Änderungen in Zusammenhang mit dem Innenrecht der OG und KG im UGB vorgenommen,<sup>3</sup> die – soweit für die Problemstellung einschlägig – an dieser Stelle bereits berücksichtigt werden, weil sie seit 1. 1. 2015 in Kraft sind.<sup>4</sup>

### 2. Die Mitwirkung des Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen

Die oben angesprochenen Maßnahmen zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks<sup>5</sup> stellen Geschäftsführungstätigkeiten dar.<sup>6</sup> Es sind daher die einschlägigen Regelungen zur Geschäftsführung- und Vertretungsbefugnis bei der KG heranzuziehen. Nach dem gesetzlichen Grundmodell obliegt die Geschäftsführung (§ 161 Abs 2 iVm §§ 114ff UGB) und Vertretung der KG (§ 161 Abs 2 iVm § 125 UGB) den Komplementären. Kommanditisten sind von der Geschäftsführung (§ 164 HS 1 UGB) und Vertretung (§ 170 UGB) ausgeschlossen. Dies entspricht dem gesetzlichen Leitbild der KG, nach dem bei den Kommanditisten der beschränkte Kapitaleinsatz im Vordergrund steht.<sup>7</sup> Die Befugnis zur Geschäftsführung der Komplementäre erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb<sup>8</sup> der Gesellschaft mit sich

<sup>2</sup> GesBR-Reformgesetz BGBl I 2014/83 – GesBR-RG.

<sup>3</sup> Die Änderungen sollen nach den Mat zum GesBR-RG (ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 5) dazu dienen, die nunmehr nach der GesBR-Reform inhaltlich übereinstimmenden Regelungen in Zusammenhang mit dem Innenrecht der GesBR einerseits und der OG (und KG) andererseits gleich im ABGB und UGB zu formulieren.

<sup>4</sup> § 906 Abs 26 UGB.

<sup>5</sup> Zweckfremde Geschäfte oder solche, die den Zweck ändern, stellen hingegen Grundlagengeschäfte dar (s dazu *Enzinger in Straube, UGB I*<sup>4</sup>[2014] § 116 Rz 8; *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB*<sup>2</sup> [2010] § 116 Rz 3). Auf Grundlagengeschäfte soll im vorliegenden Beitrag nicht eingegangen werden, weil es sich nicht um Geschäftsführungsmaßnahmen handelt.

<sup>6</sup> Zum Begriff der Geschäftsführung statt aller *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB*<sup>2</sup> § 114 Rz 9 mwN.

<sup>7</sup> Vgl *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB*<sup>2</sup> § 161 Rz 5 mwN.

<sup>8</sup> Der bisherige Ausdruck „Betrieb des Unternehmens“ des § 116 Abs 1 UGB wurde mit dem GesBR-RG durch den Ausdruck „Geschäftsbetrieb“ ersetzt, weil OGs nicht nur der Betrieb von Unternehmen vorbehalten ist (ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 24). Eine materielle Änderung ist damit nicht verbunden.

<sup>1</sup> Der Beitrag beschränkt sich in diesem Zusammenhang auf Offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften.

bringt.<sup>9</sup> Bei gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen<sup>10</sup> ist eine Mitwirkung der Kommanditisten nicht erforderlich.

Anders verhält es sich bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen: Für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen (außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen<sup>11</sup>), ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter<sup>12</sup> erforderlich (§ 116 Abs 2 UGB). Wenngleich der Gesetzeswortlaut des § 164 HS 2 UGB<sup>13</sup> als vermeintlich speziellere Norm für die Kommanditisten auf ein bloßes Widerspruchsrecht in Bezug auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen hindeutet, wird das Mitwirkungsrecht von der ganz hM und Rsp als Zustimmungsrecht iSd § 116 Abs 2 UGB verstanden.<sup>14</sup> Die hA wurde jüngst von Fitz<sup>15</sup> in Frage gestellt, der mE überzeugend darlegt, dass sich aus der Gesamtbetrachtung der Interessen keine zwingende Notwendigkeit ergibt, die Mitwirkung des Kommanditisten entgegen dem Wortlaut

als Zustimmungsrecht zu verstehen und damit § 164 HS 2 UGB jeglichen normativen Gehalt abspricht. Freilich ist es zielführend, die Ausgangssituation im vorliegenden Beitrag unter Zugrundelegung der hM und Rsp abzuhandeln. Die Überlegungen sind ebenso in dem Fall, in dem ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Komplementär unerreichbar ist oder die Beschlussfassung durch Passivität blockiert, anwendbar.

Die Ausgangslage (abwesender oder blockierender Gesellschafter) führt zu einer problematischen Situation für die geschäftsführenden Komplementäre: Die Durchführung außergewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen bedarf nach der hA der Zustimmung (einstimmiger Beschluss) aller Gesellschafter, was auch bei Gefahr in Verzug gilt.<sup>16</sup> Es verhindert daher schon die Nichtmitwirkung eines einzigen Gesellschafters das Zustandekommen des Beschlusses.<sup>17</sup> Wird die Maßnahme durch die geschäftsführenden Komplementäre trotzdem durchgeführt, ist sie im Außenverhältnis angesichts ihrer Vertretungsmacht gem § 126 UGB<sup>18</sup> grundsätzlich<sup>19</sup> wirksam. Die Kompetenzüberschreitung macht die Geschäftsführer – vorausgesetzt der Gesellschaft entsteht ein Schaden – schadenersatzpflichtig.<sup>20</sup>

## B. Lösungsansätze

### 1. Das Mitwirkungsrecht des § 116 Abs 2 UGB als uneigennütziges Pflichtrecht

Um mögliche Lösungsansätze zu skizzieren, muss zunächst das Zustimmungsrecht untersucht werden.

Das Zustimmungsrecht iZm Geschäftsführungsmaßnahmen ist ein uneigennütziges Pflichtrecht.<sup>21</sup> Daraus ergibt sich eine Pflicht aller Gesellschafter, also auch der Kommanditisten oder nicht geschäftsführenden Komplementäre, sich an den Beratungen über außergewöhnliche Geschäfte und deren Beschlussfassung zu beteiligen.<sup>22</sup> Es ist daher jedenfalls eine *Handlungspflicht* der Gesellschafter gegeben. Diese müssen jedoch grundsätzlich einer außergewöhnlichen Maß-

<sup>9</sup> § 161 Abs 1 iVm § 116 Abs 1 UGB.

<sup>10</sup> Eine gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme ist eine Maßnahme, die, wenn auch nicht alltäglich, von Zeit zu Zeit in einem solchen Unternehmen zu erwarten ist (OGH 1 Ob 639/76 SZ 49/111), also insb Routinegeschäfte; dazu ausf mit Beispielen *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 5 mwN. Ob es sich um eine gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme handelt, ist nach den Gegebenheiten der Gesellschaft im Einzelfall zu beurteilen (RIS-Justiz RS0061646; OGH 4 Ob 503/78 SZ 51/21; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 4; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB [2013] § 116 Rz 1; *Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> [2009] § 116 Rz 4; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> [2011] § 116 Rz 11; krit *Enzinger* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 11 [einzelfallbezogene Betrachtungsweise genügt den methodischen Anforderungen nicht]).

<sup>11</sup> Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen sind solche, die nach ihrer Art (Inhalt und Zweck) oder ihrer Tragweite (Bedeutung und Risiko) über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinausgehen und Ausnahmeharakter besitzen (*Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 116 Rz 4; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 7; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 3); bei der Beurteilung ist die Gesamtbetrachtung entscheidend (*Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 9; *Enzinger* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 12).

<sup>12</sup> Die bisherige Formulierung „ist ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich“ des § 116 Abs 2 UGB wurde mit dem GesBR-RG durch die Formulierung „ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich“ ersetzt, um zu verdeutlichen, dass der Beschluss aller Gesellschafter einstimmig erfolgen muss (ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 24). Eine materielle Änderung ist damit nicht verbunden.

<sup>13</sup> „... sie können einer Handlung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgeht“.

<sup>14</sup> RGZ 158, 302 (307); OGH 1 Ob 145/66 EvBl 1967/7; 1 Ob 797/76 SZ 49/163; 1 Ob 192/08 d AnwBl 2010, 157; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 4; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 164 Rz 3; *Kammel* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 164 Rz 7; aA *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 415f; *Fitz*, Die Mitwirkung des Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen, in FS H. Torggler (2013) 237 (251).

<sup>15</sup> *Fitz* in FS H. Torggler 237 (240ff).

<sup>16</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 10; *Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 116 Rz 17; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 16; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 4; *Enzinger* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 28.

<sup>17</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 15.

<sup>18</sup> „... alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura“.

<sup>19</sup> Zu den Ausnahmen zB bei Vertretungsmisbrauch oder Geschäften mit Gesellschaftern *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> (2009) § 126 Rz 9ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 126 Rz 11.

<sup>20</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 21; *Enzinger* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 31.

<sup>21</sup> *Appl* in *Straube*, UGB<sup>4</sup> § 119 Rz 75; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 43; *Schäfer* in Staub<sup>5</sup> HGB § 116 Rz 20; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 4.

<sup>22</sup> *Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 116 Rz 20; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 36.

nahme nicht zustimmen: Die Gesellschafter müssen ihr Stimmrecht (nur) im Gesellschaftsinteresse nach sorgfältiger Prüfung wahrnehmen, dabei steht ihnen ein weiter Beurteilungsspielraum zu.<sup>23</sup> Ein ablehnendes Votum (oder Stimmenthaltung) ist somit zulässig, sofern es nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgt.<sup>24</sup> Ob ein ablehnendes Votum oder eine Stimmenthaltung zu begründen ist, ist umstritten.<sup>25</sup> Jedenfalls auf Verlangen wird eine Begründung zu fordern sein, sofern die Gründe für die Nicht-Zustimmung nicht bekannt/offensichtlich sind.<sup>26</sup>

Eine Pflicht zur Zustimmung<sup>27</sup> besteht nur in seltenen Ausnahmefällen, wo dieser Ermessensspielraum auf Null reduziert wird („einzig vertretbare Option“), weil etwa die Versagung der Zustimmung zu einer Gefährdung von Bestand oder Funktionsfähigkeit der Gesellschaft führt.<sup>28</sup> In jenen Ausnahmefällen, in denen eine Zustimmungspflicht besteht, kann die Maßnahme nach wohl hM auch über die pflichtwidrig verweigerte Zustimmung hinweg durchgeführt werden.<sup>29</sup> Dagegen wenden *U. Torggler/Kucsko*<sup>30</sup> zu Recht ein, dass auch die Unwirksamkeit einer ausdrücklichen Verweigerung nicht die Zustimmungserklärung substituiert: Nach dem Gesetz ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich. Es verbleibt nur die Möglichkeit, dass die Gesellschaft (oder ein Gesellschafter mittels *actio pro socio*) den – pflichtwidrig die Zustimmung verweigern – Gesellschafter auf Abgabe der Zustimmungserklärung klagt.<sup>31</sup>

## 2. Lösungsansätze im Fall unerreichbarer Gesellschafter

Gerade bei einer Vielzahl von Gesellschaftern ist es denkbar, dass einzelne von ihnen nicht erreichbar sind, weil sie zB Adressänderungen nicht bekanntgeben. Es

ist sowohl der Name der geschäftsführenden Gesellschafter<sup>32</sup> als auch der der nicht geschäftsführungsbefugten Komplementäre<sup>33</sup> bzw Kommanditisten<sup>34</sup> aus dem Firmenbuch ersichtlich. Bei der Eintragung natürlicher Personen ist auch deren Anschrift im Firmenbuch einzutragen,<sup>35</sup> bei juristischen Personen ist diese ohnehin aus deren Firmenbucheintragung ersichtlich.<sup>36</sup> Auch besteht eine Pflicht, Änderungen eingetragener Tatsachen gem § 10 FBG anzumelden – das FB-Gericht muss die Richtigkeit der Anschriften allerdings nicht laufend überwachen.<sup>37</sup> Im Übrigen ergibt sich mE angesichts der Mitwirkungspflicht aus der Treuepflicht, dass auch der Gesellschafter für seine Erreichbarkeit zu sorgen hat, er also Adressänderungen mitzuteilen hat. Allerdings ist es denkbar, dass dies nicht immer erfolgt.

Da eine Handlungspflicht des Gesellschafters besteht, muss sich die Gesellschaft nicht mit der Unerreichbarkeit abfinden. Eine konkludente Zustimmung durch Untätigkeit (Schweigen)<sup>38</sup> des unerreichbaren Kommanditisten/Komplementärs kommt allerdings nicht in Betracht, wenn dieser von der geplanten Geschäftsführungsmaßnahme keine Kenntnis erlangt.<sup>39</sup> Die Mitwirkung ist freilich nicht entbehrlich, weil – wie in Punkt 1.2 dargestellt – in Bezug auf die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen die Zustimmung *aller* Gesellschafter erforderlich ist.<sup>40</sup>

<sup>23</sup> *Appl* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 75 mwN.

<sup>24</sup> *Vgl Appl* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 75.

<sup>25</sup> *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 38 mwN.

<sup>26</sup> *Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 116 Rz 20; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 38; *Fitz* in *FS H. Torggler* 237 (246); *vgl Enzinger* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 30.

<sup>27</sup> *Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 116 Rz 20; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 37; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 4.

<sup>28</sup> *Vgl OLG München* NZG 2004, 125; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 41.

<sup>29</sup> *Schäfer* in *Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 116 Rz 21 mwN; *Enzinger* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 116 Rz 11; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 11; *Kammel* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 164 Rz 8; *aA U. Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 115 Rz 25; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 4.

<sup>30</sup> In *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 115 Rz 25, dem folgend *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 116 Rz 4.

<sup>31</sup> *Appl* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 75; *Jickeli* in *K. Schmidt*, MüKo HGB II<sup>3</sup> § 116 Rz 47; *vgl zur actio pro socio* iZm Geschäftsführungsmaßnahmen *U. Torggler*, *Gesellschafterklagen auf Unterlassung oder Vornahme von Geschäftsführungsmaßnahmen*, GeS 2011, 57 (62).

<sup>32</sup> Gem § 3 Abs 1 Z 8 FBG sind bei Personengesellschaften (sonstiger Rechtsträger) Name und Geburtsdatum der vertretungsbefugten Personen im Firmenbuch einzutragen.

<sup>33</sup> Gem § 4 Z 5 FBG sind Name und Geburtsdatum nicht vertretungsbefugter unbeschränkt haftender Gesellschafter, gegebenenfalls (juristische Person) ihre Firmenbuchnummer, im Firmenbuch einzutragen.

<sup>34</sup> Gem § 4 Z 6 FBG sind bei Kommanditisten Namen, gegebenenfalls ihre Firmenbuchnummer und Geburtsdatum im Firmenbuch einzutragen.

<sup>35</sup> § 3 Abs 2 FBG.

<sup>36</sup> Gem § 3 Abs 1 Z 4 FBG sind der Sitz und die für Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift des Rechtsträgers einzutragen. Handelt es sich um einen ausländischen Rechtsträger ohne Eintragung im österreichischen FB, ist nach *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB (2010) § 3 FBG Rz 8 die Anschrift ins Firmenbuch in Analogie zu § 26 GmbHG einzutragen.

<sup>37</sup> *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 3 FBG Rz 85.

<sup>38</sup> *Vgl dazu Fitz* in *FS H. Torggler* 237 (245).

<sup>39</sup> Die Unkenntnis von der Maßnahme schließt es mE aus, dass im Schweigen eine konkludente Zustimmung iSv § 863 ABGB („kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln“) erblickt werden kann. Schweigen hat grundsätzl keinen Erklärungswert: *vgl zum Erklärungswert von Schweigen* allg *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> (Stand 2013) § 863 Rz 21 ff; *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2003) § 863 Rz 15 f mwN.

<sup>40</sup> *Vgl OGH* 3 Ob 407/58 HS 1411 = SZ 31/133 zu § 148 HGB: Die Einigung der übrigen Gesellschafter genügt bei einem abwesenden Gesellschafter nicht, wenn nach dem Gesetz die Zustimmung aller zur Mitwirkung berufenen Gesellschafter erforderlich ist (hier: Anmeldung der Liquidatoren nach § 148 HGB); *vgl zu § 148 UGB Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 148 Rz 4; *U. Torggler* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 14; *Mondel*, *Die Kuratoren im Österreichischen Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 4/50.

Wenn der Aufenthalt eines Gesellschafters *unbekannt* ist, kommt, sofern er keinen ordentlichen Vertreter (zB Bevollmächtigter, wenn sich die Vollmacht auf die Stimmabgabe bezieht<sup>41</sup>) zurückgelassen hat, die Bestellung eines Abwesenheitskurators gem § 270 ABGB in Betracht. Der Abwesenheitskurator kann bestellt werden, wenn entweder die Rechte des Abwesenden „durch Verzug gefährdet“ oder die „Rechte eines andern in ihrem Gange gehemmt“ werden (vgl § 270 ABGB). Da die Mitwirkung des (abwesenden) Gesellschafters beim Beschluss gem § 116 Abs 2 UGB erforderlich ist, damit eine außergewöhnliche Maßnahme durchgeführt werden kann, werden in der Regel die Rechte des Abwesenden durch Verzug gefährdet sein: Der Gesellschafter kann sein Mitwirkungsrecht nicht wahrnehmen, wodurch ggf sein Vermögen geschädigt werden kann. Bei Bestehen einer Zustimmungspflicht sind außerdem die Rechte anderer, nämlich die der anderen Gesellschafter, gehemmt.<sup>42</sup>

Voraussetzung für die Bestellung des Abwesenheitskurators ist die Abwesenheit eines Gesellschafters. Abwesenheit iSv § 270 ABGB ist gegeben, wenn der Gesellschafter sich nicht an seinem bisherigen Wohnsitz oder Aufenthalt befindet.<sup>43</sup> Die Gesellschafter müssen zuerst erfolglose Ausforschungsversuche unternehmen, um den Aufenthalt der abwesenden Person zu ermitteln.<sup>44</sup> Die Nachforschungspflichten dürfen jedoch nicht überspannt werden.<sup>45</sup> Zumutbar ist eine Abfrage beim ZMR oder eine Befragung nahestehender Personen, die Kenntnis vom Aufenthaltsort haben könnten.<sup>46</sup>

Die Bestellung kann sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag (etwa der Gesellschafter, deren Rechte gehemmt werden) erfolgen.<sup>47</sup> Zuständig für die Bestellung des Abwesenheitskurators nach § 270 ABGB ist das Pflegschafts- als Abwesenheitspflegschaftsgericht.<sup>48</sup> Hierbei

sind die Bezirksgerichte in erster Instanz sachlich,<sup>49</sup> örtlich jenes Gericht, in dessen Sprengel der Abwesende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, zuständig.<sup>50</sup>

Der Kurator kann dann die Rechte des abwesenden Kommanditisten/Komplementärs wahrnehmen, muss aber der Maßnahme grundsätzlich<sup>51</sup> nicht zustimmen. Er muss nur die Rechte des Abwesenden in seiner Position wahrnehmen.

### 3. Lösungsansätze im Fall von blockierenden Gesellschaftern

Problematisch können auch jene Situationen sein, bei denen einzelne Gesellschafter die Beschlussfassung iZm außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen verhindern, weil sie von vornherein bei der Beschlussfassung gar nicht mitwirken. Die mangelnde Teilnahme an der Beschlussfassung ist pflichtwidrig, es besteht ja eine Handlungspflicht des Gesellschafters.<sup>52</sup> Es kommt ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter nicht zustande. Soweit nicht ausnahmsweise eine Pflicht zur Zustimmung besteht,<sup>53</sup> kann der Gesellschafter auch nicht auf Abgabe einer Zustimmungserklärung geklagt werden.

In der Lit wird zT eine Entziehung des Zustimmungsrechts in analoger Anwendung des § 117 UGB (Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis) durch gerichtliche Entscheidung in Erwägung gezogen.<sup>54</sup> Dagegen spricht jedoch der klare Wortlaut des § 116 Abs 2 UGB, der einen einstimmigen Beschluss aller Gesellschafter, also gerade auch der *nicht geschäftsführungsbefugten*, fordert.<sup>55</sup>

Ein unbegründetes Blockieren einer wesentlichen Entscheidung kann mE jedoch eine grobe Pflichtverletzung darstellen, die einen wichtigen Grund für die Ausschließung des Gesellschafters gem § 140 UGB darstellt. Die anderen Gesellschafter<sup>56</sup> können die Ausschließung eines Gesellschafters mittels Rechtsgestaltungsklage be-

<sup>41</sup> Vgl OGH 8 Ob 516/88 NZ 1989, 249.

<sup>42</sup> Vgl *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 276 Rz 4: Hemmung des Rechts eines anderen besteht in der Unmöglichkeit der Rechtsdurchsetzung mangels Anwesenheit des Gegners; s dazu auch *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 4/49.

<sup>43</sup> Allg zu Abwesenheit *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 4/36.

<sup>44</sup> Allg zur Hemmung der Rechte anderer *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 276 Rz 4; *Mondel*, NZ 2007/67 (293); *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> (2011) § 270 Rz 2; *Tschugguel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> (Stand 2012) § 270 Rz 4; *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 4/38.

<sup>45</sup> Vgl LGZ Wien 43 R 274/96 d EFSlg 81.272 (keine umfangreichen Erhebungen); *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2003) § 276 Rz 4.

<sup>46</sup> *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 276 Rz 4; *Mondel*, NZ 2007/67 (293); *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> (2011) § 270 Rz 2; *Tschugguel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 270 Rz 4; *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 4/38.

<sup>47</sup> Vgl *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 4/63.

<sup>48</sup> *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 1/12.

<sup>49</sup> § 104 a JN; *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 1/29.

<sup>50</sup> § 109 JN; *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> Rz 1/30.

<sup>51</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn eine Zustimmungspflicht besteht.

<sup>52</sup> Siehe dazu unter Punkt 2.1.

<sup>53</sup> Siehe dazu unter Punkt 2.1.

<sup>54</sup> In diesem Sinne wohl *Ulmer in Canaris/Schilling/Ulmer*, Staub HGB III<sup>4</sup> (1999) § 117 Rz 14; *Schäfer in Canaris/Habersatz/Schäfer*, Staub HGB III<sup>5</sup> § 117 Rz 14; *Enzinger in Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 117 Rz 18; abl wohl *U. Torggler/T. Torggler in Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 117 Rz 6 (Entrechtung eines Gesellschafters gegen seinen Willen sei zu weitgehend); *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/326; *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 9; *Kraus in U. Torggler*, UGB § 164 Rz 7.

<sup>55</sup> Vgl *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 116 Rz 9; *Schauer*, GesR, Rz 2/326.

<sup>56</sup> Einschließlich aller Kommanditisten *Koppensteiner/Auer in Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 12; vgl auch *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 140 Rz 2 (kollektives Gestaltungsrecht).

antragen, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm (personenbezogen) unzumutbar geworden ist.<sup>57</sup> Jedenfalls dann, wenn ein Gesellschafter seine Mitwirkungspflichten in Zusammenhang mit außergewöhnlichen Geschäften wiederholt verletzt oder die Maßnahme von wesentlicher Bedeutung für das Unternehmen ist, kann die Fortsetzung mit ihm angesichts des Einstimmigkeitsprinzips unzumutbar werden. Ebenso unzumutbar kann es auch sein, wenn ein Gesellschafter außerstande ist, Geschäftsführungsmaßnahmen adäquat zu beurteilen. Nachdem die Ausschließung nur als äußerstes Mittel (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)<sup>58</sup> zur Anwendung kommt, kann der beklagte Gesellschafter von sich aus anbieten, einer vertraglichen Entziehung des Mitwirkungsrechts (Gesellschaftsvertragsänderung) zuzustimmen, um der Ausschließung zuvorzukommen.<sup>59</sup> Die Entziehung kann jedoch nicht – siehe oben – erzwungen werden. Im Falle eines rechtswirksamen Ausschlusses kann die Maßnahme durch die anderen Gesellschafter durchgeführt werden.

#### 4. Vorsorge im Gesellschaftsvertrag

Welche Möglichkeiten bestehen nun, bereits im Gesellschaftsvertrag für derartige Konstellationen Vorsorge zu treffen?

Die §§ 116 und 164 UGB sind – wie auch § 119 UGB – dispositiv. Es können im Gesellschaftsvertrag für Abstimmung und Beschluss spezielle verfahrensrechtliche Regelungen, Mehrheitserfordernisse und besondere Formerfordernisse vereinbart werden.<sup>60</sup> Gerade bei einer KG mit einer Vielzahl von Gesellschaftern werden im Gesellschaftsvertrag oft abweichende Regelungen getroffen, deren Zweck darin liegt, die Willensbildung effizienter zu gestalten.<sup>61</sup>

Nach der Rsp und hM ist insb das Einstimmigkeitsprinzip nicht zwingend; es ist unstrittig, dass Mehrheitsentscheidungen sowohl in (gewöhnlichen und außergewöhnlichen) Angelegenheiten der Geschäftsführung als auch grundsätzlich für die Änderung des Gesellschaftsvertrages zulässig sind.<sup>62</sup> Ist das Mehrheitsprin-

zip iZm außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen vereinbart, so bestimmt sich die Mehrheit im Übrigen seit dem GesbR-RG nach den abgegebenen gültigen Stimmen (§ 119 Abs 2 Satz 1 UGB). Stimmenthaltungen werden nicht als Gegenstimmen, sondern überhaupt nicht mitgezählt.<sup>63</sup> Für eine mangelfreie Beschlussfassung muss jedem Gesellschafter die Teilnahme an der Beschlussfassung/Beratung ermöglicht werden, der Mehrheitsentscheid nimmt dann jedoch einzelnen passiven Gesellschaftern die Möglichkeit, als Einziger die Entscheidung zu verhindern.

Ist für Willensbildung in einer KG zusätzlich eine förmliche Beschlussfassung (Gesellschafterversammlung) vereinbart, ist auch die Unerreichbarkeit des Kommanditisten/Komplementärs unproblematisch, wenn festgelegt wird, dass sich die erforderliche Mehrheit nach den Stimmen der anwesenden Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung richtet. Die Einladung zur Gesellschafterversammlung muss nur an die vom Gesellschafter der Gesellschaft bekanntgegebene Adresse geschickt werden.<sup>64</sup> Jedenfalls bei Publikums-KGs wird nämlich keine Pflicht der Einberufenden bestehen, Nachforschungen über den Aufenthalt eines Gesellschafters anzustellen, zumal es Aufgabe des Gesellschafters ist, für seine Erreichbarkeit zu sorgen. Eine Einladung an die letzte bekanntgegebene Adresse wäre jedenfalls dann ordnungsgemäß, wenn der Brief überraschend als unzustellbar zurückkommt.<sup>65</sup> Eine Ladung des Gesellschafters trotz Kenntnis der Einladenden über die Abwesenheit (maßgeblicher Zeitpunkt: Versendung der Einladung) wäre hingegen nicht ordnungsgemäß<sup>66</sup>, sodass jedenfalls dann auf die Kuratorenlösung zurückgegriffen werden muss. Zur Vermeidung empfiehlt sich die Aufnahme einer Klausel im Gesellschaftsvertrag, nach der die Gesellschafter verpflichtet sind, Adressänderungen mitzuteilen bzw dass die Einladung zur Gesellschafterversammlung ordnungsge-

<sup>64</sup> § 119 Rz 47 ff mwN). Es handelt bei der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen iZm außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen jedoch nicht um eine den Kernbereich betreffende Vertragsänderung.

<sup>63</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19.

<sup>64</sup> Vgl zur GmbH Römermann in Michalski, GmbHG II<sup>2</sup> (2010) § 51 Rz 33; Seibt in Bitter et al, Scholz GmbHG II<sup>11</sup> (2014) § 51 Rz 10.

<sup>65</sup> Vgl zur GmbH Römermann in Michalski, GmbHG II<sup>2</sup> § 51 Rz 34; aA iZm der GmbH Enzinger in Straube, GmbHG (2013) § 38 Rz 7 (nur wenn dies in der Satzung als Zustellmodalität vorgesehen ist).

<sup>66</sup> Vgl zur GmbH OGH 2 Ob 531/82 HS 12.386. Wird die Einladung aber trotz gegenteiligen Kenntnisstands nur an die bekanntgegebene Adresse geschickt, handelt es sich mE um einen das Beschlussverfahren betreffenden formellen Mangel (s dazu Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 27), dessen Nichteinhaltung den in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschluss nichtig macht, weil dadurch das Teilnahme-recht gesichert werden soll (vgl allgemein zu Verfahrensvorschriften, deren Einhaltung Wirksamkeitsvoraussetzung sein soll OGH 6 Ob 258/08x NZ 2009, 272; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 31; Appl in Straube, UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 88).

<sup>57</sup> Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 140 Rz 2.

<sup>58</sup> Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 140 Rz 15; Schäfer in Canaris/Habersatz/Schäfer, Staub HGB III<sup>5</sup> § 140 Rz 16

<sup>59</sup> U. Torggler/T. Torggler in Straube, HGB I<sup>3</sup> § 117 Rz 6.

<sup>60</sup> Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 11; vgl Fitz in FS H. Torggler 237 (239).

<sup>61</sup> Vgl Fitz in FS H. Torggler 237 (238).

<sup>62</sup> OGH 4 Ob 2147/96f SZ 69/157 mwN; 2 Ob 281/05w GesRZ 2006, 309; Appl in Straube, UGB I<sup>4</sup> § 119 Rz 33 mwN. IZm der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen sind bestimmte Schranken zu beachten (insb die „Kernbereichslehre“, nach denen Vertragsänderungen dem Mehrheitsbeschluss entzogen sind, die die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses betreffen oder durch die wohlerworbene Sonderrechte verletzt werden, s dazu OGH 4 Ob 2147/96f eolex 1997, 356 [Zehetner]; 2 Ob 281/05w wbl 2007, 42; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 22 mwN; Appl in Straube, UGB

mäßig ist, wenn sie an die zuletzt bekanntgegebene Adresse gesendet wird.<sup>67</sup>

### C. Zusammenfassung

Eine außergewöhnliche Maßnahme in der KG kann nach hM und Rsp nicht ohne die Zustimmung aller Gesellschafter (auch Kommanditisten) durchgeführt werden. Dies gilt auch, wenn ein Kommanditist an der Beschlussfassung nicht teilnimmt, weil er unerreichbar (unbekanntem Aufenthaltsort) ist. In einem solchen Fall kommt die Bestellung eines Abwesenheitskurators gem § 270 ABGB in Betracht, der die Rechte des Gesellschafters wahrnehmen kann.

<sup>67</sup> Vgl zB einen diesbezüglichen Formulierungsvorschlag von Reiwert in *Sudhoff, GmbH & Co. KG I* <sup>6</sup>, Formulare § 63 (§ 14).

Ein unbegründetes Blockieren außergewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen durch Passivität ist pflichtwidrig und kann eine grobe Pflichtverletzung darstellen, die einen wichtigen Grund für die Ausschließung des Gesellschafters gem § 140 UGB darstellt.

Ist in einer Personengesellschaft eine förmliche Beschlussfassung (Gesellschafterversammlung) vereinbart, ist die Einladung mangels Kenntnis der Unerreichbarkeit ordnungsgemäß, wenn sie an die letzte bekanntgegebene Adresse geschickt wird.

#### Über den Autor:

Univ.-Ass. Dr. Wilhelm Wachter, LL.M. ist Universitätsassistent an der Universität Innsbruck, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht.