

51. Jahrgang / August 2022 / Nr. 4

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Linde
www.lindeverlag.at

**Susanne Kalss/Tamara Harner/Sophie Grusch
Theresa Nindler/Elisabeth Lammer/Melanie Winkler**
Ausgewählte empirische Daten zur Privatstiftung

Matthias Pendl
Die Rechtsformneuschöpfung „Privatstiftung“

Thomas Zottl/Anna Kohlmaier
Verbrieft Nachbesserungsrechte in Barabfindungsverfahren

Clemens Hasenauer/Michael Ebner
Abgrenzungsfragen bei der Ad-hoc-Publizität

Martin Karollus
Zusammenrechnung von Beteiligungen gemäß § 6 EKEG

Aus der aktuellen Rechtsprechung
OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und Stiftungsrecht

Unternehmensrecht aktuell
Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

[22] 4.3. Die vom Erstgericht amtswegig verfügte Löschung der Rechtstatsachen 002 und 003 war somit von § 10 Abs 2 FBG nicht gedeckt. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass durch die Löschung der beiden Rechtstatsachen in die Rechtsstellung der Gesellschaft eingegriffen wurde. Die Gesellschaft wäre daher vor der verfügten Löschung nach § 18 FBG zu verständigen gewesen (vgl AB 23 BlgNR 18. GP, 12; RIS-Justiz RS0059164; speziell zur Löschung nach § 10 Abs 2 FBG Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG, § 18 Rz 23; Pilgerstorfer in Artmann, UGB I³, § 10 Rz 12 FBG und § 18 FBG Rz 17; Jennewein, FBG, § 10 Rz 17).

[23] Das Erstgericht wird somit nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen haben, ob es hinsichtlich dieser Löschungen das von den Rechtsmittelwerbern angeregte Lösungsverfahren nach § 10 Abs 2 FBG einleitet, wobei eine Verständigung nach § 18 FBG sich diesfalls erübrigen würde, hat doch die Gesellschaft bereits zu erkennen gegeben, dass sie mit einem Lösungsverfahren iS ihrer Anregung einverstanden wäre.

Anmerkung:

Insb die vom OGH im Rahmen eines *obiter dictum* gemachten Aussagen „zur Klarstellung der Rechtslage“ sind ein besonders wertvoller Beitrag für die Praxis, die in diesem Punkt bisher uneinheitlich war. „Dadurch, dass eine zulässige und wirksame konstitutive Eintragung etwa einer Gesellschaftsvertragsänderung durch spätere Satzungsänderungen nicht mehr aktuell wirksam und somit „obsolet“ wird, wird sie hingegen weder unzulässig noch unrichtig, stellt sie doch die seinerzeit bewirkte und bis zur Eintragung einer späteren, abändernden Satzungsänderung geltende Rechtslage richtig dar.“ Diesem Satz der Entscheidungsbegründung (Pkt 4.2.3.) folgend, stellt die früher eingetragene Satzungsänderung die Rechtslage nicht mehr richtig dar, wenn die jüngere abändernde Satzungsänderung eingetragen wurde und die frühere Satzungsänderung dadurch „obsolet“ wurde. Die frühere Eintragung darf aber trotzdem nicht gelöscht werden, weil sie iSd maßgeblichen Bestimmung des § 10 Abs 2 FBG nicht wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig geworden ist. Der rechtlichen Ableitung des OGH ist hier völlig zuzustimmen.

Praktisch ergibt sich zB daraus Folgendes: Eine GmbH hat ihren Sitz in Wien. Sie verlegt nun den Sitz nach Mödling. Der Sitz ist ein zwingender Punkt des Gesellschaftsvertrages (§ 4 Abs 1 Z 1 GmbHG). Die Verlegung des Sitzes erfordert daher eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. Die Eintragung einer Satzungsänderung bewirkt, dass im Firmenbuch der Sitz „Wien“ gelöscht und der Sitz „Mödling“ eingetragen wird (§ 3 Abs 1 Z 4 FBG). Gleichzeitig wird die Änderung des Gesellschaftsvertrages in Pkt 2. (= Sitz) eingetragen. Wird in weiterer Folge der Sitz von „Mödling“ nach „Baden“ verlegt und der Gesellschaftsvertrag wieder in Pkt 2. (= Sitz) geändert, wird der Sitz „Mödling“ gelöscht und als Sitz „Baden“ eingetragen; die erste Rechtstatsache über die Änderung des Gesellschaftsvertrages in Pkt 2. betreffend den Sitz in „Mödling“ bleibt eingetragen, obwohl der Sitz nicht mehr in Mödling ist.

Wenn eine GmbH in eine AG umgewandelt wird (§§ 245 ff AktG), werden die bei der GmbH zuvor eingetragenen Satzungsänderungen ebenfalls nicht unzulässig iSd § 10 Abs 2 FBG. In der Praxis erfolgt die Eintragung unter der Firmenbuchnummer der früheren GmbH.

Bei einer Firmenbuchabfrage können laut Abfragemasken zwei Arten von Firmenbuchauszügen abgerufen werden. Es kann ua ein Auszug mit aktuellen Daten oder ein Auszug mit historischen (gelöschten) Daten abgerufen werden. Wenn nun in einem Auszug mit aktuellen Daten eine Rechtstatsache (Änderung des Gesellschaftsvertrages in Pkt 2. = Sitz Mödling) eingetragen ist, die nicht mehr die aktuelle Rechtslage darstellt, oder wenn bei einer durch Umwandlung entstandenen AG Vertragsänderungen der früheren GmbH

eingetragen sind, entspricht die Bezeichnung „Auszug mit aktuellen Daten“ nicht exakt dem Wortsinn.

Diese faktischen Tatsachen sind aber kein Grund, § 10 Abs 2 FBG anders zu interpretieren. Es fehlt eine gesetzliche Bestimmung, auf deren Grundlage konstitutive Eintragungen über Satzungsänderungen gelöscht werden können, wenn sie nicht mehr die geltende Rechtslage darstellen.

Wilhelm Birnbauer

ADir. Wilhelm Birnbauer ist Diplomrechtspfleger in Firmenbuchsachen beim LG Wiener Neustadt, Vortragender ua im Justiz-Bildungszentrum Schwechat sowie Prüfungskommissär für die Rechtspflegerprüfungen.

Personengesellschaften

Deutschland: Zur analogen Anwendung von § 179a dAktG auf die KG

§ 179a dAktG¹

§ 237 AktG

1. § 179a dAktG ist auf die KG nicht analog anwendbar (Aufgabe von BGH 9.1.1995, II ZR 24/94).
2. Dem Schutzanliegen von § 179a dAktG, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, wird bei der KG auch ohne entsprechende Anwendung der Norm durch einen gesetzlich verankerten Beschlussvorbehalt (vgl § 116 Abs 2, § 119 Abs 1, § 161 Abs 2 und § 164 dHGB [vgl in Österreich die weithin sinngleichen Vorschriften des UGB mit derselben Paragraphenbezeichnung]) Rechnung getragen. Deshalb fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.
3. Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer KG erfüllt in aller Regel die Voraussetzungen eines außergewöhnlichen Geschäfts iSd § 116 Abs 1 und 2 dHGB.

BGH 15.2.2022, II ZR 235/20 (OLG Stuttgart 20 U 19/18; LG Ravensburg 2 O 398/12)

[1] Die Klägerin ist eine KG, die sich seit 27.4.1998 in Liquidation befindet. Kommanditisten der Klägerin waren die Streithelfer der Beklagten Dr. G. B. und Dr. J. B. mit einer Einlage von jeweils 30.000 DM, E. B. mit einer Einlage von 60.000 DM, A. S. mit einer Einlage von 24.000 DM und F. S. mit einer Einlage von 16.000 DM. Komplementärin der Klägerin war die L.-Beteiligungs GmbH, deren Geschäftsführer die Streithelfer der Beklagten waren. Die Beklagte, an der die Klägerin einen Kommanditanteil von 15.600 DM hielt, ist die Herausgeberin der S. Zeitung. Die Klägerin ist eine KG, die sich seit 27.4.1998 in Liquidation befindet. Kommanditisten der Klägerin waren die Streithelfer der Beklagten Dr. G. B. und Dr. J. B. mit einer Einlage von jeweils 30.000 DM, E. B. mit einer Einlage von 60.000 DM, A. S. mit einer Einlage von 24.000 DM und F. S. mit

¹ § 179a dAktG („Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens“) lautet:

„(1) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne daß die Übertragung unter die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes fällt, bedarf auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstandes verbunden ist. Die Satzung kann nur eine größere Kapitalmehrheit bestimmen.

(2) Der Vertrag ist von der Einberufung der Hauptversammlung an, die über die Zustimmung beschließen soll, in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Auf Verlangen ist jedem Aktionär unverzüglich eine Abschrift zu erteilen. Die Verpflichtungen nach den Sätzen 1 und 2 entfallen, wenn der Vertrag für denselben Zeitraum über die Internetseite der Gesellschaft zugänglich ist. In der Hauptversammlung ist der Vertrag zugänglich zu machen. Der Vorstand hat ihn zu Beginn der Verhandlung zu erläutern. Der Niederschrift ist er als Anlage beizufügen.

(3) Wird aus Anlaß der Übertragung des Gesellschaftsvermögens die Gesellschaft aufgelöst, so ist der Anmeldung der Auflösung der Vertrag in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.“

einer Einlage von 16.000 DM. Komplementärin der Klägerin war die L.-Beteiligungs GmbH, deren Geschäftsführer die Streithelfer der Beklagten waren. Die Beklagte, an der die Klägerin einen Kommanditanteil von 15.600 DM hielt, ist die Herausgeberin der S. Zeitung.

[2] Die Parteien schlossen am 10.2.1949 einen als solchen bezeichneten „Druckvertrag“, mit dem die Beklagte die Klägerin mit der Herstellung und dem Vertrieb der Lokalausgabe der S. Zeitung für den Bereich S. beauftragte. Am 26.1. 1989 wurde die M. GmbH & Co KG V. (im Folgenden: V.) gegründet. Komplementärin war die M. Verwaltungs-GmbH (im Folgenden: Verwaltungs-GmbH), deren einzige Gesellschafterin mit einem Anteil von 50.000 DM die Klägerin war. Den einzigen Kommanditanteil an der V. von 500.000 DM hielt ebenfalls die Klägerin. In der Folgezeit bediente sich die Klägerin der V., um ihre Verpflichtungen aus dem Druckvertrag gegenüber der Beklagten zu erfüllen.

[3] In der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 23.2.1998 wurde gegen die Stimme des A. S. ein Beschluss zur Sanierung der L.-Gruppe gefasst, der auszugsweise wie folgt lautet:

„Eine Sanierung der L.-Gruppe soll dadurch erfolgen, dass die Geschäftsführung der M. GmbH & Co [Klägerin] bzw ... auf der Basis der vorliegenden Angebote Vermögenswerte insgesamt oder einzeln veräußern:

...

– Verkauf der Beteiligungen am S. Verlag,

...“

[4] A. S. ging im einstweiligen Verfügungsverfahren hiergegen vor. Am 25.2.1998 stimmte er in einem zwischen den Gesellschaftern der Klägerin unter Beitritt der V. geschlossenen gerichtlichen Vergleich dem Gesellschafterbeschluss zu.

[5] Am 2.4.1998 schlossen die Parteien einen Kauf- und Übertragungsvertrag mit Entschuldungsvereinbarung. Darin wurden unter anderem der Kommanditanteil der Klägerin an der Beklagten über 15.600 DM an die Beklagte verkauft, der Kommanditanteil der Klägerin an der V. über 500.000 DM an die Beklagte verkauft und abgetreten, der Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH an die Beklagte verkauft sowie vereinbart, dass die V. anstelle der Klägerin mit Wirkung zum 1.4.1998 in sämtliche Rechte und Pflichten des zwischen der Klägerin und der Beklagten am 10.2.1949 abgeschlossenen Druckvertrages eintritt. Als Kaufpreis für die drei Beteiligungen wurden 6,4 Mio DM vereinbart. Der Kauf- und Übertragungsvertrag wurde von allen Gesellschaftern der Klägerin mit Ausnahme von A. S. und für die Beklagte von deren einzelvertretungsberechtigten Prokuristen unterschrieben.

[6] Mit notarieller Urkunde vom selben Tag wurde der Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH an die Beklagte abgetreten. In einem als „Zustimmungsvereinbarung“ bezeichneten Vertrag zwischen der Klägerin, der Beklagten, der V. und Rechtsanwalt Dr. F. wurde der Kommanditanteil an der Beklagten, der nach den Vorstellungen der Parteien von Dr. F. treuhänderisch für die Klägerin gehalten wurde, nach Auflösung des Treuhandverhältnisses an die V. abgetreten. Nach dem Vertragstext nahm die V. die Abtretung an.

[7] Am 27.4.1998 fasste die Gesellschafterversammlung der Klägerin einen Liquidationsbeschluss. Ein hiergegen von A. S. eingeleitetes einstweiliges Verfügungsverfahren blieb in zweiter Instanz erfolglos. Als Liquidatorin der Klägerin war zunächst die Komplementärin der Klägerin bestellt. Durch Gerichtsbeschluss vom 8.12.2006 wurde diese abberufen. Am 31.5.2007 wurde ein neuer Liquidator bestellt.

[8] Das Begehren der Klägerin ist im Wesentlichen auf die Feststellung des Fortbestands der übertragenen Beteiligungen bzw auf Rückübertragung gerichtet. Darüber hinaus macht sie Auskunftsansprüche in Bezug auf gezogene Nutzungen geltend und verlangt die Feststellung des Fortbestands des Druckvertrages.

- ▶ Das LG Ravensburg hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.
- ▶ Der BGH gab der Revision der Klägerin nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen des BGH:

[10] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

[11] Die Klägerin sei nicht mehr Kommanditistin der V. und könne auch nicht Rückübertragung des Kommanditanteils und der Anteile an der Verwaltungs-GmbH verlangen, denn der Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2.4.1998 sei wirksam.

[12] Der Kauf- und Übertragungsvertrag sei nicht analog § 179a Abs 1 Satz 1 dAktG nichtig. Es könne offenbleiben, ob beim Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrages von einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens iSd Vorschrift ausgegangen werden könne. Auch habe die iSd Vorschrift erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung gefehlt, weil diese sich auf den vollständigen schriftlich ausformulierten Vertragsentwurf beziehen müsse, der zum Zeitpunkt der Fassung des Sanierungsbeschlusses am 23.2.1998 nicht vorgelegen habe. Hierauf komme es aber nicht an, weil eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die KG abzulehnen sei, was sich aus der zur GmbH ergangenen Entscheidung des BGH vom 8.1.2019 ergebe, mit der dessen frühere zur KG ergangene Rspr aufgegeben worden sei.

[13] Es liege auch kein zur Unwirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrages führender erkennbarer Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Streithelfer als Vertreter der Klägerin vor. Es könne offenbleiben, ob die Beschlussfassung vom 23.2.1998 über den Verkauf der Beteiligungen und Grundstücke als Zustimmung zum späteren Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2.4.1998 genügt habe. Offenbleiben könne auch, ob die Beklagte oder der sie bei den Vertragsverhandlungen vertretende Rechtsanwalt Dr. F. das Erfordernis und das Fehlen einer Beschlussfassung erkannt habe oder habe erkennen müssen. Denn die Klägerin habe das Rechtsgeschäft mit dem Liquidationsbeschluss vom 27.4.1998 genehmigt, dem vier von fünf Gesellschaftern zugestimmt hätten. Den Beteiligten sei bei der Beschlussfassung bekannt gewesen, dass der Liquidationsbeschluss zwingend die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrages vorausgesetzt habe, weshalb in dem Beschluss eine konkludente Genehmigung zu sehen sei.

[14] Da weder in Bezug auf den Kommanditanteil an der V. noch auf den Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH Ansprüche der Klägerin bestünden, seien auch Ansprüche auf Auskunftserteilung über daraus gezogene Nutzungen und daraus folgende Zahlungsansprüche zu verneinen.

[15] Der Fortbestand des Druckvertrages zwischen den Parteien könne nicht festgestellt werden, weil mit dem Kauf- und Übertragungsvertrag eine Vertragsübernahme vorliege und die V. an dem Abschluss des Vertrages jedenfalls insoweit beteiligt gewesen sei, auch wenn sie im Rubrum nicht erwähnt werde. Außerdem habe im nachvertraglichen Verhalten der V. eine konkludente Genehmigung der von der Klägerin vorgenommenen Verfügung gelegen.

[16] Es könne nicht festgestellt werden, dass die Klägerin den Kommanditanteil an der Beklagten noch halte oder diese zu einer Rückübertragung verpflichtet sei. Die dingliche Übertragung sei wirksam, wobei offenbleiben könne, ob die Sicherungsabtretung der Klägerin vom 25. bzw 27.2.1998 an

Dr. F. als Treuhänder wirksam sei. Denn jedenfalls habe dieser aufgrund der in der Zustimmungvereinbarung vom 2.4.1998 zu sehenden Anweisung der Klägerin wirksam über die Anteile an der Beklagten verfügt. Die für den Anteilsübergang auf die V. erforderliche Zustimmung der Gesellschafter der Beklagten habe vorgelegen, was sich aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 30.3.1998 ergebe.

[17] II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung stand.

[18] I. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2.4.1998 sei unwirksam, weil es an einer analog § 179a Abs 1 Satz 1 dAktG erforderlichen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung der Klägerin über den Vertrag fehle, weshalb die Abtretung des Kommanditanteils an der V. unwirksam sei, die Klägerin Rückübertragung der in Umsetzung des Vertrages übertragenen weiteren Gesellschaftsanteile verlangen könne und Partei des Druckvertrages geblieben sei. § 179a Abs 1 Satz 1 dAktG ist auf die KG nicht analog anwendbar.

[19] a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob mit dem Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrages von einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens iSv § 179a dAktG ausgegangen werden müsse. Für die Revisionsinstanz ist das zu unterstellen.

[20] b) Nachdem der BGH zunächst offengelassen hatte, ob § 361 Abs 1 dAktG aF als Vorgängervorschrift von § 179a dAktG auf die KG entsprechende Anwendung findet (BGH 8.7.1991, II ZR 246/90, ZIP 1991, 1066 [1067]), hat er den Rechtsgedanken der Norm später auf eine KG, die das von ihr betriebene, ihr gesamtes Vermögen darstellende Unternehmen veräußerte, erstreckt (BGH 9.1.1995, II ZR 24/94, ZIP 1995, 278 [279]). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Senat diese Rspr in seinem Urteil vom 8.1.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354, nicht aufgegeben, sondern lediglich entschieden, dass § 179a dAktG nicht auf die GmbH anwendbar ist. Mit der Frage, was bei der KG gilt, befasst sich die Entscheidung nicht.

[21] Die entsprechende Anwendung von § 179a dAktG auf die KG wird in Teilen der oberlandesgerichtlichen Rspr und des Schrifttums befürwortet (OLG Düsseldorf, ZIP 2018, 72 [75 f]; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254; *Goette*, DStR 1995, 425 [426]; *Heinze*, NJW 2019, 1995 [1997]; *Hüren*, RNotZ 2014, 77 [88 f]; *K. Schmidt*, ZGR 1995, 675 [679 f]; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983 f; *Weber*, DNotZ 2018, 96 [122 f]; *Widder/Feigen*, NZG 2018, 972 [973]; *Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB⁵, § 126 Rz 4; *Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I⁴, § 126 Rz 9; *Habersack in Staub*, HGB⁵, § 126 Rz 16; *Heidel/Wagner*, AktG⁵, § 179a Rz 20; aA OLG Stuttgart, ZIP 2010, 131 [133]; *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419 [1421 f]; *Bredthauer*, NZG 2008, 816 [819]; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299 [309 f]; *Hadding in FS Lutter* [2000] 851 [862 ff]).

[22] Nach der Ablehnung der entsprechenden Anwendung des § 179a dAktG auf die GmbH durch den Senat mehrten sich die Stimmen, die eine Analogie auch für die KG verneinen (*Bergmann in FS Vetter* [2019] 79 [86 f]; *Berkefeld*, DNotZ 2020, 85 [94]; *Götze*, NZG 2019, 695 [696]; *Heckschen*, AG 2019, 420 [422]; *Mack*, MittBayNot 2019, 491 [495];

Meier, DNotZ 2020, 246 [249 f]; *Meyer*, GmbHR 2019, 973 [978 f]; *Wachter*, DB 2019, 1078 [1079]; *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵, § 179a Rz 1; *Holzborn in BeckOGK AktG* [Stand: 1.9.2021] § 179a Rz 14; *Stein in MünchKomm AktG*⁵, § 179a Rz 14).

[23] c) Der Senat hält an seiner Rspr nicht fest. § 179a dAktG ist auf die KG nicht analog anwendbar.

[24] aa) Die Gesetzgebungsgeschichte von § 179a dAktG gibt keinen Anhaltspunkt für eine analoge Anwendung der Norm auf die KG. Die aktienrechtliche Gesetzesentwicklung zeigt lediglich einen auf die Aktionäre ausgerichteten Schutzzweck der Vorschrift (BGH 8.1.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354, Rn 17 ff).

[25] bb) Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH 8.1.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354, Rn 14 mwN). Jedenfalls ein solcher vergleichbarer Sachverhalt liegt nicht vor.

[26] (1) Dem Schutzanliegen von § 179a dAktG, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, wird bei der KG auch ohne entsprechende Anwendung der Norm durch einen gesetzlich verankerten Beschlussvorbehalt Rechnung getragen. Deshalb fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke und eine systemfremde Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Außenwirkung und die damit einhergehende Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs, mit der Rechtsunsicherheit hervorgerufen und Haftungsrisiken geschaffen werden, verbietet sich.

[27] Zur Vornahme eines über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehenden Geschäfts muss die Geschäftsleitung gem § 116 Abs 2, § 119 Abs 1, § 161 Abs 2 und § 164 dHGB bei der KG einen zustimmenden Beschluss sämtlicher Gesellschafter unter Einschluss der Kommanditisten einholen, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist (RGZ 158, 305 [307]; BGH 11.2.1980, II ZR 41/79, BGHZ 76, 160 [164]; 19.4.2016, II ZR 123/15, ZIP 2016, 1332, Rn 29; 11.9.2018, II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024, Rn 15, 17 und 20). Die rechtzeitige Beteiligung der Gesellschafter wird dadurch sichergestellt, dass die Geschäftsleitung das Geschäft den Kommanditisten gegenüber vor dem Abschluss offenzulegen und deren Stellungnahme abzuwarten hat (*Notz/Zinger in BeckOGK HGB* [Stand: 15.1.2021] § 164 Rz 24; *Eberl in Heidel/Schall*, HGB³, § 164 Rz 7; *Oetker in Oetker*, HGB⁷, § 164 Rz 12; *Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I⁴, § 164 Rz 9; *Grunewald in MünchKomm HGB*⁴, § 164 Rz 11; *Casper in Staub*, HGB⁵, § 164 Rz 12).

[28] Außergewöhnlich iSd § 116 Abs 1 und 2 dHGB sind Geschäfte dann, wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck oder nach ihrer Bedeutung und den mit ihnen verbundenen Gefahren über den gewöhnlichen Rahmen des Geschäfts-

betriebs der Gesellschaft hinausgehen (vgl. BGH 13.1.1954, II ZR 6/53, BB 1954, 143; 11.2.1980, II ZR 41/79, BGHZ 76, 160 [162 f]). Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer KG erfüllt in aller Regel diese Voraussetzungen (RGZ 162, 370 [372]; *Bergmann* in FS Vetter [2019] 79 [91]; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299 [311 f]; *Götze*, NZG 2019, 695 [696]; *Hadding* in FS Lutter [2000] 851 [861]; *Mack*, MittBayNot 2019, 491 [495]; *Meier*, DNotZ 2020, 246 [255]).

[29] Nichts anderes würde gelten, wenn man ein Gesamtvermögensgeschäft als Grundlagengeschäft einordnen würde (so *Weipert* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I⁴, § 164 Rz 10 f; *Schäfer* in *Staub*, HGB⁵, § 116 Rz 8; ablehnend *Bergmann* in FS Vetter [2019] 79 [87]; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299 [311 f]; *Hadding* in FS Lutter [2000] 851 [861]; *Meier*, DNotZ 2020, 246 [254 f]; BFH, HFR 2009, 129 [130]). Auch ein Grundlagengeschäft setzt einen Beschluss aller Gesellschafter voraus, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist (vgl. BGH 11.2.1980, II ZR 41/79, BGHZ 76, 160 [164]; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299 [310]; *Götze*, NZG 2019, 695 [696]; *Mack*, MittBayNot 2019, 491 [495]; *Scholl/Fischer* in BeckOGK HGB [Stand: 15.7.2021] § 114 Rz 24 und § 116 Rz 7; *Drescher* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I⁴, § 116 Rz 2).

[30] Das Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafters. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschafter gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug eines nachteiligen Geschäfts zu verhindern.

[31] (2) Die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter einer KG auf die Geschäftsleitung sind für die Beantwortung der Frage nach der analogen Anwendung von § 179a dAktG nachrangig. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, sind die strukturellen Unterschiede zur AG derart ausgeprägt, dass dies ebenfalls gegen eine entsprechende Anwendung von § 179a dAktG auf die KG spricht. Im Unterschied zu der auf Machtbalance der einzelnen Organe abzielenden und die Aktionäre von der unmittelbaren Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausschließenden Verfassung der AG ist der unmittelbare Einfluss der Kommanditisten auf die Geschäftsführung erheblich. Im Hinblick auf die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer KG ist eine Analogie abzulehnen.

[32] Bei einem Vergleich der Kontroll- und Informationsrechte der Gesellschafter lässt sich allerdings keine geringere Schutzbedürftigkeit der Kommanditisten feststellen. Das Kontroll- und Informationsrecht des Aktionärs beschränkt sich im Wesentlichen auf die Hauptversammlung und die Gegenstände der Tagesordnung (BGH 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48 [54]). Das Auskunftsrecht wird ua durch das Kriterium der Erforderlichkeit in § 131 Abs 1 Satz 1 dAktG und durch das Auskunftsverweigerungsrecht des Vorstands aus § 131 Abs 3 Satz 1 Z 1 dAktG begrenzt (vgl. BGH 14.1.2014, II ZB 5/12, *Porsche SE*, ZIP 2014, 671, Rn 25 f; 5.11.2013,

II ZB 28/12, BGHZ 198, 354, Rn 20 f). In diesen Grenzen ist es aber umfassend und bezieht sich auch auf Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung. Dem Kommanditisten steht neben seinem gegenständlich beschränkten Informationsrecht nach § 166 Abs 1 dHGB ein Kontrollrecht nach § 166 Abs 3 dHGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu. Dieses umfasst zwar neben den Auskünften, die der Prüfung des Jahresabschlusses dienen oder zum Verständnis des Jahresabschlusses erforderlich sind, auch Auskünfte über die Geschäftsführung des Komplementärs allgemein und die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen (BGH 14.6.2016, II ZB 10/15, BGHZ 210, 363, Rn 13). Es handelt sich aber um kein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht des Kommanditisten, sondern rechtfertigt von vornherein nur die Zuerkennung solcher Informations- und Aufklärungsrechte, die zur Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Rechte bzw zur Wahrung berechtigter Interessen des Kommanditisten geeignet und angemessen sind. Das außerordentliche Informationsrecht wird insoweit durch das Informationsbedürfnis des Kommanditisten begrenzt, das sich aus dem wichtigen Grund ergibt (BGH 14.6.2016, II ZB 10/15, BGHZ 210, 363, Rn 23 mwN).

[33] Gegen die entsprechende Anwendung von § 179a dAktG spricht aber die stärkere Einflussmöglichkeit von Gesellschaftern einer KG auf die Geschäftsführung und die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit. Das Aktienrecht enthält in §§ 76 ff und §§ 111 ff dAktG Kompetenzzuweisungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können (vgl. BGH 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48 [53 f]; 8.1.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354, Rn 34). Vor allem über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung für den Vorstand bindend nach § 119 Abs 2 dAktG nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (BGH 8.1.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354, Rn 34 mwN). Ob der Vorstand dies verlangt, steht grundsätzlich in seinem Ermessen (BGH 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 [131]; *Liebscher* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht⁵, § 119 AktG Rz 9; *Hoffmann* in BeckOGK AktG [Stand: 1.9.2021] § 119 Rz 17; *Hüfner/Koch*, AktG¹⁵, § 119 Rz 13; *Spindler* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴, § 119 Rz 17; *Kubis* in MünchKomm AktG⁵, § 119 Rz 22; *Tröger* in Kölner Komm AktG³, § 119 Rz 62; *Mülbart* in Großkomm AktG⁵, § 119 Rz 119). Demgegenüber hat die Komplementärin stets nach § 116 Abs 2 dHGB die Zustimmung der Gesellschafter zu Fragen der Geschäftsführung einzuholen, wenn ein Geschäft über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung die Befugnis einräumen, der Geschäftsführung Weisungen in Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erteilen (BGH 11.9.2018, II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024, Rn 34).

[34] cc) Gegen eine Analogie spricht auch bei der KG zudem, dass diese ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage ein tragendes Prinzip des Rechts der Handelsgesellschaften gefährden würde. § 126 Abs 2 dHGB, der die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Außenverhältnis statuiert, ist wie die parallelen Vorschriften § 37 Abs 2 dGmbHG, § 82 Abs 1 dAktG, § 27

Abs 2 dGenG oder § 50 Abs 1 dHGB Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse erfordert. Für den Dritten, der mit einem Vertreter einer Handelsgesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließt oder Erklärungen entgegennimmt, ist es, wenn nicht praktisch undurchführbar, so jedenfalls unzumutbar, sich in jedem Einzelfall über den Umfang der Vertretungsbefugnis des anderen Teils zu informieren. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber gerade bei den Handelsgesellschaften den Umfang der organschaftlichen Vertretungsbefugnis zwingend festgelegt (BGH 20.9.1962, II ZR 209/61, BGHZ 38, 26 [33]; 23.6.1997, II ZR 353/95, ZIP 1997, 1419 [1420]; 18.10.2017, I ZR 6/16, *media control*, ZIP 2018, 214, Rn 21 mwN; 8.1.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354, Rn 31).

[35] Dieser Gedanke erlangt bei der KG besonderes Gewicht, weil der jeweilige Vertragspartner der Gesellschaft das Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäfts idR nicht zuverlässig beurteilen kann. Eine quantitative Abgrenzung nach dem Wertverhältnis des zu übertragenden und des verbleibenden Vermögens der Gesellschaft ist erschwert, weil die Vermögenssituation der Personengesellschaft und der Wert ihrer Vermögensgegenstände aufgrund der geringeren Bilanzpublizität nur eingeschränkt offengelegt werden. Hinzu kommt, dass der Rechtsverkehr bei den Personengesellschaften typischerweise von einer engeren internen Abstimmung zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern als bei einer AG ausgehen kann, was in die Abwägung mit dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter einzustellen ist (*Eschwey*, MittBayNot 2018, 299 [311]; *Grunewald*, JZ 1995, 577 [578]).

[36] dd) Ob eine entsprechenden Anwendung von § 179a dAktG auf die KG auch bei Publikumpersonengesellschaften ausscheidet, bei denen die Struktur einer AG angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering sind, bedarf keiner Entscheidung.

[37] 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Unwirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrages nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht verneint, weil die Gesellschafter der Klägerin den Vertrag mit dem Liquidationsbeschluss vom 27.4.1998 genehmigt haben.

[38] a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein unter Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenes Rechtsgeschäft in entsprechender Anwendung des § 177 Abs 1 BGB genehmigt werden kann (BGH 6.5.1999, VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357 [364]; 20.6.2007, IV ZR 288/06, MittBayNot 2008, 67, Rn 5; 18.10.2017, I ZR 6/16, *media control*, ZIP 2018, 214, Rn 24). Dies gilt auch bei organschaftlicher Vertretung (BGH 20.6.2007, IV ZR 288/06, MittBayNot 2008, 67, Rn 4; 18.10.2017, I ZR 6/16, *media control*, ZIP 2018, 214, Rn 24). Missachtet ein Geschäftsführer einen Zustimmungsvorbehalt, ist die Person bzw das Gremium zur Erteilung der Genehmigung befugt, in dessen Kompetenz die übergangene Zustimmung fällt (vgl BGH 30.3.1953, IV ZR 176/52, GRUR 1953, 446 [447]; 19.12.1988, II ZR 74/88, ZIP 1989, 294 [295]; 29.11.2004, II ZR 364/02, ZIP 2005, 348, Rn 16). Die gem § 184 Abs 1 BGB *ex tunc* wirkende Genehmigung kann auch konkludent erteilt werden (BGH 2.4.2004,

V ZR 107/03, NJW 2004, 2382 [2383]; 17.11.2014, I ZR 97/13, GRUR 2015, 187, Rn 22 und 34 f; 25.3.2015, VIII ZR 125/14, NJW 2015, 2584, Rn 49; 9.1.2018, XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178, Rn 53; 15.4.2021, III ZR 139/20, BGHZ 229, 299, Rn 25).

[39] b) Das Berufungsgericht hat eine konkludente Genehmigung des allen Gesellschaftern bekannten Kauf- und Übertragungsvertrages durch den mit qualifizierter Mehrheit allein gegen die Stimme des A. S. gefassten Liquidationsbeschluss angenommen. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ob konkludent genehmigt wurde, ist durch eine im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbare Auslegung der Umstände zu ermitteln (BGH 7.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129 [134]; 15.4.2021, III ZR 139/20, BGHZ 229, 299, Rn 25).

[40] Eine Genehmigung schwebend unwirksamer Geschäfte durch schlüssiges Verhalten setzt allerdings regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich werden zu lassen (BGH 16.9.2003, XI ZR 74/02, BKR 2003, 942 [944]; 29.11.2004, II ZR 364/02, ZIP 2005, 348, Rn 14; 22.2.2005, XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488 [1490]; 17.11.2014, I ZR 97/13, GRUR 2015, 187, Rn 36; 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, Rn 29; 9.1.2018, XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178, Rn 53; offengelassen BGH 19.12.1988, II ZR 74/88, ZIP 1989, 294 [295]). Entgegen der Auffassung der Revision weicht das Berufungsgericht von dieser Rspr nicht ab, wenn es ausführt, der Liquidationsbeschluss habe zwingend die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrages vorausgesetzt und dies sei den Beteiligten bekannt gewesen. Die von der Revision idZ erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 dZPO).

[41] 3. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Feststellung, dass der Druckvertrag vom 10.2.1949 zwischen den Parteien fortbestehe, zurückgewiesen, weil die V. durch die Vereinbarung im Kauf- und Übertragungsvertrag wirksam anstelle der Klägerin in den Vertrag eingetreten ist.

[42] Dabei kann dahinstehen, ob – was die Revision in Abrede stellt – die V. bei Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrages wirksam vertreten war. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass im nachvertraglichen Verhalten der V. jedenfalls eine konkludente Genehmigung der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Druckvertrag auf die V. lag. Diese Auslegung des Berufungsgerichts darf vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (BGH 13.1.2021, VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218, Rn 29; 3.3.2021, XII ZR 92/19, NZM 2021, 507, Rn 8; 15.6.2021, II ZB 35/20, ZIP 2021, 1514). Solche Fehler sind nicht ersichtlich. Die Revision wendet ohne Erfolg ein, es fehle an Feststellungen zum Genehmigungsbewusstsein der V.

[43] Ein Genehmigungsbewusstsein ist indes nicht stets erforderlich. Nach der Rspr des BGH liegt eine – auch schlüssige – Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung oder sein Verhalten nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH 7.6.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324; 2.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171 [177]; 7.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129 [136]; 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273 [1275]; 16.9.2003, XI ZR 74/02, BKR 2003, 942 [944 f]; 16.12.2009, XII ZR 146/07, BGHZ 184, 35, Rn 19; 17.11.2014, I ZR 97/13, GRUR 2015, 187, Rn 36). Das gilt auch für eine nach § 185 BGB erforderliche Einwilligung oder Genehmigung (BGH 2.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171 [178]).

[44] Dies vorausgesetzt, hat das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Feststellungen ohne Rechtsfehler die Genehmigung der Vertragsübernahme durch die V. angenommen. Es ist anerkannt, dass eine Zustimmung durch schlüssiges Handeln idR dann anzunehmen ist, wenn der Zustimmungsberechtigte das Rechtsgeschäft als gültig behandelt (BGH 15.5.1990, X ZR 82/88, NJW-RR 1990, 1251 [1252]; *Ellenberger in Grüneberg*, BGB⁸¹, § 182 Rz 3; *Maier-Reimer/Finkenauer in Erman*, BGB¹⁶, § 182 Rz 11; *Bayreuther in MünchKomm BGB*⁹, § 182 Rz 15). In dem Umstand, dass die V. seit Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrages, mithin seit über 20 Jahren, den Druckvertrag mit der Beklagten als Vertragspartner durchführt, diesen entsprechend abrechnet und dies in ihren Jahresabschlüssen ausweist, durfte das Berufungsgericht daher jedenfalls eine schlüssige Genehmigung der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Druckvertrag sehen.

[45] 4. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Feststellung, dass die Klägerin weiterhin den Kommanditanteil im Nennwert von 15.600 DM an der Beklagten halte, einschließlich der Hilfsanträge zurückgewiesen. Entgegen der Auffassung der Revision ist die dingliche Übertragung dieses Kommanditanteils auf die V. wirksam.

[46] a) Im Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2.4.1998 wurde der Kommanditanteil der Klägerin an der Beklagten an die Beklagte verkauft. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde der Kommanditanteil parallel zum Abschluss dieses Vertrages mit der Zustimmungsvereinbarung vom selben Tag übertragen. Der Gesellschafter einer Personengesellschaft kann seinen Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf einen Mitgesellschafter oder auf eine dritte Person durch Verfügungsgeschäft (§ 413 BGB) mit der Wirkung übertragen, dass der Erwerber, wenn nichts anderes geregelt ist, ohne Weiteres in die Rechtsstellung eintritt, die bis dahin der Veräußerer innehatte (BGH 29.6.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82 [84]; 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77, Rn 18; 15.9.2020, II ZR 20/19, ZIP 2020, 2236, Rn 9). Der Kauf- und Übertragungsvertrag wurde jedenfalls mit Wirkung *ex tunc* genehmigt, sodass die Übertragung des Kommanditanteils mit Rechtsgrund erfolgte.

[47] Ausgehend davon, dass Dr. F. den Anteil an der Beklagten nach einer Sicherungsabtretung zum Zeitpunkt der Zustimmungsvereinbarung zunächst als Treuhänder für die Klägerin hielt, wurde in dieser Vereinbarung bestimmt, dass der Kommanditanteil vom Treuhänder auf Weisung der Beklagten als neuer Treugeberin unter Beendigung dieses Treuhandverhältnisses an die V. abgetreten werden soll. Dr. F. trat den Kommanditanteil an die V. ab, diese nahm die Abtretung an.

[48] b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Übertragung des Kommanditanteils auf die V. auch für den Fall als wirksam erachtet, dass die Sicherungsabtretung an Dr. F. unwirksam gewesen sein sollte. In diesem Fall hätte Dr. F. mit Einwilligung der Klägerin über den Anteil verfügt.

[49] Das Berufungsgericht ist aufgrund seiner aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandenden Auslegung der zwischen den Parteien, der V. und Dr. F., geschlossenen Zustimmungsvereinbarung vom 2.4.1998 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin für den Fall der Unwirksamkeit der Abtretung an Dr. F. als Inhaberin des Kommanditanteils diesen zum Zweck des Vollzugs des Kauf- und Übertragungsvertrages angewiesen hat, den Anteil zunächst als Treuhänder für die Beklagte zu halten, um dann unter Beendigung des Treuhandverhältnisses die Inhaberschaft der V. zu begründen. Die Anweisung an Dr. F. hat das Berufungsgericht unmittelbar dem in der Zustimmungsvereinbarung zum Ausdruck kommenden Willen der Beteiligten entnommen, der darauf gerichtet war, den Kommanditanteil unter Aufgabe sämtlicher Berechtigungen der Klägerin auf die V. als künftiger Tochter der Beklagten zu übertragen. Es hat sich dabei erkennbar und zutreffend von dem Gedanken leiten lassen, Erklärungen der Parteien nach Möglichkeit so auszulegen, dass deren Vorstellungen Wirksamkeit erlangen können, sofern sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt (vgl. BGH 4.7.1988, II ZR 370/87, Rn 4).

[50] c) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Zustimmung der Gesellschafter der Beklagten zur Übertragung des Kommanditanteils auf die V. festgestellt.

[51] Hierzu hat es ausgeführt, auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 30.3.1998 habe Einvernehmen bestanden, dass der „Lokalverlag S. übernommen“ werden solle, wozu ausdrücklich auch gehört habe, dass die Beklagte die Beteiligung der Klägerin an der V. übernehmen solle. Die V. habe als neue Tochter der Beklagten den Kommanditanteil an der Beklagten halten sollen. Damit habe eine Einwilligung der Gesellschafter der Beklagten zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auf die V. als neuer Gesellschafterin vorgelegen. Die Beklagte habe durch Vorlage des Protokollauszugs vom 30.3.1998 nachgewiesen, dass es sich dabei um einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss gehandelt habe. Die Klägerin habe dies nur pauschal bestritten, aber nicht in erheblicher Weise den detaillierten Vortrag der Beklagten zur Beteiligung und Abstimmung der Gesellschafter in dieser Versammlung in Abrede gestellt. Diese Ausführungen sind aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die von der Revision idZ erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und

nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 dZPO).

[52] Daneben weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass sich die Klägerin nicht mehr auf einen fehlenden Beschluss der Gesellschafter der Beklagten berufen könnte, weil die Übertragung des Kommanditanteils mit der einstimmigen Feststellung der Jahresabschlüsse der Beklagten zum 31.12.1998 und zum 31.12.1999 bestätigt wurde. Dem ist die Revision nicht entgegengetreten. Die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Übertragung eines Kommanditanteils kann durch schlüssiges Verhalten (wie etwa eine entsprechende Anmeldung zum Handelsregister) erfolgen (vgl. BGH 17.9.1984, II ZR 208/83, WM 1984, 1605; 22.4.1985, II ZR 151/84, WM 1985, 1143). Sie kann auch dadurch erteilt werden, dass die Gesellschafter einstimmig den die Übertragung ausweisenden Jahresabschluss der Gesellschaft billigen.

Anmerkung:

Der BGH musste sich in seiner rezenten Entscheidung mit der analogen Anwendung des § 179a dAktG auf die KG beschäftigen. Interessant ist diese Entscheidung für den österreichischen Rechtsbereich, da es mit § 237 AktG in Österreich eine vergleichbare Norm gibt und sich für die österreichische Rechtslage die gleiche Frage stellt. Sowohl für § 179a dAktG als auch für § 237 AktG wird nach ganz hL eine Außenwirkung insofern angenommen, als die ansonsten unbeschränkte Vertretungsmacht der Leitungsorgane nach außen beschränkt ist (hA; vgl. Gall in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ [2021] § 237 Rz 32).

Mit anderen Worten: Ein Vertrag, der ohne Einhaltung von § 179a dAktG bzw. § 237 AktG abgeschlossen wird, ist nicht wirksam zustande gekommen. Die Auswirkung für die österreichische Praxis ist in solchen Fällen erheblich, weil in Ermangelung eines Titels auch das Verfügungsgeschäft nicht wirksam zustande kommt; den Insolvenzverwalter einer insolventen Verkäuferin wird es freilich wegen der Massenmehrung freuen, wenn die Eigentumsübertragung nicht wirksam erfolgte; dem redlichen Rechtsverkehr tut man damit jedoch keinen Gefallen.

Der Sachverhalt der Entscheidung verdeutlicht zudem die mögliche zeitliche Dimension einer solchen Problematik, weil die Wirksamkeit einer 1998 (!) vorgenommenen Veräußerung strittig war: Anfang 1998 geriet die KG in eine wirtschaftliche Schieflage und im Zuge der Sanierungsmaßnahmen wurde der Gesellschafterbeschluss gefasst, dass die „Vermögenswerte insgesamt“ veräußert werden sollen. Noch 1998 veräußerte die KG (und spätere Klägerin) schließlich ihr Vermögen an die spätere Beklagte als Käuferin. In der Folge vertrat die KG aber die Ansicht, dass die erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung für die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens gefehlt habe, da sich der Gesellschafterbeschluss analog § 179a dAktG auf den vollständig ausformulierten Kaufvertrag beziehen müsse, der aber zum Zeitpunkt der Fassung des Sanierungsbeschlusses noch nicht bestanden hatte. Deshalb beehrte die KG die Rückübertragung der Vermögensgegenstände mit der Begründung, dass es an einem wirksamen Kaufvertrag fehle.

Streitgegenständlich war die analoge Anwendung des § 179a dAktG auf die KG; daneben gab es weitere strittige Fragen (insb. zum schlüssigen Genehmigungsbeschluss von Gesellschafter), deren Beantwortungen lesenswert sind (Rn 38 ff. der vorliegenden Entscheidung), hier aber nicht weiter interessieren. Der BGH bejahte zunächst vor rund 30 Jahren in der sog. *Nightclub*-Entscheidung (BGH 9.1.1995, II ZR 24/94, ZIP 1995, 278) die analoge Anwendung der (inhaltsgleichen) Vorgängernorm § 361 Abs 1 dAktG aF im Bereich des Personengesellschaftsrechts (konkret in Bezug auf eine KG). Allerdings vertrat der BGH diese Auffassung lediglich unter Zugrundelegung damaliger Stimmen des Schrifttums, welche die analoge Anwendung auf die GmbH befürworteten. Teile der deutschen Lehre folgerten daraus, der BGH habe die analoge Anwendung auf die GmbH ebenfalls längst bejaht (siehe etwa

Bredthauer, Zum Anwendungsbereich des § 179a AktG, NZG 2008, 816 [818]; Hüren, Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsrecht, RNotZ 2014, 77 [85]; J. Weber, Gesamtvermögensgeschäft und Gesellschafterbeschluss, DNotZ 2018, 96 [97]). Dieser Annahme trat der BGH im Urteil vom 8.1.2019, II ZR 364/18 (GesRZ 2019, 280 [Milchrahm]), entgegen und lehnte die analoge Anwendung des § 179a dAktG auf eine GmbH – mE zu Recht – ab.

Insoweit ist es auch nicht überraschend, dass der BGH die analoge Anwendung des § 179a dAktG auf die KG nunmehr verneint; alles andere wäre inkonsequent. Methodisch geht der BGH auch gleichermaßen wie in seiner Entscheidung zur GmbH vor; in beiden Entscheidungen legt der BGH die Mitwirkungsrechte der Gesellschafter seinen Überlegungen zugrunde: Mit § 116 Abs 2, § 119, § 161 Abs 2 und § 164 dHGB wird eine Beschlusskompetenz der Gesellschafter statuiert, die auch ein sog. Gesamtvermögensgeschäft erfasst, denn entweder ist es ein außergewöhnliches Geschäft oder ein Grundlagengeschäft (Rn 27 ff. der vorliegenden Entscheidung). Die Beschlusskompetenzen der Gesellschafter von Personengesellschaften unterscheiden sich deutlich von jenen der Aktionäre einer AG, da bei der AG ein Erfordernis zur Beschlussfassung durch die Hauptversammlung lediglich in bestimmten, gesetzlich eigens normierten Fällen vorgesehen ist (vgl. Rn 33 der vorliegenden Entscheidung). Auch nach der österreichischen Rechtslage gilt, dass den gesetzlichen Zuständigkeiten der Hauptversammlung und der damit einhergehenden Abgrenzung der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand zwingender Charakter zukommt (hA; vgl. S. Bydlinki/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ [2019] § 103 Rz 12), wenn gleich nicht zu übersehen ist, dass Vorstand und Aufsichtsrat aus eigenem Antrieb Fragen zur Beschlussfassung vorlegen können. Wollte daher der Gesetzgeber, dass ein Gesamtvermögensgeschäft der Genehmigung der Hauptversammlung obliegt, muss dieser Beschlussvorbehalt auch gesetzlich – wie in § 237 AktG (und § 179a dAktG) – geschehen – angeordnet sein. Der BGH zieht daraus den begrüßenswerten Schluss, dass es, weil eine einschlägige Beschlusskompetenz im Personengesellschaftsrecht normiert ist, an einer Lücke in Bezug auf die Beschlusskompetenz fehlt.

Der deutsche und der österreichische Gesetzgeber regelten mit § 179a dAktG bzw. § 237 AktG jeweils für den spezifischen Fall der Gesamtvermögensveräußerung nicht nur die Beschlusskompetenz, sondern legten zusätzlich eine Außenwirkung fest. Die Gesamtvermögensveräußerung ist freilich kein Spezifikum der AG, sondern bei jeder Gesellschaftsform anzutreffen. Bedeutsam ist somit, ob eine Analogie im Bereich des Vertretungsrechts auch für die Personengesellschaft eingreifen könnte. Daher stellt sich die Frage, ob die gesetzlich angeordnete Außenwirkung (als Durchbrechung des Grundsatzes der unbeschränkten organschaftlichen Vertretungsmacht) auf eine Besonderheit des Aktienrechts zurückzuführen ist oder nicht. Verneint man die Besonderheit, dann legt das eine durch Analogie zu schließende Lücke bei anderen Gesellschaftsformen nahe.

Der BGH verneint nun eine diesbezügliche Lücke für die Personengesellschaften (Rn 26 der vorliegenden Entscheidung) und zieht zur Begründung – methodisch wie schon in seiner E II ZR 364/18 zur GmbH – die Binnenstruktur der KG im Vergleich zur Binnenstruktur der AG heran. Entscheidend für den BGH war, dass die Mitwirkungsrechte der Gesellschafter der KG deutlich ausgeprägter sind als bei der AG (im Einzelnen Rn 28 ff. der vorliegenden Entscheidung). Der BGH schließt daraus auf ein geringeres Schutzbedürfnis der Gesellschafter der KG im Vergleich zu den Aktionären einer AG.

Die Auffassung des BGH lässt sich am besten wohl so zusammenfassen: § 179a dAktG will die gesellschaftsinterne Kontrolle durch die Aktionäre durch einen Beschlussvorbehalt gewährleisten. Die Außenwirkung schützt den Aktionär, der mangels sonstiger einschlägiger Mitwirkungsmöglichkeiten keinen Einfluss auf die Leitungsorgane nehmen kann; die Außenwirkung ist dann doch auf die Besonderheiten der Binnenstruktur der AG zurückzuführen (Rn 28 ff. der vorliegenden Entscheidung). Für die deutsche GmbH und die deutschen Personengesellschaften gebe es auch keine zu schließenden Lücken, weil die Binnenstrukturen mit umfassende-

ren Mitwirkungsrechten der Gesellschafter eben anders als bei der AG ausgestaltet sind.

Interessanterweise ließ der BGH aber die umstrittene Frage unbeantwortet, ob das Gesamtvermögensgeschäft im Personengesellschaftsrecht – im Regelfall – als Grundlagengeschäft zu qualifizieren ist (Rn 28 f der vorliegenden Entscheidung). Ordnet man das Gesamtvermögensgeschäft nämlich als Grundlagengeschäft ein, ist beachtlich, dass für das Grundlagengeschäft im deutschen Schrifttum ebenfalls eine Außenwirkung angenommen wird (vgl. *Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I⁴ [2020] § 126 Rz 7 ff.; *K. Schmidt/Drescher in MünchKomm HGB*⁵, § 126 Rz 10 ff). Die Frage besitzt somit auch insofern Relevanz, als sich daran die Bedeutung des personengesellschaftsrechtlichen Modells für das Thema der analogen Anwendung zeigt: Handelt es sich um ein Grundlagengeschäft, dann sind die Gesellschafter auch im Außenverhältnis abgesichert; handelt es sich nur um ein außergewöhnliches Geschäft, dann bleibt es grundsätzlich bei der Vertretungsmacht der einzelnen Gesellschafter (Einzel- oder gegebenenfalls Gesamtvertretung). Das Personengesellschaftsrecht differenziert mittels dieser Grobabgrenzung nach der Bedeutung der Maßnahmen und ist mE somit ausreichend flexibel, um die Interessenlagen konkreter Sachverhalte zu berücksichtigen. Es bedarf mE deshalb keiner Analogie.

Das österreichische Personengesellschaftsrecht hält eine mit der deutschen Rechtslage vergleichbare Binnenstruktur für die OG und die KG bereit (§ 116 Abs 2, § 119, § 161 Abs 2 und § 164 UGB). Im Übrigen wird für Grundlagengeschäfte bei Personengesellschaften vertreten, dass in Ermangelung einer gebotenen Beschlussfassung die Vertretungsmacht fehlt (siehe *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 126 Rz 5). Umstritten ist aber, ob die Veräußerung des Unternehmens (allgemein gesagt: die Gesamtvermögensveräußerung) ein Grundlagengeschäft ist (verneinend *Eckert in U. Torggler*, UGB³ [2019] § 125 Rz 2 [faktische Gesellschaftsvertragsänderung]; tendenziell bejahend *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 126 Rz 5; vgl. zuletzt *Sonnberger*, Zur Gesellschafterzustimmung bei Veräußerung des Unternehmens einer OG/KG, WBl 2019, 181; *Drobnik/U. Torggler*, Veräußerung des GmbH-Vermögens, übertragende Auflösung und Holzmüller/Gelatine [Teil I], RdW 2020, 418 [421 ff]).

Die Argumente des BGH wären für die österreichische Rechtslage somit grundsätzlich übertragbar; freilich weist wohl die OGH-Entscheidung vom 26.4.2018, 6 Ob 38/18h, die eine analoge Anwendung von § 237 AktG für die GmbH bejahte, in eine andere Richtung. Beachtenswert ist, dass der OGH ebenfalls die Binnenstruktur der GmbH als Argumentationsgrundlage heranzog, aber – diametral zum BGH – durch einen Größenschluss zur Analogie kam: Bei der gegenüber der AG personalistischer konzipierten GmbH müsse ein Mitspracherecht der Gesellschafter umso eher gegeben sein. *Sonnberger* (WBl 2019, 185, 188 f und 191) erkennt diesen Größenschluss ebenso und zieht dann konsequent, weil dem Größenschluss des OGH für die GmbH zustimmend, den Größenschluss für die OG bzw die KG, die noch personalistischer ausgelegt sind; im Ergebnis müsse § 237 AktG seiner Ansicht nach analog angewendet werden. Das gilt wohl nur für die Außenwirkung, nicht für das Beschlussquorum des § 237 AktG (Dreiviertelmehrheit), weil im Personengesellschaftsrecht grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Eine gewisse Affinität zur Analogie von § 237 AktG auf Personengesellschaften ließ idZ schon *Schauer* (in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² [2017] Rz 2/593) angesichts der damals schon bekannten (und nun überholten) *Nightclub*-Entscheidung des BGH erkennen. Ob der vom OGH für die GmbH gezogene Größenschluss zutreffend ist, lässt sich mE aber bezweifeln; dafür spricht schon die rezente BGH-Entscheidung.

Die österreichische Praxis muss mE damit rechnen, dass die Rspr für die Personengesellschaften künftig ua eine Außenwirkung der Beschlusskompetenz analog § 237 AktG annehmen wird. Konsequent fortgedacht käme dann für jede Gesellschaftsform (zB Genossenschaft und Verein) eine analoge Anwendung des § 237 AktG in Betracht, da – wie schon ausgeführt – die Gesamtvermögensveräußerung kein Spezifikum der AG ist. § 179a dAktG wurde im

deutschen Schrifttum idS konsequent auch als ein Ausdruck eines verbandsunabhängigen Grundsatzes angesehen, der alle Gesellschaftsformen erfasst (*U. Stein in MünchKomm AktG*⁴, § 179a Rz 14). Dieser Auffassung hat der BGH nun eine Absage erteilt (vgl. *U. Stein in MünchKomm AktG*⁵, § 179a Rz 14); für die österreichische Rechtslage gilt Gegenteiliges.

Der BGH hat im Übrigen offengelassen, ob eine analoge Anwendung von § 179a dAktG auch bei Publikumpersonengesellschaften ausscheidet, bei denen die Struktur einer AG angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering sind (Rn 36 der vorliegenden Entscheidung).

Abschließend noch ein Hinweis: Die Außenwirkung belastet den Rechtsverkehr erheblich, zumal auch lang zurückreichende Rechtsgeschäfte gegebenenfalls niemals wirksam zustande gekommen bzw allenfalls noch schwebend unwirksam sind. Daher ist das Schrifttum teilweise um eine Entschärfung bemüht: *Drobnik/U. Torggler* (WBl 2020, 420), die eine Analogie auf die GmbH befürworten, wollen die Außenwirkung teleologisch reduzieren, wenn und weil einem Vertragspartner die Erfüllung des Tatbestands eines Gesamtvermögensverkaufs idS § 237 AktG nicht erkennbar ist. Dieser Ansatz sollte weiterverfolgt werden; im Ergebnis läuft es dann mE höchstwahrscheinlich auf die Kriterien hinaus, mit denen Dritte im Kapitalerhaltungsrecht in die Wirkungen eines Verbotsverstosses einbezogen werden (vgl. RIS-Justiz RS0105537).

Wilhelm Milchrahm

Mag. Wilhelm Milchrahm ist Rechtsanwalt in Wien.

Kapitalgesellschaften

Gehört ein ausschüttbarer, aber nicht ausgeschütteter Bilanzgewinn einer unternehmenstreitenden GmbH in die Aufteilungsmasse nach §§ 81 ff EheG?

§§ 81 und 82 EheG

§ 82 GmbHG

1. Ein auszuschüttender, aber „für sehr schlechte Geschäftszeiten“ thesaurierter Bilanzgewinn einer unternehmerisch tätigen GmbH gehört nicht zu den der Aufteilung unterliegenden ehelichen Ersparnissen. Die betreffenden Finanzmittel sind daher weiterhin Sachen, die zu einem Unternehmen gehören (§ 82 Abs 1 Z 3 EheG), bzw den der Aufteilung ebenfalls nicht unterliegenden Unternehmensanteilen (§ 82 Abs 1 Z 4 EheG) zuzuordnen.

2. Schon aus dem Wortlaut von § 94 ABGB und auch von § 83 EheG ergibt sich keine „Pflicht zur Anspannung eines Ehegatten auf Bildung von ehelichen Ersparnissen aus thesaurierten Gewinnen seines Unternehmens, auf das er maßgeblichen Einfluss hat“.

3. Ob eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit besteht, die nicht ausgezahlten Gewinne im Unternehmen „stehen zu lassen“, ist für die Einbeziehung in die Aufteilungsmasse nicht relevant, wenn keine Anhaltspunkte für Missbrauch bestehen.

OGH 14.12.2021, 1 Ob 211/21t (LGZ Wien 44 R 266/21z; BG Innere Stadt Wien 98 Fam 6/20g)

[1] Die im Februar 2008 geschlossene Ehe wurde mit rechtskräftigem Urteil des Erstgerichts vom 30.8.2019 aus dem alleinigen Verschulden des Mannes geschieden. Die Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft erfolgte ... am 31. 10. 2018. Der Mann war während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, die ein Unternehmen betreibt, und ist dies nach wie vor. Er hat „in den Jahren vor dem [Aufteilungs-]Stichtag“ Gewinne in der GmbH thesauriert. Er tat dies nicht, um die Gewinne dem Aufteilungsverfahren zu entziehen, sondern deshalb, weil er aufgrund vergangener

Mit dem
Abo immer
up to date!

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Nikolaus Arnold | Susanne Kalss

Linde
www.lindeverlag.at

Jetzt 20 % Rabatt auf Ihr Halbjahresabo 2022!

GesRZ: Gesellschafts- und Unternehmensrecht am Puls der Zeit

Der praktische Fall

Diskussion am Puls der Zeit

Für die Praxis

Fundierte Fachinformation, kritischer Diskurs

Rechtsprechung

Judikatur des OGH, EuGH und OLG aus erster Hand



GesRZ - Halbjahresabonnement 2022

Bestellen unter:

- fachzeitschriften@lindeverlag.at



Bitte geben Sie bei Ihrer Bestellung
den Aktionscode V-22 an.

Print & Digital: **€ 95,-** (statt € 238,-)

Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Aktion gültig nur für Neuabonnements 2022.

Weitere Informationen zur Zeitschrift
und alle Abo-Varianten finden Sie unter
www.lindeverlag.at/gesrz