

# JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

**must know** Finanzstrafgesetz Neu

**Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht**

**Judikatur** Höchstrichterliche Entscheidungen aus den zentralen Prüfungsfächern

**Musterfall** Strafrecht, Öffentliches Recht, Unternehmensrecht, Europarecht und Bürgerliches Recht

**Redaktionsleitung**  
Alexander Reidinger

**Redaktion**  
Ulrike Frauenberger-Pfeiler  
Thomas Klicka  
Roman Alexander Rauter  
Gert-Peter Reissner  
Hannes Schütz  
Eva Schulev-Steindl

**Korrespondenten**  
Martin Binder  
Christoph Grabenwarter  
Friedrich Harrer  
Ferdinand Kerschner  
Willibald Posch

2011/2012

**02**

**MANZ** 

ISSN 1022-9426

📎 Meine Notizen: Von Gerwin Haybäck und Friedrich Harrer

# Klausur aus Unternehmensrecht

Salzburg, April 2011

**Schwerpunkte:** Allgemeines Unternehmensrecht; unternehmensbezogene Geschäfte; Gesellschaftsrecht; Wettbewerbsrecht

## SACHVERHALT

### I.

a) Welche Bedeutung hat die Unterscheidung zwischen ein- und zweiseitigem unternehmensbezogenem Geschäft?

b) F und G schließen einen GmbH-Gesellschaftsvertrag ab. In diesem wird G zum Alleingeschäftsführer bestellt. Noch vor Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch schließt G den Mietvertrag für die GmbH über das künftige Geschäftslokal ab.

Unterliegt dieser Vertrag den Bestimmungen über unternehmensbezogene Geschäfte des UGB?

### II.

Im Gesellschaftsvertrag der Hartholzprofi OG wurde durch die Gesellschafter X, Y und Z vereinbart, dass Z für die Gesellschaftsschulden nur bis zu einem Betrag von € 80.000,- persönlich haften soll. Die OG kauft von der S-GmbH (= S) einen LKW-Holztransporter um € 98.000,-, dessen Bezahlung trotz Fälligkeit und Mahnung bisher nicht erfolgte. S klagt nun Z auf Zahlung des Kaufpreises.

a) Muss Z zahlen?

b) Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn Z gegenüber S eine persönliche Forderung iHv € 100.000,- hätte?

c) Variante: Der Eintritt von Z in die aus X und Y bestehende OG erfolgte erst nach Abschluss des Kaufvertrags mit S. Im Beitrittsvertrag findet sich ein Haftungsausschluss des Z für jene Verbindlichkeiten der OG, die vor seinem Eintritt begründet wurden.

Kann S den Z auf Zahlung der € 98.000,- in Anspruch nehmen?

### III.

A, B, C und D sind je zu 25% an der Flip Art GmbH (Stammkapital: € 40.000,-) beteiligt, die dringend „frisches“ Geld (€ 20.000,-) für ein aufwändiges Kunstprojekt benötigt. Während A, B und C bereit sind, ihrer GmbH Kapital aus eigenen Mitteln zuzuschießen, will D, dass sich die Gesellschaft über einen Bankkredit finanziert. Im Gesellschaftsvertrag findet sich keine Regelung betreffend Nachschusspflichten. In der ordnungsgemäß einberufenen Generalversammlung stimmen A, B und C für, D aber gegen die Änderung des Gesellschaftsvertrags, wonach jeder Gesellschafter einen Nachschuss von € 5.000,- zu leisten hat.

a) Ist D zur Zahlung des Nachschusses verpflichtet?

b) Könnte die Gesellschaft den Kapitalbedarf auch dann über eine Kapitalerhöhung von € 20.000,- decken, wenn D strikt dagegen ist?

c) Wie kann der Eigenkapitalbedarf einer GmbH außer durch Stammeinlagen, Nachschüsse und Kapitalerhöhung noch gedeckt werden?

### IV.

Die H-Fenster GmbH preist ihre A-Fenster, bei denen es sich tatsächlich um solche von allgemein guter bzw durchschnittlicher Qualität handelt, in der Werbung ua mit den Attributen an, sie seien von „Top-Qualität“, „optimaler Dichtheit“, „Immer

DDr. Gerwin Haybäck ist ao. Univ.-Prof. am Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Salzburg. RA Dr. Friedrich Harrer ist o. Univ.-Prof. am Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Salzburg und Dekan der Juridischen Fakultät.

am neuesten Stand der Technik“, schließlich: „Spitzentechnologie minimiert den Wärmeverlust“.

 Meine Notizen:

Sind diese Werbeaussagen wettbewerbsrechtlich zulässig?

## MUSTERLÖSUNG

Von Gerwin Haybäck und Albert Heidinger

I.

a) Unternehmensbezogene Geschäfte sind gemäß der Legaldefinition des § 343 Abs 2 UGB all jene Geschäfte eines Unternehmers iSd §§ 1 ff UGB, die zum **Betrieb seines Unternehmens** gehören.

Dazu zählt zum Beispiel der Mietvertrag über die vom Unternehmen genutzten Geschäftsräume, nicht aber Privatgeschäfte des Unternehmers, wie der Mietvertrag über die Privatwohnung. § 344 UGB stellt die *widerlegliche Vermutung* auf, dass ein von einem Unternehmer abgeschlossenes Rechtsgeschäft auch zu seinem Unternehmen gehört.

**Beachte:** Die Unterscheidung zwischen unternehmensbezogenem Geschäft und Privatgeschäft ist insb bei Einzelunternehmen von Bedeutung, weil das Unternehmen nicht von einem von seinem Inhaber verschiedenen Rechtssubjekt getragen wird. Ist der Unternehmer hingegen eine Gesellschaft mit eigenständiger Rechtspersönlichkeit, so kann niemals ein Privatgeschäft vorliegen. Bei den eingetragenen Personengesellschaften, die ein Unternehmen betreiben, sind die von der Gesellschaft getätigten Geschäfte stets unternehmensbezogen, die Geschäfte der einzelnen Gesellschafter für sich selbst hingegen Privatgeschäfte.<sup>1)</sup>

Man spricht von einem **einseitig unternehmensbezogenen Geschäft**, wenn dieses nur für eine Vertragspartei zum Betrieb ihres Unternehmens gehört. Dabei macht es keinen Unterschied, ob lediglich ein Vertragspartner Unternehmer ist, oder aber die andere Partei zwar ebenfalls Unternehmer ist, das Geschäft für sie aber nicht zum Betrieb ihres Unternehmens gehört.

Sind hingegen beide Vertragsparteien Unternehmer und gehört für beide das Geschäft zum Betrieb ihres jeweiligen Unternehmens, so handelt es sich um ein **zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft**.

§ 345 UGB stellt die **Grundregel** auf, dass die Bestimmungen des 4. Buches über unternehmensbezogene Geschäfte (§§ 343 – 372 UGB) auf **beide Parteien** anzuwenden sind, sobald es sich um ein zumindest einseitig unternehmensbezogenes Geschäft handelt. Das 4. Buch des UGB gilt also grundsätzlich auch für den Nicht-Unternehmer bzw den Unternehmer, für den das Geschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört.

Von dieser Grundregel macht das UGB freilich zahlreiche **Ausnahmen**:<sup>2)</sup>

Nur für **zweiseitig** unternehmensbezogene Geschäfte gelten:

- § 346 UGB (Handelsbrauch),
  - § 349 UGB (Schadenersatz umfasst immer auch entgangenen Gewinn),
  - § 352 UGB (Verzugszinsen),
  - § 369 UGB (unternehmerisches Zurückbehaltungsrecht),
  - §§ 377 f, 379, 391 UGB (Rügeobliegenheit und Aufbewahrungspflicht bei zweiseitig unternehmensbezogenem/r Kaufvertrag/Einkaufskommission);
  - § 1170 b ABGB<sup>3)</sup> (Sicherstellungspflicht des unternehmerischen Werkbestellers bei Bauverträgen);
  - § 1396 a ABGB<sup>4)</sup> (Einschränkung des Zessionsverbots).
- Beim **einseitig** unternehmensbezogenen Geschäft gelten **nur für den Unternehmer**:
- § 347 UGB (Sorgfaltspflicht), →

DDr. Gerwin Haybäck ist ao. Univ.-Prof., Dr. Albert Heidinger ist Ass.-Prof. am Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Salzburg.

1) Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 890; Krejci, Unternehmensrecht<sup>4</sup> (2008) 262.

2) Bei der Prüfung wurde keine vollständige Aufzählung aller hier aufgezählten Durchbrechungen der Grundregel erwartet. Die Nennung von Beispielen für die drei Gruppen war ausreichend.

3) Für Unternehmer praktisch relevante Bestimmung außerhalb des UGB; Näheres etwa Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1170 b Rz 3 ff (www.rdb.at).

4) Für Unternehmer praktisch relevante Bestimmung außerhalb des UGB; Näheres etwa Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1396 a Rz 3 ff (www.rdb.at).

☞ Meine Notizen:

- § 353 UGB (Unanwendbarkeit von § 1335 ABGB, des Verbots des ultra alterum tantum, also des Zinsenanwachsungsverbots über die Kapitalschuld hinaus).
- § 351 UGB (Mit Hinweis auf § 934 ABGB: Abdingbarkeit der laesio enormis),
- § 363 UGB (unternehmerische Wertpapiere).

Für den **nicht unternehmerischen** Partner des Unternehmers gelten beim einseitig unternehmensbezogenen Geschäft:

- § 354 UGB (Entgeltlichkeitsvermutung),
- §§ 355 ff UGB (Kontokorrent) und
- § 373 UGB (Annahmeverzug).

Folglich hat die Unterscheidung zwischen ein- und zweiseitig unternehmensbezogenen Geschäften große praktische Bedeutung, weil davon abhängt, welche Regeln des 4. Buchs des UGB **im Einzelfall anzuwenden** sind.

b) Nach § 343 Abs 3 UGB gelten Geschäfte, die eine **natürliche Person** vor Aufnahme des Betriebs ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte. Ähnlich bestimmt § 1 Abs 3 KSchG, dass Geschäfte, die eine natürliche Person vor der Aufnahme des Betriebs ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, noch nicht zu diesem Betrieb gehören.

Eine **Gesellschaft** (Personen- oder Kapitalgesellschaft) kann keine Privatgeschäfte, sondern **immer nur unternehmensbezogene Geschäfte** tätigen (zB Arbeitsverträge mit Angestellten).<sup>5)</sup> Zu § 1 Abs 3 KSchG hat der OGH<sup>6)</sup> ausgesprochen, dass die Gründungsgeschäfte einer (späteren) juristischen Person keine Verbrauchergeschäfte, sondern bereits unternehmensbezogene Geschäfte sind. Diese Wertung findet sich auch in § 343 Abs 3 UGB, wonach die Ausnahme für Rechtsgeschäfte zur Vorbereitung der Betriebsaufnahme auf natürliche Personen beschränkt ist.

Für eine Analogie ist damit kein Raum.<sup>7)</sup> Der Geltungsbereich des KSchG ist auf Gründungsgeschäfte einer natürlichen Person eingeschränkt und gilt nicht, wenn die GmbH selbst aus einem Rechtsgeschäft in Anspruch genommen wird, das der Gründungsgesellschafter für die in Folge zu errichtende Gesellschaft schließt.<sup>8)</sup>

Im hier zu beurteilenden Fall hat G den Mietvertrag in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer für die (zukünftige) GmbH abgeschlossen, die eine juristische Person ist. Die **Ausnahme** für Gründungsgeschäfte greift somit **nicht ein**.

**Ergebnis:** Der von G für die in Gründung befindliche Gesellschaft abgeschlossene Mietvertrag unterliegt den Bestimmungen des 4. Buchs des UGB über unternehmensbezogene Geschäfte.<sup>9)</sup>

## II.

a) Zu den Wesensmerkmalen der OG zählt, dass die **Gesellschafter neben der Gesellschaft** für deren Verbindlichkeiten **haften** (§§ 105, 128 UGB). Ein Gläubiger der OG kann daher sowohl von der OG selbst, als auch von ihren Gesellschaftern die Begleichung einer Schuld verlangen. Diese persönliche Haftung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft (Haftung im Außenverhältnis) ist betragsmäßig **unbeschränkt** und kann im Gesellschaftsvertrag auch nicht zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger eingeschränkt werden.

Die Haftung ist lediglich im Innenverhältnis, also nur mit Wirkung gegenüber den anderen Gesellschaftern beschränkbar. Eine im Außenverhältnis wirksame Haftungsbeschränkung setzt die Zustimmung des Gläubigers voraus. Die Gesellschafterhaftung ist zudem **primär und unmittelbar**, weshalb der Gläubiger nicht zuerst die Gesellschaft in Anspruch nehmen muss.<sup>10)</sup> Aufgrund der **solidarischen** Haftung der Gesellschafter steht es im Belieben des Gläubigers, ob er auf alle, mehrere oder nur einen Gesellschafter zugreift.<sup>11)</sup>

Hier ist die Kaufpreisforderung der S-GmbH gegenüber der Hartholzprofi OG bereits fällig. Aufgrund der unbeschränkten Außenhaftung der OG-Gesellschafter steht

5) Vgl *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 887 ff.

6) OGH 2. 4. 1998, 6 Ob 219/97 t wbl 1998/329.

7) *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook Handels- und Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> (2010) 93.

8) *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), Kommentar zum UGB<sup>2</sup> (2010) § 343 UGB Rz 57 mHa die Rsp.

9) Einige Studierende haben stattdessen geprüft, ob der Mietvertrag gem § 2 Abs 2 GmbHG nach der Eintragung der Gesellschaft auf diese übergeht. Dies ist zweifellos zu bejahen (vgl *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 530 f), geht jedoch an der hier gestellten Frage vorbei.

10) Anderes gilt etwa für die Haftung des Bürgen, vgl § 1346 Abs 1, § 1355 ABGB. Die Haftung des Gesellschafters der OG ist daher der Haftung des Bürgen und Zahlers (§ 1357 ABGB) ähnlich.

11) *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 282 ff; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht (2009) 112 f.



es der S-GmbH frei, anstelle der Hartholzprofi OG auch deren Gesellschafter Z in Anspruch zu nehmen (§ 1062 ABGB iVm § 128 UGB).

Z hat die Forderung zudem in voller Höhe (€ 98.000,-) zu begleichen, weil die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Haftungsbeschränkung nur im Innenverhältnis, nicht jedoch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gilt.

**Ergebnis:** Die Klage der S-GmbH gegen Z wird **erfolgreich** sein. In der Folge steht Z freilich ein Regress- bzw Aufwandersatzanspruch gem § 110 UGB gegen die OG offen, weil er mit der Bezahlung eine Aufwendung für die Gesellschaft tätigt.<sup>12)</sup>

b) Die dem Gesellschafter gegen eine Inanspruchnahme zustehenden Einwendungen regelt § 129 UGB. Der in Anspruch genommene Gesellschafter kann demnach dem Gläubiger auch **persönliche Einwendungen** entgegensetzen. Das sind Einwendungen, die auf ein Rechtsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Gläubiger der OG zurückgehen und daher nicht der Gesellschaft, sondern **nur dem Gesellschafter selbst** zustehen.<sup>13)</sup>

Beispiele dafür sind die persönlich gewährte Stundung, ein dem Gesellschafter gewährter Erlass oder eine Vereinbarung zwischen Gesellschafter und Gläubiger, dass dieser den Gesellschafter nicht oder gegenüber den Mitgesellschaftern nur subsidiär in Anspruch nehmen werde. Ferner zählt zu den persönlichen Einwendungen des Gesellschafters die Aufrechnung mit einer privaten Gegenforderung, die der in Anspruch genommene Gesellschafter gegen den Gesellschaftsgläubiger hat.<sup>14)</sup>

Laut Sachverhalt hat Z eine private Forderung gegen die S-GmbH. Gem § 129 Abs 1 UGB kann Z gegen die von S geltend gemachte Kaufpreisforderung mit seiner persönlichen Forderung **aufrechnen**.<sup>15)</sup>

**Ergebnis:** Mit der Erklärung der Aufrechnung durch Z ist die Forderung der S-GmbH **getilgt**. Die persönliche Forderung des Z gegenüber S reduziert sich dadurch auf einen Restbetrag von € 2.000,-. Wenn Z seine persönliche Forderung „opfert“, steht ihm in dieser Höhe ein Aufwandersatzanspruch gem § 110 UGB zu.<sup>16)</sup>

c) Z war zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit (Abschluss des Kaufvertrags mit S) noch nicht Gesellschafter der Hartholzprofi OG. Es greift daher § 130 UGB über die **Haftung des eintretenden Gesellschafters**. Dieser bestimmt, dass der in eine bestehende Gesellschaft eintretende Gesellschafter gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 128 f UGB für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob im Zuge des Eintritts die Firma geändert wird oder nicht. Nach § 130 Abs 2 UGB ist diese Haftung **zwingend**, das bedeutet, sie kann Dritten gegenüber nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

**Ergebnis:** Z **haftet** daher gegenüber der S-GmbH (im Außenverhältnis), kann jedoch aufgrund des im Innenverhältnis wirksam vereinbarten Haftungsausschlusses bei der Gesellschaft bzw seinen Mitgesellschaftern Regress nehmen. Zudem kann Z der S-GmbH wiederum seine persönlichen Einwendungen entgegenhalten.<sup>17)</sup>

### III.

a) Bei der GmbH erfolgt die Kapitalaufbringung durch das Stammkapital, das sich aus den Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter zusammensetzt.<sup>18)</sup> Zu weiteren Einzahlungen ist ein Gesellschafter nur unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet.

So kann im **Gesellschaftsvertrag** die Leistung von **Nachschüssen** (§§ 72 ff GmbHG) vorgesehen sein. Diese dienen als „Eigenmittel“ zur Stärkung der Betriebsmittel, werden jedoch nicht Bestandteil der Stammeinlagen und sind im Gegensatz zu diesen unter bestimmten Voraussetzungen rückzahlbar (§ 74 GmbHG).

Aus diesem Grund sind Nachschüsse auch nicht zur Eintragung im Firmenbuch anzumelden. Die Nachschusspflicht muss gem § 72 Abs 2 GmbHG zudem auf einen nach dem Verhältnis der Stammeinlagen bestimmten Betrag festgesetzt werden. Andernfalls ist die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag wirkungslos. →

12) *Koppensteiner/Auer in Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch<sup>4</sup> (2009) § 128 Rz 20; *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 283, 288.

13) *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 289 ff; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht 113.

14) *Koppensteiner/Auer in Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch<sup>4</sup> § 129 Rz 1, 10; *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens 282; *Dullinger in Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> § 1441 Rz 14.

15) *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 291; s auch oben a).

16) Zum Aufwandersatzanspruch s *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 350 ff.

17) *Weber*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Eine Einführung (2009) 102; *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/552. Siehe ferner oben b).

18) Vgl § 6 Abs 1, § 63 Abs 1 GmbHG.

📝 Meine Notizen:

Sind die genannten **Voraussetzungen** erfüllt, so können die Gesellschafter mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 39 Abs 1 GmbHG) die Einforderung von Nachschüssen beschließen.<sup>19)</sup> Dies ist aber in casu **nicht** der Fall, weil es an einer entsprechenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag fehlt.

Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen, können die Gesellschafter diese auch **nachträglich** beschließen, wie dies A, B und C im hier zu beurteilenden Fall anstreben.

Allerdings steht ein solcher Beschluss im Gegensatz zu dem Prinzip, dass die Gesellschafter einer GmbH nicht mehr als die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Leistungen, also die jeweilige Stammeinlage und allfällige vereinbarte Nachschüsse, zu erbringen haben. Aus diesem Grund verlangt § 50 Abs 4 GmbHG einen **einstimmigen Beschluss**, wenn den Gesellschaftern durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags zusätzliche Leistungen auferlegt werden sollen.<sup>20)</sup>

Im konkreten Fall erscheint es jedoch **aussichtslos**, die Zustimmung aller Gesellschafter zu einem solchen Beschluss zu bekommen, weil D Nachschüsse kategorisch ablehnt.

**Ergebnis:** D kann wegen des Einstimmigkeitserfordernisses betreffend eine „Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Verträge obliegenden Leistungen“ (§ 50 Abs 4 GmbHG) einen entsprechenden Beschluss verhindern. Er kann somit **nicht** von der Gesellschaftermehrheit zur Zahlung des Nachschusses **verpflichtet** werden.

**b)** Um den zusätzlichen Kapitalbedarf der GmbH abzudecken, wäre eine ordentliche (effektive) Kapitalerhöhung nötig, bei welcher der Gesellschaft neues Kapital zufließt (§§ 52 ff GmbHG).<sup>21)</sup>

Diese erfordert eine **Änderung des Gesellschaftsvertrags** und wird mit der Eintragung im Firmenbuch wirksam.<sup>22)</sup>

Die Gesellschafter A, B und C verfügen (genau) über die **Dreiviertelmehrheit**, die für eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderlich ist (§ 49 Abs 1 GmbHG), da sie jeweils 25% der GmbH-Anteile halten. Sie können somit einen Beschluss über die Kapitalerhöhung herbeiführen.

Damit die Eintragung der Kapitalerhöhung im Firmenbuch vorgenommen werden kann, sind folgende Schritte zu tätigen:

- Beschluss der Gesellschafter mit Dreiviertelmehrheit (§ 49 Abs 1 GmbHG);
- Übernahmevertrag zwischen Übernehmer und Gesellschaft durch Übernahmeerklärung in Form eines Notariatsaktes (§ 52 Abs 4 GmbHG);
- Einzahlung des erforderlichen Mindestbetrags (§ 52 Abs 6 GmbHG);
- Bankbestätigung über die Einzahlung der Einlagen (§ 10 Abs 3 GmbHG);
- Anmeldung und Eintragung der Kapitalerhöhung beim Firmenbuch (§ 53 Abs 1 GmbHG).

**Ergebnis:** D kann die von A, B und C geplante Kapitalerhöhung von € 20.000,- mit seinem 25%-Anteil am Stammkapital **nicht** verhindern. Im Unterschied zu Nachschüssen, die im Verhältnis der Stammeinlagen zu leisten sind, muss sich D nicht an der Kapitalerhöhung beteiligen. Ihm steht als Gesellschafter lediglich ein Vorrecht zur Übernahme der mit der Kapitalerhöhung neu geschaffenen Stammeinlagen nach dem Verhältnis der bisherigen zu (§ 52 Abs 3 GmbHG). Damit sichert ihm das Gesetz die Möglichkeit, seine prozentuelle Beteiligung im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern zu wahren. Er ist aber nicht verpflichtet, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Mit der Kapitalerhöhung erfolgt daher keine Vermehrung der Verpflichtungen der Gesellschafter, die gem § 50 Abs 4 GmbHG Einstimmigkeit erfordern würde.<sup>23)</sup>

**c)** Alternativ zu Nachschüssen und Kapitalerhöhungen können die Gesellschafter auch durch **freiwillige Zuzahlungen** der Gesellschaft nachträglich Eigenmittel zuführen. Solche werden unter den Gesellschaftern oder mit Dritten auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags vereinbart. Sie sind **formfrei** wirksam und ändern

19) Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 508; Weber, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Eine Einführung (2009) 118.

20) Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz. Kommentar<sup>3</sup> (2007) § 50 Rz 11 mHa OGH 11. 7. 1991, 6Ob 501/91 eclex 1991, 782; C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/348, 4/349.

21) Mit einer nominellen Kapitalerhöhung, bei der Rücklagen in Eigenkapital umgewandelt werden, ist hingegen keine Zuführung von neuem Kapital verbunden. Zur Kapitalerhöhung s Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht 259 ff; C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/518 ff.

22) Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>3</sup> § 53 Rz 7. Übersichtlich mit Fallbeispiel G. Nowotny, Gesellschaftsrecht. Kurzlehrbuch, 4. Auflage (2009) 101 f.

23) Vgl oben a).

nichts an der Höhe des Stammkapitals, vermehren aber das Gesellschaftsvermögen. Freiwillige Zuzahlungen sind keine Schenkungszusagen, weil kein Schenkungszweck erkennbar ist.

Freiwillige Zuzahlungen erfolgen insb zur **Verlustabdeckung** oder für die kurzfristige und unbürokratische Durchführung von (Sofort-) **Investitionen**. Manchmal wird als Ausgleich für eine freiwillige Zuzahlung auch ein Vorzug gewährt. Die Leistung bewirkt typischerweise, dass der Geschäftsanteil wertvoller wird.

Im Zweifel ist die Rückzahlung ausgeschlossen, weshalb man von „**verlorenen Gesellschaftler-Zuschüssen**“ spricht. Bei „**Besserungsvereinbarungen**“ wird die Rückzahlung von einer Verbesserung der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht.

#### IV.

Die verbreitete Werbepraktik, übertriebene Behauptungen aufzustellen, also „**marktschreierische**“ (Superlativ-) **Werbung** zu betreiben, ist wettbewerbsrechtlich **zulässig**.<sup>24)</sup>

Denn diese wird von niemandem wörtlich ernst genommen, sondern vermittelt jedermann den sogleich erkennbaren Eindruck, dass es sich nur um eine Anpreisung handelt. Sie kann damit unschwer auf ihren **tatsächlichen Gehalt** zurückgeführt werden, der deutlich erkennbar nicht in einer ernst zu nehmenden Tatsachenbehauptung, sondern in einer ohne Glaubwürdigkeit auftretenden **reklamehaften Übertreibung** liegt.<sup>25)</sup>

Seit der UWG-Novelle 2007 wird sowohl vergleichende Werbung als auch Werbung mit einer Spitzenstellung an § 2 Abs 1 Z 2 UWG betreffend die **irreführende** Geschäftspraktik in Form einer **unrichtigen Angabe** über die wesentlichen Merkmale des Produkts gemessen. Sie ist gem § 2 a Abs 1 UWG zulässig, wenn sie nicht gegen § 2 UWG verstößt, also nicht irreführend ist.<sup>26)</sup>

Nach der Rsp lassen sich auch marktschreierische Anpreisungen zumeist auf einen sachlich nachprüfbaren Tatsachekern zurückführen, der von Werbeadressaten ernst genommen wird und bei Unrichtigkeit zur Irreführung (§ 2 UWG) geeignet ist.

Wer daher durch eine Werbebehauptung den Eindruck einer Spitzenstellung, zumindest aber die Vorstellung überdurchschnittlicher Qualität seiner Ware erweckt, kann nicht für sich in Anspruch nehmen, nur seine persönliche Meinung zum Ausdruck zu bringen. Bestehen Zweifel, ob eine marktschreierische Anpreisung oder eine **ernst gemeinte Behauptung** vorliegt, so ist nach der Rsp immer das letztere anzunehmen.<sup>27)</sup>

Im vorliegenden Fall nimmt die H-Fenster GmbH in der Werbung für ihre A-Fenster überdurchschnittliche Attribute in Anspruch, also Superlative wie „Top-Qualität“, „optimale Dichtheit“, „Immer am neuesten Stand der Technik“ (etc), obgleich, wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, es sich tatsächlich bloß um Fenster von allgemein guter bzw durchschnittlicher Qualität handelt.

Die **Unrichtigkeit** dieser Aussagen liegt einerseits darin, dass der durchschnittlich informierte und verständige Interessent, der eine dem Erwerb solcher Produkte (hier: der Fenster) angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, diese Werbeaussagen objektiv betrachtet sehr wohl ernst und wörtlich gemeint auffasst, andererseits die so beworbenen Produkte (A-Fenster) der Konkurrenz – entgegen den werblichen Anpreisungen – keineswegs nachhaltig überlegen sind.<sup>28)</sup>

**Ergebnis:** Die in Rede stehenden Werbeaussagen sind daher wegen Verstoßes gegen § 2 Abs 1 Z 2 UWG irreführend und deshalb wettbewerbsrechtlich **unzulässig**.

 Meine Notizen:

24) *Duursma/Duursma-Kepplinger in Gumpoldsberger/Baumann* (Hrsg), Ergänzungsband zum UWG-Kommentar (2009) 55.

25) *Wiebe* (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010) 213 mwN; *Gamerith*, Wettbewerbsrecht I. UWG. Unlauterer Wettbewerb<sup>6</sup> (2008) 24.

26) OGH RIS-Justiz RS0124071.

27) OGH 9. 11. 2010, 4 Ob 111/10 t wbl 2011, 166.

28) OGH wbl 2011, 166.