



RA-Kanzlei Dr. Briem
Termin <i>06.02.2013</i>
Eing./ Abfert: 07. FEB. 2013
Porto / Kopien

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz hat als Berufungsgericht durch Senatspräsident Dr. Ewald Greslehner als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Dr. Sabine Plöckinger und Dr. Eva Mayrbäurl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Dr. Stephan Briem, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **Imperial Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH & Co KG**, Hafferlstraße 7, 4020 Linz, vertreten durch Dr. Ludwig Beurle, Dr. Rudolf Mitterlehner, Dr. Klaus Oberndorfer, Dr. Paul Oberndorfer und Dr. Alexander Mirtl, Rechtsanwälte in Linz, wegen (zuletzt) EUR 1.140,52, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Endurteil des Landesgerichtes Linz vom 21. September 2012, 5 Cg 59/11p-22, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 652,32 (darin EUR 108,72 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nach § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

██████████ und ██████████ beteiligten sich mit schriftlicher Erklärung vom 12. Oktober 2004 über Vermittlung eines Finanzdienstleistungsunternehmens als atypisch stille Gesellschafter an der beklagten Partei. Dabei verpflichteten sie sich je 10 Anteile an der beklagten Partei zu übernehmen und für eine Laufzeit von 120 Monaten zur Erfüllung der gesamten Vertragssumme jeweils monatlich mindestens EUR 60,56 an die beklagte Partei zu bezahlen. Sowohl für ██████████ als auch für ██████████ war die vertraglich garantierte 6%ige jährliche Verzinsung wesentlicher Bestandteil der Beteiligung. Mit Schreiben

vom 25. Mai 2009 teilte die beklagte Partei [REDACTED] und [REDACTED] mit, dass sie in Anlehnung an die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 29. Mai 2008 zu 2 Ob 225/07p die 6%ige jährliche Verzinsung der geleisteten Einlage einstellen werde und künftige Ausschüttungen nur mehr für den Fall erfolgen würden, dass diese auch vom Reingewinn der Gesellschaft abgedeckt seien. [REDACTED] und [REDACTED] wandten sich daraufhin an die klagende Partei und erfuhren im Mai 2009 erstmals von dieser, dass die beklagte Partei Verluste zu verzeichnen habe. Über Anraten der klagenden Partei stellten [REDACTED] und [REDACTED] daraufhin mit Mai, Juni oder Juli 2009 ihre monatlichen Einzahlungen ein. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2010 kündigten beide stillen Gesellschafter gegenüber der beklagten Partei ihre Beteiligung mit sofortiger Wirkung und verlangten die sofortige Rückerstattung aller bisherigen Zahlungen. Sie brachten zum Ausdruck, dass der Wegfall der garantierten jährlichen Verzinsung von 6 % eine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage bedeutete, welche sie zur sofortigen Aufkündigung des Gesellschaftsverhältnisses nach § 184 Abs 1 UGB berechtige. Die beklagte Partei erhielt die Kündigungsschreiben, akzeptierte die Kündigung jedoch nicht. Mit Vereinbarung vom 15. Februar 2011 traten [REDACTED] und [REDACTED] ihre Ansprüche aus den gegenständlichen Rechtsverhältnissen an die klagende Partei zur Klagsführung und zum Inkasso ab. [REDACTED] und [REDACTED] hatten jeweils 6 Geschäftsanteile erworben. Das Verrechnungskonto von [REDACTED] wies ein Guthaben von EUR 570,25 aus, jenes von [REDACTED] EUR 570,27.

Mit Teilurteil vom 24. Jänner 2012 (ON 14) wies das Erstgericht die Anträge, es werde mit Wirkung zwischen den Streitteilen festgestellt, dass die außerordentliche Kündigung der atypischen stillen Gesellschaft zwischen [REDACTED] bzw [REDACTED] und der beklagten Partei durch Zugang des Kündigungsschreibens vom 18. Oktober 2010 rechtswirksam erfolgt sei, mit Beschluss zurück. Das Leistungsbegehren auf Rückzahlung von EUR 10.990,78 wurde ebenso wie das Eventualbegehren auf Rückzahlung von EUR 10.990,78 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte der klagenden Partei aus den Beteiligungen abgewiesen. Hingegen verpflichtete das Erstgericht die beklagte Partei, über das Auseinandersetzungsguthaben aus den Beteiligungen Rechnung zu legen und behielt das Eventualbegehren, das Guthaben der Verrechnungskonten von [REDACTED] und [REDACTED] von gesamt EUR 1.140,52 samt Zinsen sowie das sich aus der Rechnungslegung ergebende Auseinandersetzungsguthaben samt Zinsen nach Bezifferung dieses Begehrens binnen 14 Tagen an die klagende Partei zu bezahlen, dem zu fällenden Endurteil vor.

Mit Teilurteil vom 27. Juni 2012, 6 R 59/12g, änderte das Oberlandesgericht Linz die erstgerichtliche Entscheidung dahin ab, dass das Rechnungslegungsbegehren und das

Begehren auf Leistung des sich aus der Rechnungslegung ergebenden Auseinandersetzungsguthabens abgewiesen wurden. Im Übrigen wurde die erstgerichtliche Entscheidung bestätigt und ist mittlerweile in Rechtskraft erwachsen. In seiner Begründung führte das Berufungsgericht aus, dass das außerordentliche Kündigungsrecht zwar verfristet sei, das Kündigungsschreiben vom 18. Oktober 2010 jedoch in eine ordentliche Vertragskündigung zum 2. Jänner 2012 umzudeuten sei.

Mit dem angefochtenen Endurteil sprach das Erstgericht der klagenden Partei EUR 1.140,52 mit der Begründung zu, dass die ordentliche Kündigung mit 2. Jänner 2012 wirksam geworden sei und der Rückersatzanspruch des auf den Verrechnungskonten von [REDACTED] und [REDACTED] ausgewiesenen Betrages somit zu Recht bestehe.

Dagegen richtet sich die Berufung der beklagten Partei wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, auch diesen Teil des Klagebegehrens abzuweisen.

Die klagende Partei beantragte in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden war, ist nicht berechtigt.

1. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Soweit die beklagte Partei eine Verletzung der Pflichten des § 182a ZPO darin erblickt, dass Thema des erstinstanzlichen Verfahrens ausschließlich die vorzeitige Beendigung der stillen Gesellschaft aus wichtigem Grund gewesen sei, nicht hingegen die ordentliche Kündigung, kann ihr nicht gefolgt werden. Schließlich hat die klagende Partei ihr Klagebegehren (auch) auf die ordentliche Kündigung nach Punkt III. des Gesellschaftsvertrages gestützt und zugleich die verlängerte Kündigungsfrist, die zusätzlich an den Erwerb der Gesellschaftsanteile gekoppelt wird, als sittenwidrig und nichtig bekämpft (ON 1, AS 7 f). Die beklagte Partei hat die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit von Punkt III. bereits in ihrer Klagebeantwortung bestritten (ON 2, AS 29) und damit zu den Vorschriften über die ordentliche Kündigung explizit Stellung bezogen. Von einer Überraschung der beklagten Partei kann daher nicht gesprochen werden, wenn das Erstgericht das Kündigungsschreiben der stillen Gesellschafter nunmehr als ordentliche Kündigung beurteilt.

Zudem hat der Rechtsmittelwerber in einer Verfahrensrüge wegen Verletzung der Pflichten des § 182a ZPO darzulegen, welches zusätzliche oder andere Vorbringen er auf Grund der von ihm nicht beachteten neuen Rechtsansicht erstattet hätte. Das von der beklagten Partei in ihrer Mängelrüge dargelegte Vorbringen beschränkt sich jedoch darauf, dieselben Tatsachen

unter Punkt III. und VII. des Gesellschaftsvertrages zu subsumieren. Die Unterlassung der Erörterung eines bisher unbeachtet gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkts kann jedoch nur dann einen Verfahrensmangel darstellen, wenn dadurch einer Partei die Möglichkeit genommen wurde, zur bisher unbeachtet gebliebenen Rechtslage entsprechendes Tatsachenvorbringen zu erstatten. Werden hingegen – wie hier – nur dieselben Tatsachen, die schon der bisher erörterten Rechtslage zugrunde lagen, rechtlich anders gewertet, kann die Verletzung des § 182a ZPO keine Rechtsfolgen haben (RIS-Justiz RS0120056 [T 12; T 13]). Im Übrigen hätte das Vorbringen am Prozessergebnis nichts geändert, weil die Anwendbarkeit des § 132 Abs 2 UGB nicht tangiert worden wäre.

Die beklagte Partei moniert zudem das Vorliegen von Stoffsammlungsmängeln. Das Erstgericht hätte im Anschluss an das Teilurteil des Berufungsgerichtes (ON 20) das Verfahren fortsetzen und die Frage erörtern müssen, ob sich die Kündigungserklärung der beiden stillen Gesellschafter bloß auf einzelne Anteile oder auf das gesamte Gesellschaftsverhältnis bezogen habe. Auch die Fälligkeit des auf den Verrechnungskonten befindlichen Guthabens wäre noch zu erörtern gewesen.

Der Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens ist in diesem Punkt nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt, weil nicht zur Darstellung gebracht wird, welche Beweismittel heranzuziehen das Erstgericht unterlassen hat und inwieweit dadurch eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache verhindert wurde (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO). Nach stRsp muss jedoch eindeutig zu erkennen sein, aufgrund welcher Beweismittel welche vom angefochtenen Urteil abweichende Konstatierungen gewünscht werden (6 Ob 712/84 ua). Dass sich das vom Wortlaut eindeutige Kündigungsscheiben („*kündige ich als stiller Gesellschafter meine Beteiligung Nr. ... und verlange sofortige Rückerstattung aller bisherigen Zahlungen*“) der beiden stillen Gesellschafter vom 18. Oktober 2010 (.IL) nur auf die bereits erworbenen Anteile und nicht auch auf den Ansparplan bezogen hätte, behauptet die beklagte Partei im übrigen auch in ihrer Berufung nicht.

Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens ist somit zu verneinen.

2. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Die beklagte Partei versucht in ihrer Rechtsrüge - unter Berufung auf Punkt III. lit a) und lit b) des Gesellschaftsvertrages - darzulegen, dass eine Kündigung des auf den Verrechnungskonten befindlichen Guthabens (*Ansparplan*) nicht zulässig gewesen sei. Schließlich seien [REDACTED] und [REDACTED] zum Erwerb von jeweils 10 Anteilen verpflichtet gewesen, tatsächlich hätten sie jedoch erst jeweils 6 Anteile erworben. Eine Kündigung des Vertrages sei nur nach Leistung der gesamten vereinbarten Vermögenseinlage zulässig. Nach Punkt III. lit b) des Gesellschaftsvertrages sei eine

Teilkündigung im Hinblick auf einzelne, bereits erworbene Gesellschaftsanteile zulässig, dies jedoch frühestens nach Ablauf von 5 Jahren ab Erwerb des jeweiligen Anteils (Punkt III. lit a).

Festzuhalten ist, dass sich das Teilurteil des Berufungsgerichtes vom 27. Juni 2012 nur auf bereits erworbene Anteile der atypisch stillen Gesellschafter bezog. Das auf den Verrechnungskonten vorhandene Guthaben ist daher einer gesonderten Beurteilung zu unterziehen:

Nach Punkt VII. lit b) des Gesellschaftsvertrages erfolgt der Beitritt des stillen Gesellschafters durch Unterfertigung der Beteiligungserklärung in Form des Sparplanes, indem dem stillen Gesellschafter für die Zeichnung von jeweils 10 „Imperial-Anteilen“ ein „Imperial-Anteil“ mit dem Beteiligungsfaktor 0,1 vorzeitig zugeteilt wird, und zwar unabhängig von der geleisteten Einzahlung. Punkt VI. sieht vor, dass der stille Gesellschafter auch im Hinblick auf vorzeitig zugeteilte „Imperial-Anteile“ bereits am Gewinn und Verlust beteiligt ist.

Aufgrund der vorzeitigen Zuteilung der Anteile teilt der *Ansparplan* (das angesparte Guthaben, welches sich auf den Verrechnungskonten befindet) das rechtliche Schicksal der bereits der Vorentscheidung des Berufungsgerichtes zugrunde liegenden erworbenen Anteile. Im Ergebnis ist somit auch hier von einer Verfristung der außerordentlichen Kündigung infolge schlüssigen Verzichts (§ 863 ABGB) auszugehen, da das Kündigungsrecht während eines Zeitraumes von 16 Monaten nicht ausgeübt wurde.

Zur Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung des Ansparplans:

Nach den Feststellungen des Erstgerichtes erhielt die beklagte Partei die beiden Kündigungsschreiben der stillen Gesellschafter vom 18. Oktober 2010. Ob diese – wie nach Punkt III. lit a) des Gesellschaftsvertrages erforderlich - eingeschrieben versandt wurden, konnte nicht festgestellt werden. Auf die Wirksamkeit der Kündigungserklärung hat dieses nicht erwiesene Formerfordernis jedoch keinen Einfluss, da es nach stRsp als hinreichend erachtet wird, wenn der Empfang eines normalen Briefes zugestanden wird (3 Ob 564/92; *P. Bydlinski*, KBB³, § 884 Rz 3 mwN).

Die Beteiligung von [REDACTED] und [REDACTED] als atypisch stille Gesellschafter an der beklagten Partei datiert vom 12. Oktober 2004. Die Übergangsbestimmungen zum Handelsrechts-Änderungsgesetz (HRÄG) normieren in § 907 Abs 8 UGB, dass die Bestimmungen des zweiten Buches (§§ 105-188 UGB) in der Fassung des HRÄG, BGBl I Nr. 120/2005 auch auf Gesellschaften anzuwenden sind, die vor dem 1. Jänner 2007 errichtet wurden, sofern nichts anderes bestimmt wird. Da keine gesonderte Regelung für die Kündigungsnormen der §§ 132 und 184 UGB getroffen wurde, sind diese auch auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt in der Fassung des HRÄG BGBl I Nr. 120/2005 anzuwenden.

Das ordentliche Kündigungsrecht wird in Punkt III. des Gesellschaftsvertrages (Beilage .E) geregelt. Nach Punkt III. lit a) wird das Gesellschaftsverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es kann von beiden Gesellschaftern unter Einhaltung einer halbjährigen Kündigungsfrist zum 2.1. des Folgejahres aufgekündigt werden - *frühestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab Erwerb des jeweiligen Anteiles* - wobei die Aufkündigung mittels eingeschriebenen Briefes zu erfolgen hat.

Nach Punkt III. lit b) ist im Falle der Beteiligung in Form des Sparplanes eine Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses durch den stillen Gesellschafter *erst nach Leistung der gesamten vereinbarten Vermögenseinlage* zulässig. Teilkündigungen von Einlagen in der Höhe von Nominale öS 10.000,00 oder eines Vielfachen davon, sind nach Maßgabe des Absatzes a) dann zulässig, wenn die *Anteile bereits voll einbezahlt* sind. Im Umfange der zulässigen Teilkündigung erfolgt eine Herabsetzung der vereinbarten Gesellschaftseinlage.

Nach Punkt VII. lit b) des Gesellschaftsvertrages werden die monatlich geleisteten Einzahlungen einem Verrechnungskonto zu Gunsten des Zeichners gutgeschrieben, bis der Gegenwert eines Imperial-Anteiles erreicht ist.

Nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages wäre das auf dem Verrechnungskonto vorhandene Guthaben – das noch nicht dem Wert eines Imperial-Anteiles entspricht - einer Teilkündigung nach Punkt III. lit a) und b) somit nicht zugänglich. Zu prüfen bleibt daher die Frage, ob diese vertraglich vereinbarte ordentliche Kündigung nach Punkt III. lit a) und b) des Gesellschaftsvertrages (Beilage .E) mit den gesetzlichen Kündigungsvorschriften des UGB konform geht.

Nach § 184 Abs 1 UGB findet auch § 132 UGB auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger entsprechende Anwendung. Nach § 132 Abs 1 UGB kann die Kündigung eines Gesellschafters, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluss eines Geschäftsjahres erfolgen; sie muss mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkt stattfinden. Nach Abs 2 leg cit ist eine Vereinbarung, durch die das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder *in anderer Weise als durch angemessene Verlängerung der Kündigungsfrist erschwert wird*, nichtig.

Aus Punkt III. des Gesellschaftsvertrages (Beilage .E) geht eindeutig hervor, dass nicht bloß die Verlängerung der Kündigungsfrist an sich vereinbart wurde, sondern vielmehr eine Erschwerung darin zu erblicken ist, dass die verlängerte Kündigungsfrist von 5 Jahren an die Leistung der gesamten vereinbarten Vermögenseinlage bzw. den Erwerb eines gesonderten Gesellschaftsanteiles gekoppelt wird. In diesem Erfordernis liegt insofern eine unzulässige Erschwerung, als damit auch erhebliche finanzielle Nachteile für den Kündigenden verbunden sind (*Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², § 132 Rz 34 ff; *Koppensteiner/Auer* in

Straube, UGB I⁴ § 132 Rz 10 f jeweils mwN). Eine derartige Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfrist ist unzulässig und führt nach § 132 UGB zur Teilnichtigkeit dieser Vereinbarung, soweit diese eine *fünfjährige Kündigungsfrist ab Erwerb des jeweiligen Anteiles* (Punkt III. lit a)) vorsieht bzw. die *Kündigung erst nach Leistung der gesamten vereinbarten Vermögenseinlage* für zulässig erklärt (Punkt III. lit b)). Im Ergebnis ist daher von der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung zum 2. Jänner 2012 auszugehen.

Daraus folgt die Rückforderbarkeit der geleisteten Anzahlungen auf das Verrechnungskonto, welche sich nach den Feststellungen des Erstgerichts auf insgesamt EUR 1.140,52 belaufen gemäß § 1435 ABGB. Dass der Rückforderungsanspruch der klagenden Partei unter § 186 UGB liege, behauptet die beklagte Partei selbst nicht.

Die Berufung war somit nicht berechtigt.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 50, 41 ZPO. Nach § 10 Z 6b RATG ist das Berufungsinteresse für Streitigkeiten nach § 502 Abs 5 Z 3 ZPO mit EUR 4.500,00 zu bewerten.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1, 2 und 5 Z 3 ZPO nicht zulässig, da sich das Berufungsgericht, soweit keine einzelfallabhängigen Entscheidungen zu treffen waren, an der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur orientieren konnte.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 6
Linz, 23. Jänner 2013
Dr. Ewald Greslehner, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG