

Dissertation

Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG

Mag. Stefan Frank, LL.M.

zur Erlangung des akademischen Grades

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl: A 083 101

Dissertationsgebiet: Rechtswissenschaften

Betreuer/Erstbegutachter: a.o. Univ. Prof. Dr. Markus Dellinger

Zweitbegutachter: o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher

Ich, Stefan Frank, geboren am 24. 10. 1980, erkläre an Eides statt, dass ich diese Dissertation selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und der benutzten Literatur wörtlich oder inhaltlich entnommene Stellen als solche gekennzeichnet habe.

Wien, am _____

Stefan Frank

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	5
Literaturverzeichnis	8
I. Einleitung	13
II. Grundlagen	16
1. Anerkennung der GmbH & Co KG	16
2. Erscheinungsformen der GmbH & Co KG	19
III. Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG	21
1. Problemstellung	21
2. Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG in Deutschland	24
2.1. Exkurs: Eigenkapitalersatzrecht und Sperrjahr bei der GmbH & Co KG in Deutschland	28
2.1.1. Eigenkapitalersatzrecht	28
2.1.2. Sperrjahr	33
3. Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG in Österreich	35
3.1. Gesetzlich normierter Kapitalschutz für GmbH, KG und GmbH & Co KG	35
3.1.1. Kapitalerhaltung bei der GmbH	35
3.1.2. Kapitalerhaltung bei der KG	37
3.1.3. Beispiele für unterschiedlichen Kapitalschutz bei GmbH und KG	41
3.1.4. Sonderregeln für den Gläubigerschutz bei der GmbH & Co KG	42
3.2. Judikatur und Lehre zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG	45
3.2.1. Rechtsprechung des OGH zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG	45
3.2.2. Anwendung der GmbH-Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG nach der Lehre	50
3.2.3. Einbeziehung des „Nur-Kommanditisten“	55
3.3. Kommentar zu den dargestellten Lösungsansätzen	58
3.3.1. Erweiterter Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH	58
3.3.2. Eigenständiger Kapitalschutz für die GmbH & Co KG als solche	62
a) Analoge Anwendung der §§ 74, 82, 83 GmbHG auf die GmbH & Co KG als solche	63
b) Alternative Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH & Co KG als solche	69
3.4. Exkurs: Anwendbarkeit von § 82 GmbHG bei Leistungen an Nichtgesellschafter	74
3.5. Exkurs: Erwerb der Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG	76

IV. Sonderthemen zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG	82
1. Eigenkapitalersatzrecht	82
1.1. Eigenkapitalersatzrecht vor dem EKEG	82
1.1.1. Allgemeines zur Rechtsgrundlage	82
1.1.2. Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG	87
1.2. Eigenkapitalersatz nach dem EKEG	91
1.2.1. Allgemeines zum EKEG	91
1.2.2. Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG nach dem EKEG	94
2. Zur Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG	101
2.1. Die Innenhaftung der GmbH-Geschäftsführer	101
2.2. Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG	106
2.2.1. Ausgangslage	106
2.2.2. Judikatur und Stellungnahmen der Lehre zur Geschäftsführerhaftung	108
2.2.3. Kommentar zur Geschäftsführerhaftung bei der GmbH & Co KG	115
3. Kapitalerhaltung bei der Liquidation der GmbH & Co KG	119
3.1. Allgemeines zur Liquidation bei der GmbH & Co KG	119
3.2. Grundlagen zur Liquidation der KG und der GmbH	120
3.2.1. KG	120
3.2.2. Exkurs: Zum Gläubigerschutz bei der gesetzestypischen KG	122
3.2.3. GmbH	129
3.3. Gläubigerschutz in der Liquidation der GmbH & Co KG	132
3.3.1. Zwingender Gläubigerschutz bei der Komplementär-GmbH	132
3.3.2. Zwingender Vorrang der Gläubigerbefriedigung bei der GmbH & Co KG	138
3.3.3. Stellungnahme	140
3.3.4. Anwendung der GmbH-rechtlichen Sperrfrist und des Gläubigeraufrufs auf die GmbH & Co KG	144
3.3.5. Stellungnahme	145
3.4. Exkurs: Kapitalerhaltung im Zusammenhang mit Realteilungen von GmbH & Co KGs	148
3.4.1. Allgemeines zur Realteilung von Personengesellschaften	148
3.4.2. Kapitalerhaltung bei der Realteilung einer GmbH & Co KG ieS	150
3.4.3. Stellungnahme	151

4. Exkurs: Die Limited & Co KG	154
4.1. Allgemeines zu Private Limited Companies in Österreich	154
4.1.1. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen zur Limited	155
4.1.2. Die Limited & Co KG	158
4.2. Kapitalerhaltung bei der Limited & Co KG	159
V. Ergebnis und Ausblick	164
Anhang: Abstracts und Lebenslauf	168

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	andere Ansicht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	=	Absatz
AC	=	„Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch“, hrsg von <i>Adler und Clemens</i> [Nummer]
aF	=	alte Fassung
AG	=	Aktiengesellschaft
AHGB	=	Allgemeines Handelsgesetzbuch RGBI 1863/1
AktG	=	Aktiengesetz 1965 BGBl 98
Anh	=	Anhang
Anm	=	Anmerkung
AnwBl	=	„Österreichisches Anwaltsblatt“ [Jahr, Seite]
Art	=	Artikel
ASoK	=	„Arbeits- und Sozialrechtskartei“ [Jahr, Seite]
BGB	=	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch RGBI 1896, 195
BGH	=	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	=	„Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen“ [Band, Seite]
bzw	=	beziehungsweise
d	=	deutsch
Denkschrift	=	Denkschrift zum Entwurf des eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, Reichstagsvorlage vom 22. 1. 1897
ders	=	derselbe
DJZ	=	„Deutsche Juristenzeitung“ (1896-1936) [Jahr, Seite]
EB	=	Erläuternde Bemerkungen
EKEG	=	Eigenkapitalersatz-Gesetz Art I BGBl I 2003/92
ErläutRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof
EvBl	=	„Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“ in „Österreichische Juristen-Zeitung“ [Jahr, Nummer]
EVHGB	=	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich RGBI I 1938, 1999

f	=	und der, die folgende
FBG	=	Firmenbuchgesetz BGBl 1991/10
ff	=	und der, die folgenden
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
gem	=	gemäß
GeS	=	„GeS aktuell, Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht“ [Jahr, Seite]
GesRÄG	=	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
GesRZ	=	„Der Gesellschafter“ [Jahr, Seite]
GmbHG	=	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBI 1906/58
GmbHR	=	(deutsch) „Rundschau für GmbH“ [Jahr, Seite]
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GZ	=	Geschäftszahl
HaRÄG	=	Handelsrechts-Änderungsgesetz
HGB	=	Handelsgesetzbuch dRGBI 1897, 219
hM	=	herrschende Meinung
hRsp	=	herrschende Rechtsprechung
IRÄG	=	Insolvenzrechts-Änderungsgesetz
iS	=	im Sinn
iVm	=	in Verbindung mit
JBl	=	„Juristische Blätter“ [Jahr, Seite]
KG	=	Kommanditgesellschaft
KO	=	Konkursordnung
mAn	=	meiner Ansicht nach
mE	=	meines Erachtens
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
nF	=	neue Fassung
NJW	=	(deutsch) „Neue Juristische Wochenzeitschrift“ [Jahr, Seite]
Nr	=	Nummer
NZ	=	„Österreichische Notariats-Zeitung“ [Jahr, Seite]
ÖBA	=	„Österreichisches Bankarchiv“ [Jahr, Seite]
OG	=	Offene Gesellschaft

OGH	=	Oberster Gerichtshof
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	=	„Österreichische Juristen-Zeitung“ [Jahr, Seite]
OLG	=	Oberlandesgericht
ÖStZB	=	„Die finanzrechtlichen Erkenntnisse des VwGH und des VfGH“, Blg zur „Österreichischen Steuerzeitung“ [Jahr, Seite]
RdW	=	„Österreichisches Recht der Wirtschaft“ [Jahr, Seite]
RGBl	=	Reichsgesetzblatt [deutsch: Jahr ggf Teil Seite; österreichisch: Jahr/Nummer]
RG	=	(österreichisches oder deutsches) Reichsgericht
RGZ	=	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen [Band, Seite]
RLG	=	Rechnungslegungsgesetz BGBl 1990/475
Rsp	=	Rechtsprechung
RV	=	Regierungsvorlage
Rz	=	Randziffer
SpaltG	=	Spaltungsgesetz BGBl 1996/304 Art XIII
Sten Prot	=	Stenographische Protokolle
stRsp	=	ständige Rechtsprechung
SWK	=	„Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei“
SZ	=	„Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs)sachen“ [Band/Nummer]
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120
URG	=	Unternehmensreorganisationsgesetz BGBl I 1997/114 Art XI
vgl	=	vergleiche
wbl	=	„wirtschaftsrechtliche blätter“, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht [Jahr, Seite]
zB	=	zum Beispiel
ZGR	=	(deutsch) „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht“ [Jahr, Seite]
ZHR	=	(deutsch) „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht“ begr. von <i>Goldschmidt</i> [Band, Seite]

Literaturverzeichnis

- Artmann*, Das Ausmaß der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung; *GesRZ* 1999, 26 ff.
- , Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, *DRdA* 2002, 370 ff.
 - , Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG; *RdW* 6/2005, 337 ff.
- Bachner*, GmbH-Reform (2008).
- Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000).
- Borns*, GmbH-Recht (2006).
- Dellinger*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 624/88, Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG; *WBl* 1990, 348 ff.
- , Personenhandelsgesellschaft, Gläubigerschutz und Vollbeendigung während eines Passivprozesses; *JBl* 1991, 629 ff.
 - , Gläubigerschutz durch zwingenden Kapitalschutz auch in der Liquidation einer gesetzestypischen OHG?; *wbl* 1997, 408 ff.
 - , Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, *ÖBA* 1998, 601 ff.
 - , Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001).
 - , Ministerialentwurf zum EKEG – Grundlagen und Überblick, *ecolex* 2002, 316 ff.
- Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).
- Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004).
- Denkschrift zum HGB II (1897) 108 abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II/2, 1039.
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz (2003).
- Eckert/Lembeck/Metzler*, Private Limited Companies in Österreich, *SWK* 2005, W 148.
- Fritz*, Die Persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers, *SWK* 2003, W 68.
- Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG, *SWK-Sonderheft* 2001.
- Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG⁴ (2000).
- Gohl*, Die abgeleitete Firma der GmbH & Co (1967).
- Grave*, Anmerkung zu OGH *RdW* 2001, 153 = *ecolex* 2001, 50.
- Grossmayer*, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 2008, 1023.
- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch⁴ (2002); zitiert zB: *Schilling* in Großkommentar⁴.
- Hachenburg/Ulmer*, Kommentar zum GmbHG⁸ (1992, 1997).
- Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990).

- , Zum Rechtsverhältnis zwischen der GmbH & Co und den Geschäftsführern der GmbH, WBl 1991, 145 ff.

Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG¹⁹ (2005).

Hueck, Das Recht der OHG⁴ (1971).

Hügel, Anmerkung zu OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h JBl 1997, 108.

- , Anmerkung zu OLG Wien, Zur Einlagenrückgewähr und Kapitalaufbringung bei Umgründungen, RdW 1997, 597 ff.

Hügel/Mühlehner/Hirschler, Umgründungssteuergesetz-Kommentar (2000).

Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBl 1989, 1 ff, 43 ff.

- , Kommentar zum HGB (1997).

Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2006).

Just, Die englische Limited in der Praxis (2006).

Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005).

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).

Karollus, Verstärkter Gläubigerschutz bei Insolvenz einer GmbH & Co KG, ecolex 1990, 671 ff.

- , Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, ecolex 1996, 860 ff.

- , Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, Kropf-FS (1997) 669.

Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen (1998).

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990).

Kastner/Stoll, GmbH & Co² (1977).

Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO¹⁷ (1999).

Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, 7. Lfg 1999.

Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 3 ff.

- , Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, WBl 1997, 489 ff.

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007).

Krejci, Kommentar zum UGB (2007).

Krejci/Dehn, Das neue UGB, SWK-Sonderheft 2005.

Kübler, Gesellschaftsrecht³ (1990).

Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG¹⁶ (2004).

Mahr, Die Vollbeendigung einer Personenhandelsgesellschaft während eines gegen sie anhängigen Rechtsstreites (Passivprozess), GesRZ 1995, 170 ff.

- , Zur Haftung von Liquidatoren einer GmbH & Co KG im engeren Sinn aus Schutzgesetzverletzung der §§ 149, 155 HGB Anmerkung zur Entscheidung des OGH, 2 Ob 594/95, wbl 1996, 304 ff.
Münchener Kommentar zum HGB² (2006); zitiert zB: *K. Schmidt* in MK-HGB².
Niederberger, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, GeS 2003, 424 ff.
Nowotny/Fida, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006.
Ostheim, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 122 ff.
- , Zu Rechtsgrund und Reichweite der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, WBl 1995, 222 ff.
Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht¹ (1983).
- , Das österreichische GmbH-Recht² (1997).
- , Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69 ff.
- , Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004).
- , Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, ecolex 2004, 106 ff.
Rowedder, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)³ (1997); zitiert: *Bearbeiter* in GmbHG³.
Rowedder/Koppensteiner, GmbHG² (1990).
Schmidt, Karsten, Kapitalsicherung in der GmbH & Co KG: Schlussbilanz oder Zwischenbilanz einer Rechtsfortbildung?, GmbHHR 1989, 141 ff.
- , Eigenkapitalersatz und seine Behandlung in Österreich, GesRZ 1993, 66 ff, 86 ff.
- , Gesellschaftsrecht⁴ (2002).
Scholz, GmbH-Gesetz I¹⁰ (2006).
- , GmbH-Gesetz⁹ (2000).
Scholz/Schneider, GmbHG, Kommentar⁷.
- Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapital-ersetzender Leistungen?, wbl 2004, 410 ff.
- , Tragung von Privataufwendungen durch die Kapitalgesellschaft – Haftung Dritter, ecolex 2006, 215 ff.
Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003).
Schumacher, Anmerkung zu OGH SZ 59/216; JBl 1989, 53.
Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht – notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998).
- , Personengesellschaften⁶ (2006).
Staub, Handelsgesetzbuch Großkommentar 2⁴ (2004).

Steiner, Das neue RLG im Überblick, *ecolex* 1990, 611 ff.

Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I² (1995); zitiert zB: *Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB².

- , Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ (2003); zitiert zB: *U. Torggler* in *Straube*, HGB³.

- , Kommentar zum Handelsgesetzbuch II² Rechnungslegung (2000).

- , Fachwörterbuch zum Handels- und Gesellschaftsrecht (2006).

Szep, Umgründungen im Zusammenhang mit Personengesellschaften im Lichte jüngster OGH-Rsp zur Kapitalerhaltung, *ecolex* 2001, 804 ff.

Torggler U., Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, *JBl* 2006, 85 ff.

Ulmer P., Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co KG, *Duden-FS* (1977) 661 ff.

- , Zur GmbH-Reform in Österreich und Deutschland, *GesRZ* 1981, 193 ff.

Umlauft, Erwerb von Anteilen durch eine GmbH & Co KG an der eigenen Komplementär-GmbH, *NZ* 1989, 57 ff.

Wenger, Zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, *RWZ* 11/2005, 326 ff.

Westermann H. P., Anmerkung zu BGH NJW 1982, 2689.

Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz⁴ (2007); zitiert: *Bearbeiter* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, Umgründungssteuergesetz⁴.

Zacher, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG (1992).

Vorwort

Ich habe mich für das Thema „Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG entschieden, weil die Kapitalerhaltung in der gesellschaftsrechtlichen Praxis ein sehr wichtiges Thema ist und es in Österreich eine beachtliche Zahl von GmbH & Co KGs gibt. Das Thema ist allerdings keine Neuheit. Schon 1977 in dem Buch von *Kastner/Stoll* über die GmbH & Co KG wurde das Thema der Kapitalerhaltung besprochen und diskutiert. Über die Jahre wurden immer wieder kürzere Beiträge zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG verfasst aber es gibt bisher keine umfangreiche Aufarbeitung dieses Problemereiches. Dies war für mich gleichzeitig ein Anreiz und eine Herausforderung, das Thema aufzuarbeiten und den bisherigen Meinungsstand kritisch zu hinterfragen. Ich habe mich mit großem Interesse in die Materie vertieft und hatte viel Spaß dabei, meine eigenen Gedanken zu dem Thema darzustellen.

Ich hoffe mit der folgenden Arbeit eine gut verständliche und übersichtliche Aufarbeitung der Kapitalerhaltungsproblematik bei der GmbH & Co KG zu liefern und dem Leser einen Anstoß zu einer kritischen Betrachtung der Meinungen von Lehre und Judikatur zu diesem Thema zu geben.

An dieser Stelle möchte ich mich sehr herzlich bei meinem Betreuer ao. Univ. Prof. Dr. Markus Dellinger dafür bedanken, dass er sich bereit erklärt hat – obwohl er nunmehr als Syndikus des Raiffeisenverbandes tätig ist – meine Dissertation zu betreuen. Er hat meinen ersten Entwurf sehr sorgfältig korrigiert und mir wertvolle Verbesserungsvorschläge gegeben. Weiters möchte ich mich auch bei o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher für die Zweitbegutachtung der Arbeit bedanken. Nicht zuletzt bedanke ich mich auch sehr bei a.o. Univ. Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M. für wertvolle Anregungen bei der Suche des Dissertationsthemas.

I. Einleitung

Die GmbH & Co KG ist wie jede Kommanditgesellschaft eine Personengesellschaft. Die OG und die KG werden im UGB gesetzlich geregelt. Bei der GmbH & Co KG besteht jedoch die Besonderheit, dass die Komplementär-GmbH zumeist der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter ist. Die Haftung der Kommanditisten ist auf die von ihnen übernommene Haftsumme beschränkt. Im Ergebnis ist die GmbH & Co KG daher eine Personengesellschaft bei der regelmäßig keine natürliche Person unbeschränkt haftet.

Besonders bei den Kapitalgesellschaften – GmbH und AG – spielt das Kapitalerhaltungsrecht eine sehr wichtige Rolle. Bei diesen Gesellschaftsformen steht den Gläubigern lediglich das Kapital der jeweiligen Gesellschaft als Haftungsfonds zur Verfügung. Die Höhe dieses Kapitals ist im Gesellschaftsvertrag festzulegen und beträgt im Minimalfall 35.000,-- Euro¹ bei der GmbH und 70.000,-- Euro² bei der AG. Abgesehen davon haftet bei Kapitalgesellschaften keine natürliche Person persönlich mit ihrem Vermögen. Um die beschränkte Haftung auszugleichen und den Gesellschaftsgläubigern eine gewisse Sicherheit zu bieten, hat der Gesetzgeber strenge Bestimmungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung normiert. Diese Bestimmungen sollen sicherstellen, dass Gesellschafter ihr einmal in die Gesellschaft eingelegtes Kapital nicht mehr leichtfertig entnehmen können und der Gesellschaft dadurch die Kapitalgrundlage für ihre wirtschaftliche Tätigkeit entziehen.

Bei der Offenen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft haften die Gesellschafter neben der Gesellschaft persönlich mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft³. Es besteht grundsätzlich kein Bedarf einer festen Kapitaleinlage, da die Gläubiger ohnehin auch auf das Privatvermögen der Gesellschafter zugreifen können. Wie bereits erwähnt ist die Besonderheit bei der KG, dass es zwei Arten von Gesellschaftern gibt, nämlich die unbeschränkt haftenden Komplementäre und die auf eine bestimmte Haftsumme beschränkt haftenden Kommanditisten. Die Kommanditisten haften ebenfalls mit ihrem gesamten Privatvermögen aber eben beschränkt auf den im Firmenbuch einzutragenden Betrag ihrer Haftsumme⁴. Ist diese Haftsumme in die Gesellschaft eingelegt, so haften die Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht mehr⁵.

¹ § 6 Abs 1 GmbHG.

² § 7 Abs 1 AktG.

³ § 128 UGB.

⁴ §§ 161, 171 UGB.

⁵ § 171 Abs 1 UGB.

Bei der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter ist der Komplementär zumeist eine GmbH und daneben gibt es einen oder mehrere Kommanditisten die natürliche oder juristische Personen sein können. Daraus folgt, dass sich das haftende Kapital aus der Summe des Stammkapitals der Komplementär-GmbH und den Haftsummen der Kommanditisten zusammensetzt. Wie bei jeder KG sind die Kommanditisten von ihrer persönlichen Haftung befreit, sofern sie ihre Haftsummen in die Gesellschaft eingezahlt haben. Die Haftung der Gesellschafter einer derartigen GmbH & Co KG ist daher ebenso beschränkt wie jene von Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft. Wie bereits angedeutet, ist das Kapitalerhalterungsrecht und damit auch der Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften viel strenger als jenes bei Personengesellschaften. Es stellte sich daher schon seit längerem die Frage, ob die Personengesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsbestimmungen für die GmbH & Co KG an jene der Kapitalgesellschaften angeglichen werden müssen um das Fehlen von natürlichen Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter auszugleichen.

Die Meinungen über den notwendigen Umfang der Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter gehen weit auseinander. Der OGH hat jedoch erst vor kurzem zu dieser Problematik klar Stellung bezogen und in seiner Entscheidung 2 Ob 225/07p vom 29. 5. 2008 ausgesprochen, dass das GmbH-Kapitalerhalterungsrecht auf die GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter anzuwenden ist. Er hat das Kapitalerhalterungsrecht für die GmbH & Co KG damit jenem für die GmbH gleichgestellt. Dadurch wurde ein wohl überaus strenger Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG eingeführt. Dieses Ergebnis trifft insbesondere jene Kommanditisten sehr hart, die nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt sind. Sie können ihr einmal in die Gesellschaft eingelegtes Kapital, sei es die Haftenlage oder auch eine darüber hinausgehende Pflichteinlage, wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr nicht mehr zurückfordern und werden damit gezwungen nicht nur das Kapital der KG sondern auch jenes der Komplementär-GmbH zu sichern obwohl sie an letzterer Gesellschaft gar nicht beteiligt sind.

Die Rechtsansicht des OGH, die sich auf einen Teil der Lehre stützt, gilt es kritisch zu hinterfragen. Insbesondere ist zu untersuchen, ob eine derartige Erweiterung des personengesellschaftsrechtlichen Kapitalerhalterungsrechts notwendig und zweckmäßig ist. Der Gesetzgeber hat die GmbH & Co KG in einigen Bereichen ohnehin den Kapitalgesellschaften gleichgestellt, um das Fehlen einer natürlichen Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter auszugleichen. Diese Sonderbestimmungen betreffen insbesondere Bereiche,

bei denen ein erhöhter Gläubigerschutz erforderlich erscheint wie die Rechnungslegung, die Konkursantragspflicht, das Eigenkapitalersatzrecht oder das Unternehmensreorganisationsgesetz. Angesichts dieser Sonderbestimmungen muss man meiner Ansicht nach sehr gute Gründe präsentieren, um zu beweisen, dass es im Sinne des Gesetzgebers ist, das gesamte Kapitalerhaltungsrecht der Kapitalgesellschaften auf die GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter zu erstrecken.

Neben der ausführlichen Behandlung der allgemeinen Kapitalerhaltungsproblematik wird in dieser Arbeit auf spezielle Bereiche wie die Geschäftsführung, die Liquidation oder das Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter eingegangen. Diese Rechtsgebiete stehen in engem Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung und Teile der Lehre wollen daher auch in diesen Bereichen GmbH-rechtliche Bestimmungen auf die GmbH & Co KG analog anwenden.

Im letzten Teil der Arbeit soll auch die Kapitalerhaltung bei der Limited & Co KG untersucht werden. Die Limited erfreut sich in Österreich immer größerer Beliebtheit, da man kein Stammkapital zu ihrer Gründung aufbringen muss. Eine Limited & Co KG kann nahezu ohne jegliche Kapitaleinlage gegründet werden, da auch die Kommanditisten ihre Haftsumme beliebig niedrig festsetzen können. Bei dieser Gesellschaftsform ist die Kapitalerhaltung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger daher wohl noch wichtiger als bei der GmbH & Co KG. Dies führt am Ende auch zu der Frage, ob im Hinblick auf eine zukünftige österreichische GmbH ohne oder mit nur geringem Stammkapital eine Erweiterung der gesetzlichen Kapitalerhaltungsbestimmungen für die GmbH & Co KG erforderlich ist.

II. Grundlagen

1. Anerkennung der GmbH & Co KG

Die Rechtsform der Kommanditgesellschaft (KG) ist bis ins Mittelalter zurück zu verfolgen⁶. Die KG wurde durch das AHGB, das in Österreich am 1. 7. 1863 in Kraft trat, erstmals gesetzlich geregelt. Diese Vorschriften wurden am 1. 3. 1939 durch das HGB abgelöst⁷.

Die GmbH & Co KG hat sich nach den praktischen Erfordernissen des Wirtschaftslebens entwickelt. Früh erkannte man, dass durch die Vermischung verschiedener Gesellschaftstypen die Vorteile dieser Gesellschaftsformen vereint werden können. Man spricht bei der GmbH & Co KG von einer „Grundtypenvermischung“, da sie aus personen- und kapitalgesellschaftlichen Elementen besteht⁸. Anfänglich war die Anerkennung dieser Gesellschaftsform sehr umstritten und vom Gesetzgeber auch sicherlich nicht gewollt. Dennoch ließ die österreichische höchstgerichtliche Judikatur die Beteiligung von juristischen Personen an Personenhandelsgesellschaften bereits im Jahre 1906 zu⁹. In SZ 61/153 anerkannte der OGH eine Einpersonen-GmbH & Co KG, bei der der einzige Gesellschafter der Komplementär-GmbH auch einziger Kommanditist der KG ist. Dezidiert als zulässige Rechtsform anerkannte der OGH die GmbH & Co KG in SZ 35/88 im Jahre 1962, wobei er sich sogar auf die Entscheidungen aus dem Jahre 1906 beziehen konnte¹⁰.

In Deutschland bestätigte erstmals das Bayrische Oberste Landesgericht die Zulässigkeit einer GmbH & Co KG und wies am 16. 2. 1912 die Unterinstanzen mit Beschluss an, die Eintragungen in das Handelsregister vorzunehmen¹¹. Das Preußische Kammergericht schloss sich dieser Rechtsansicht am 28. 2. 1913¹² an und vertrat diese Rechtsansicht auch in späteren

⁶ *Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co² (1977) 3 f; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 381.*

⁷ *Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 381; Art 1, 4. EVHGB.*

⁸ *Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 1 f.*

⁹ *OGH 20. 6. 1906 AC 2.583; 17. 7. 1906 AC 2.589; 18. 9. 1906 AC 2.598; Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 2, 5; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 293; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 381.*

¹⁰ *Jabornegg in Jabornegg, Kommentar zum HGB (1997) § 161 Rz 30.*

¹¹ *16. 12. 1912, OLGE 27, 331 = KGJ 44, 341; Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 7.*

¹² *DJZ 1913, 1.500 und KGJ 51, 122; Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 8; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 383.*

Urteilen: In der Begründung des Spruches des Preußischen Kammergerichts vom 18. 5. 1918¹³ heißt es unter Berufung auf die Vertragsfreiheit: „Eine GmbH kann persönlich haftender Gesellschafter einer (auch mit ihren Gesellschaftern gebildeten) KG sein, da keine diesbezüglichen gesetzlichen Verbote vorliegen“. Das deutsche Reichsgericht bejahte schließlich in seinem grundlegenden Beschluss vom 4. 7. 1922¹⁴ die zivilrechtliche Zulässigkeit der GmbH & Co KG und stellte dabei klar, dass die GmbH & Co KG nicht nur steuerliche Vorteile biete, sondern auch aus anderen Wirtschaftsinteressen sinnvoll sei. Abschließend heißt es in diesem Urteil wörtlich: „Es kann dem Handelsverkehr nicht verwehrt werden, sich zur Erreichung seiner geschäftlichen Ziele solcher Formen und Organisationen zu bedienen, welche ihm die geringstmöglichen Unkosten verursachen“. Der deutsche BGH bestätigte in seinem Urteil vom 28. 9. 1955¹⁵ diese Rechtsprechung.

Gesetzliche Anerkennung fand die GmbH & Co KG in Österreich erstmals durch die Aufnahme in § 9 Abs 4 GewO 1973 und in den 1974 novellierten § 29 GmbHG (§ 29 Abs 1 Z 4 GmbHG idF BGBl 1974/82), mit denen die GmbH & Co KG in den Tatbestand der Aufsichtsratspflicht der GmbH aufgenommen wurde¹⁶. Durch das IRÄG 1982 wurde der Konkursstatbestand der Überschuldung (§ 67 Abs 1 KO) auch auf Personenhandelsgesellschaften erstreckt, bei denen es keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter gibt. Durch das RLG 1990 wurde der Anwendungsbereich der kapitalgesellschaftsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften auf die GmbH & Co KG erweitert. Das IRÄG 1997 erstreckte die Haftungsbestimmungen gemäß §§ 22 ff URG auf Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist; die Haftungsbestimmungen gelten für die Organe der juristischen Person, die Komplementär ist. Das am 1. 1. 2004 in Kraft getretene Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) ist gemäß § 4 auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden. § 11 EKEG bestimmt, dass ein Kredit, den ein Kommanditist einer Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, der Komplementärgesellschaft gewährt, den Eigenkapitalersatzregeln unterliegt¹⁷.

¹³ GmbHR 1918, 355; *Straube in Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 8.

¹⁴ RG 4. 7. 1922, RGZ 105, 101 ff; *Straube in Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 10 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 383.

¹⁵ GmbHR 1957, 41; *Straube in Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 11 f.

¹⁶ *Straube in Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 15; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 383.

¹⁷ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 384 f; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 295; *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 161 Rz 30.

Negative Anerkennung fand die GmbH & Co KG dadurch, dass der Gesetzgeber sie von einigen gesetzlichen Erwerbstätigkeiten ausschloss¹⁸.

Anerkannt wurde die GmbH & Co KG auch durch die Erstreckung der Pflichtenbereiche der Geschäftsführungsorgane der Komplementärgesellschaft auf die zivil-, steuer- und öffentlich-rechtlichen Pflichten der Personenhandelsgesellschaft selbst¹⁹. Nach Auffassung des OGH haften die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als organschaftliche Vertreter auch für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten bei der Geschäftsführung der KG²⁰. Ebenso haften sie für die Einhaltung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der KG²¹, für die Einhaltung der abgabenrechtlichen Pflichten der KG²², für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge²³ und für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften²⁴.

¹⁸ Zum Beispiel: Versicherungsgeschäft (§ 3 Abs 1 VAG), Betrieb von Pensionskassen (§ 6 Abs 1 PKG) und Mitarbeitervorsorgekassen (§ 19 Abs 1 BMvG), Hypothekenbank (§ 2 HypBG), gemeinnützige Bauvereinigung (§ 1 Abs 1 WGG)....; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 385.

¹⁹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 387.

²⁰ OGH SZ 52/158; GesRZ 1986, 32; zustimmend *Dellinger*, Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG, WBl 1990, 351; *Karollus*, Verstärkter Gläubigerschutz bei Insolvenz einer GmbH & Co KG, ecolex 1990, 671 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 30 f; *Koppensteiner in Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ § 161 Rz 16.

²¹ OGH 17. 11. 1983, HS 14.137/21; JBl 1986, 791; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 35.

²² VwGH ÖJZ 1980, 164; ÖJZ 1981, 416; JBl 1982, 51; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 387.

²³ VwGH 30. 9. 1997, 95/08/0152, ASoK 1998, 222.

²⁴ Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG ist als das nach § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ anzusehen: VwGH 27. 9. 1994, 92/17/0072, ÖStZB 1995, 246; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 387.

2. Erscheinungsformen der GmbH & Co KG

Die GmbH & Co KG kann sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Die in der Praxis am häufigsten vorkommende Form der GmbH & Co KG ist jene, bei der die GmbH einziger Komplementär ist und daneben keine weitere unternehmerische Tätigkeit ausübt²⁵. Die Terminologie für die einzelnen Erscheinungsformen der GmbH & Co KG ist nicht einheitlich²⁶. Die wichtigsten Unterscheidungen nach den Beteiligungsverhältnissen an der Komplementärgesellschaft und an der KG sind die folgenden²⁷:

- GmbH & Co KG im weiteren Sinn: Unter mehreren Komplementären ist eine GmbH. Hier besteht haftungsrechtlich kein Unterschied zu einer normalen KG, da es neben der GmbH auch natürliche Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter gibt.
- GmbH & Co KG im engeren Sinn: Die GmbH ist einziger Komplementär. Es ist daher keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter.
- GmbH & Co KG im engsten Sinn: Man spricht auch von einer „echten“ GmbH & Co KG. Einziger Komplementär ist eine GmbH, an der die Kommanditisten wiederum als Gesellschafter beteiligt sind. Anschaulich kann bei dieser Form auch von einer „personengleichen“ GmbH & Co KG gesprochen werden. Ist der einzige Kommanditist auch einziger Gesellschafter der Komplementär-GmbH, so ist der Begriff „Einmann-GmbH & Co KG“ gebräuchlich.
- Bei der Einheits-GmbH & Co KG ist die Kommanditgesellschaft Alleingesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH. Diese Form wird nach hL in Österreich wegen des Verbots des (mittelbaren) Erwerbs eigener Geschäftsanteile (§ 81 GmbHG) als unzulässig angesehen²⁸. Diese Begründung ist für *Jabornegg*²⁹ jedoch nicht ausreichend, da über zulässige Durchbrechungen des § 81 Satz 1 doch eine Einheitsgesellschaft gebildet werden könnte. Entscheidend ist für ihn zusätzlich, dass dem nach § 161 Abs 1 HGB (§ 161 Abs 1 UGB) zwingenden Mindestanfordernis

²⁵ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 1633.

²⁶ Doralt in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 35.

²⁷ Doralt in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 35 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 388; *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000) 54; *Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 11 ff; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 161 Rz 16; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 31.

²⁸ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 34; *Schummer*, Personengesellschaften⁶ (2006) 70; *Weber/Straube* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 354 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 161; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 161 Rz 14; *Umlauf*, Erwerb von Anteilen durch eine GmbH & Co KG an der eigenen Komplementär-GmbH, NZ 1989, 57 (62); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 17; *Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 57 f.

²⁹ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 34.

eines Komplementärs materiell nicht entsprochen wird, wenn dieser eine 100%-ige Tochtergesellschaft der KG selbst ist. Eine solche Verschränkung überschreite daher von vornherein die zwingenden Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. In Deutschland ist die Einheits-GmbH & Co KG zulässig³⁰.

- Ist eine GmbH & Co KG die Komplementärin einer anderen GmbH & Co KG, so wird diese als „doppelstöckige“ GmbH & Co KG bezeichnet. In gleicher Weise sind auch „mehrstufige“ GmbH & Co KGs möglich.

Die Komplementär-GmbH ist an der GmbH & Co KG entweder als reine Arbeitsgesellschafterin³¹ ohne Vermögensbeteiligung beteiligt oder sie ist auch am Vermögen der KG substanzbeteiligt³².

³⁰ Nachdem die Kommanditisten die einzigen natürlichen Gesellschafter dieser Form der GmbH & Co KG sind, muss der Gesellschaftsvertrag der KG und die Satzung der GmbH vorsehen, dass die Kommanditisten – im Verhältnis ihrer Anteilsrechte in der KG – die Gesellschafterrechte in der KG ausüben. Ausschüttungen aus der GmbH an die Kommanditisten unterliegen hier unzweifelhaft dem Kapitalerhaltungsrecht des GmbHG, da die Kommanditisten den Willen der GmbH bilden. Dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1636 f; *Schilling in Staub*, Handelsgesetzbuch 2⁴ (2004) § 161 Rz 34 ff.

³¹ Zur Zulässigkeit OGH SZ 49/163.

³² *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 389; *Koppensteiner in Straube*, HGB³ § 161 Rz 16; *Reidlinger in Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 230 f.

III. Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG

1. Problemstellung

Nur bei GmbH & Co KGs ohne natürliche Person als Komplementär besteht das Problem, dass wie bei Kapitalgesellschaften keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Es stellt sich daher nur bei diesen Formen der GmbH & Co KG die Frage, ob besondere über das UGB hinausgehende Kapitalerhaltungsregeln erforderlich sind, um den Mangel einer natürlichen Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter auszugleichen.

Das nominelle Mindesthaftkapital der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Komplementär setzt sich zu Beginn der Tätigkeit aus dem Stammkapital der Komplementär-GmbH und den Haftsummen der Kommanditisten zusammen³³. Dabei können sich die Gesellschafter der GmbH & Co KG auf eine Minimalhaftsumme³⁴ einigen, da die Haftsummen der Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag beliebig niedrig³⁵ festgelegt werden können und das Mindeststammkapital der Komplementär-GmbH gemäß § 6 Abs 1 GmbHG – unabhängig vom tatsächlichen Kapitalbedarf der Gesellschaft – auf € 35.000 festgesetzt ist. Das Haftkapital der GmbH & Co KG ist dabei nicht notwendigerweise mit dem Eigenkapital der KG gleichzusetzen, da die GmbH ihr Vermögen nicht in die KG einlegen muss³⁶ und die Einlagen der Kommanditisten viel höher als ihre ins Firmenbuch einzutragenden Haftsummen sein können³⁷. Die GmbH darf an der GmbH & Co KG auch als bloße Arbeitsgesellschafterin ohne eigenen Kapitalanteil beteiligt sein³⁸. Das tatsächliche Eigenkapital der GmbH & Co KG wird in der Regel weit über dem Gesamtbetrag aus GmbH-

³³ Sobald die Gesellschaften wirtschaftlicher tätig sind sich dieser Betrag normalerweise.

³⁴ Zacher, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG (1992) 113; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 1654.

³⁵ Beachte: Das Firmenbuchgericht Wien verlangt eine Mindesthaftsumme der Kommanditisten von Euro 70. Dabei wird § 6 Abs 1 GmbHG analog angewendet. Das Firmenbuchgericht liefert aber keine juristische Begründung für die Analogie. (Für eine Mindestkommandithaftsumme von Euro 70 gibt es auch keinerlei gesetzliche Grundlage. Der Grund für die Mindesthaftsumme dürfte eine Vereinfachung beim Wiener Firmenbuchgericht sein).

³⁶ Zacher, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG 113.

³⁷ Weigand in Kreji/Dehn, Das neue UGB, SWK-Sonderheft 2005, 70; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 171 Rz 7, 10; Koppensteiner in Straube, HGB³ § 171 Rz 6; Schummer, Personengesellschaften⁶, 60.

³⁸ OGH SZ 49/163; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 161 Rz 54; Reidlinger in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG², 230 f; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung, 389; Koppensteiner in Straube, HGB³ § 161 Rz 16.

Stammkapital und Kommandithaftsummen liegen, je nach dem wirtschaftlichen Zweck, dem die GmbH & Co KG nachgeht.

Schon das Mindesthaftungsvermögen der GmbH & Co KG ist für die Gläubiger aber nicht absolut gesichert, da zum Beispiel bei Verminderung durch Betriebsverluste grundsätzlich keine gesetzliche Nachschusspflicht besteht³⁹ (§ 161 Abs 2 iVm §§ 108 ff UGB, §§ 171 f UGB, §§ 72 ff GmbHG). Darüber hinaus kann ein, zur Abdeckung offener Haftsummen stets ausreichendes Privatvermögen der Kommanditisten nicht garantiert werden.

Da die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG und des UGB grundsätzlich nur auf die jeweilige Gesellschaftsform (einmal Kapitalgesellschaft und einmal Personengesellschaft) zugeschnitten sind, besteht bei der GmbH & Co KG die Gefahr, dass diese Schutzvorschriften umgangen werden. Bei der GmbH & Co KG werden idR alle wirtschaftlichen Vorgänge über das Vermögen der Kommanditgesellschaft abgewickelt, während aber nur bei der GmbH (§ 82 GmbHG) ein gesetzlich geregeltes Verbot der Einlagenrückgewähr besteht. Auszahlungen aus dem KG-Vermögen sind gemäß § 172 Abs 3 UGB nicht verboten, sondern nur mit der Kommanditistenhaftung bedroht. Aus dem KG-Vermögen geleistete Zahlungen können speziell bei der GmbH & Co KG ieS jedoch mittelbar auch auf Kosten der Komplementär-GmbH erfolgen. Die Gefahr der Manipulation ist am größten, wenn die GmbH ihr gesamtes Stammkapital in die KG einlegt, da Auszahlungen aus dem KG-Vermögen dann zu Lasten des Stammkapitals der GmbH gehen könnten⁴⁰. Aber auch wenn die GmbH keine Kapitalbeteiligung an der KG besitzt, ist das Kapital der GmbH aufgrund möglicher Inanspruchnahme als unbeschränkt haftende Komplementärin gemäß §§ 161 Abs 2 iVm 128 UGB insbesondere dann gefährdet, wenn die KG ihr Gesellschaftsvermögen aufgebraucht hat⁴¹.

Eine mögliche Umgehung der Kapitalerhaltungsregeln für die Komplementär-GmbH könnte auch ein größeres Risiko für die Gläubiger der GmbH & Co KG darstellen, da in diesem Fall der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter der KG unter Umständen

³⁹ Siehe aber *Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 51, 101.

⁴⁰ *Weber/Straube* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 326; *Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG 113; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 f.

⁴¹ *Wenger*, Zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, RWZ 11/2005, 326 (327); *Karollus*, Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, in FS Kropf (1997) 669 (671); *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG¹⁴ § 30 Rz 46; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657.

vermögenslos ist. Man muss dazu aber bemerken, dass auch bei einer normalen KG immer die Gefahr besteht, dass der Komplementär sein Vermögen verliert und dadurch die Gesellschaftsgläubiger im Falle seiner Inanspruchnahme nicht befriedigen kann.

Die Ausgangssituation bezüglich der Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG ist zusammengefasst die, dass keine natürliche Person unbeschränkt mit ihrem gesamten (auch privaten) Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Dabei entsteht eine den Kapitalgesellschaften ähnliche Situation, wobei der Kapitalschutz für Kapitalgesellschaften, wie die AG und die GmbH, viel umfangreicher und strenger als jener für die KG ist. Diese Konstellation könnte die Gesellschafter der GmbH & Co KG dazu verleiten, die Rechtsform ihrer Gesellschaft zu missbrauchen, um die Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG zu umgehen und leichter Kapital aus der Komplementär-GmbH abziehen zu können. Aus diesem Grund besteht für die Komplementär-GmbH die Gefahr, ihr Kapital an die Gesellschafter zu verlieren und sowohl für die Gläubiger der Komplementärin als auch für jene der GmbH & Co KG ein erhöhtes Risiko keine Befriedigung ihrer Forderungen zu erhalten.

Es bedarf genauer Prüfung, inwieweit durch die gesetzlich festgelegten Kapitalerhaltungsregeln ein materiell wirksamer Gesamt-Kapitalschutz für die GmbH & Co KG gegeben ist und ob Erweiterungen des Kapitalerhaltungsrechtes nötig und sinnvoll sind. Insbesondere wird zu untersuchen sein, ob der Kapitalschutz nur ein erweiterter Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH sein soll oder ob eigenständige Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH & Co KG als solche zu entwickeln sind. Auch zu erörtern ist, ob und inwieweit solche „Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH & Co KG“ auch auf einen Nur-Kommanditisten anzuwenden sind.

Ausgangsbasis dieser Untersuchung bilden die deutsche Lehre und Judikatur, da die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG in Deutschland bereits eingehender behandelt wurde als in Österreich und die deutsche Rechtslage in für diese Arbeit relevanten Bereichen mit der österreichischen vergleichbar ist.

Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass § 30 dGmbHG, anders als das öGmbHG, öAktG oder auch das dAktG, nicht das gesamte Vermögen der GmbH schützt, sondern nur das Stammkapital, also das Gesellschaftsvermögen in der satzungsgemäß

bestimmten Mindesthöhe⁴². Zahlungen, die entgegen dem Verbot des § 30 dGmbHG an einen Gesellschafter geleistet wurden, sind nach § 31 dGmbHG an die Gesellschaft zurückzuerstatten.

2. Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG in Deutschland

Bei der GmbH & Co KG werden in der Regel alle wirtschaftlichen Vorgänge über das Vermögen der Kommanditgesellschaft abgewickelt. Ein gesetzlich geregeltes Ausschüttungsverbot gibt es nur bei der GmbH (§ 30 dGmbHG). Auszahlungen aus dem KG-Vermögen sind dagegen nach § 172 dHGB nicht verboten, sondern nur mit der Kommanditistenhaftung bedroht⁴³.

Zahlungen aus dem Vermögen der GmbH & Co KG an die Kommanditisten unterliegen grundsätzlich § 172 Abs 4 dHGB, Zahlungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH an die Gesellschafter der GmbH grundsätzlich § 30 dGmbHG⁴⁴.

§ 30 dGmbHG verbietet die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der GmbH an die Gesellschafter.

§ 31 dGmbHG bestimmt, dass Zahlungen, die entgegen dem Verbot des § 30 an die Gesellschafter geleistet wurden, der Gesellschaft zu erstatten sind.

Bei der GmbH & Co KG können Auszahlungen aus dem KG-Vermögen an einen Kommanditisten sowohl das Gesellschaftsvermögen der KG als auch mittelbar das Vermögen der Komplementär-GmbH verkürzen und damit die Rechtsfolgen der §§ 30, 31 dGmbHG auslösen⁴⁵. Auch die Rückzahlung von Nachschüssen aus dem Vermögen der GmbH & Co KG kann bei ihrer Komplementär-GmbH zu einer Unterbilanz führen oder eine solche

⁴² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 1; *Wenger*, RWZ 11/2005, 327; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 98; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001) 71.

⁴³ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 f.

⁴⁴ *Wenger*, RWZ 11/2005, 327; *Rowedder* in *Rowedder*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)³ (1997) § 30 Rz 42; *Westermann* in *Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 57.

⁴⁵ *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG¹⁶ (2004) § 30 Rz 46 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 f; *Rowedder* in *Rowedder*, GmbHG³ § 30 Rz 42; *Westermann* in *Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 58.

vertiefen⁴⁶. Gemäß § 30 Abs 2 dGmbHG dürfen eingezahlte Nachschüsse nur zurückgezahlt werden, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind.

In Deutschland ist daher seit längerem anerkannt, dass bei der GmbH & Co KG ein verstärkter Kapitalschutz im Vergleich zur normalen KG erforderlich ist. Das Ausschüttungsverbot des § 30 dGmbHG und die Rückgewährpflicht nach § 31 dGmbHG werden auf die GmbH & Co KG entsprechend angewendet⁴⁷. Ursprünglich bezog sich der Kapitalschutz aber nur auf das Vermögen der Komplementär-GmbH und nicht auf jenes der KG. Dies verdeutlicht der Leitsatz des Bundesgerichtshofs in BGHZ 60, 324⁴⁸:

„In der GmbH & Co KG verstößt eine Auszahlung an den Kommanditisten, der zugleich der GmbH angehört, auch dann gegen das Verbot des § 30 Abs 1 GmbHG, wenn sie aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft erbraucht wird und soweit hierdurch mittelbar das Vermögen der GmbH unter den Wert des Stammkapitals herabsinkt.“

Verboten waren demnach nur Ausschüttungen aus dem Vermögen der KG, die mittelbar auch das Vermögen der GmbH schmälern und bei dieser zu einer Unterbilanz führen oder das Nominalkapital senken⁴⁹. Ergeben können sich derartige Vermögensbeeinträchtigungen durch Ausschüttungen aus dem Vermögen der KG, die der GmbH zustehende Vermögensbeteiligungen schmälern, wenn die GmbH an der KG vermögensmäßig beteiligt ist. Da solche Ausschüttungen die Zustimmung der Komplementär-GmbH brauchen, kommt diese Konstellation in der Praxis vor allem dann vor, wenn die Kommanditisten gleichzeitig die Gesellschafter der GmbH sind.

Unabhängig von einer Vermögensbeteiligung trifft die Komplementär-GmbH gemäß §§ 161 Abs 2, 128 dHGB immer die unbeschränkte Haftung für die Verbindlichkeiten der KG⁵⁰. Spätestens bei Überschuldung der KG müssen die möglichen Haftungsverbindlichkeiten in der Bilanz der GmbH passiviert werden, was wegen der meist

⁴⁶ Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 30 Rz 51.

⁴⁷ Grundlegend BGHZ 60, 324; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 ff; Karollus in FS Kropff 671; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 30 Rz 46 ff; Wenger, RWZ 11/2005, 327; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 30 Rz 42; Westermann in Scholz, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 57 f.

⁴⁸ BGHZ 60, 324 = GmbHR 1973, 163.

⁴⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 ff; Karollus in FS Kropff 671; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶, § 30 Rz 46 ff; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 30 Rz 42; Westermann in Scholz, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 57 f.

⁵⁰ Karollus in FS Kropff 671.

geringen Kapitalausstattung von Komplementär-GmbHs zu einer Unterbilanz führen kann⁵¹. Das größte Risiko für die Komplementär-GmbH besteht bei jenen GmbH & Co KGs die neben der GmbH keine natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter haben.

Um einen umfangreicheren Schutz vor mittelbaren Vermögensbeeinträchtigungen der Komplementär-GmbH zu erreichen, erweiterte der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit der §§ 30 f dGmbHG auf die GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter⁵². Für die Ausstattung der Gesellschaften mit haftendem Kapital sind demnach auch die Nur-Kommanditisten verantwortlich, wenn keine natürliche Person unbeschränkt haftet, dh wurde entgegen dem Verbot des § 30 dGmbHG Vermögen der GmbH & Co KG an einen Kommanditisten ausgeschüttet, so ist er gemäß § 31 dGmbHG zur Rückerstattung verpflichtet. *K. Schmidt* und *Karollus* stimmen diesem Urteil im Ergebnis zu, doch sind beide der Ansicht, dass es sich dann nicht mehr um einen mittelbaren Kapitalschutz der Komplementär-GmbH, sondern um eigenständige Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH & Co KG handelt⁵³. Die Einbeziehung der Nur-Kommanditisten in den Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsregeln der GmbH sei sonst nicht mehr begründbar, da die Nur-Kommanditisten gerade keine Gesellschafter der Komplementär-GmbH seien. Die §§ 30 f dGmbHG seien analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden und der Kapitalschutz greife ein, sobald durch Schmälerung des KG-Vermögens eine Unterbilanz der Komplementär-GmbH herbeigeführt oder verstärkt werde.

Bekräftigt wird diese Ansicht durch das schon angesprochene Urteil des Bundesgerichtshofs, BGHZ 60, 324 in dem es heißt⁵⁴:

„Soweit die verbotswidrige Zahlung aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft erbracht worden ist, gehören in der GmbH & Co KG die Erstattungsansprüche der GmbH, die aus unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 31 Abs 1 und 2 entstanden sind, zum Gesamthandvermögen der GmbH & Co KG.“

Der BGH ordnet den Rückgewähranspruch also nicht der Komplementär-GmbH, sondern der KG zu⁵⁵. Wurde das Kapital der GmbH & Co KG durch Auszahlungen aus dem

⁵¹ *Karollus* in FS Kropff 671; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶ § 30 Rz 46 ff; *Rowedder* in *Rowedder*, GmbHG³ § 30 Rz 42; *Westermann* in *Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 57.

⁵² BGHZ 110, 342, 355ff = NJW 1990, 1725.

⁵³ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 ff; *K. Schmidt*, Kapitalsicherung in der GmbH & Co KG: Schlussbilanz oder Zwischenbilanz einer Rechtsfortbildung?, GmbHR 1989, 141 (143); *Karollus* in FS Kropff 673.

⁵⁴ BGHZ 60, 324 = GmbHR 1973, 163.

⁵⁵ BGHZ 60, 324, 329 ff; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶ § 31 Rz 9; *Rowedder* in *Rowedder*, GmbHG³ § 30 Rz 42; *Westermann* in *Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 57 f.

KG-Vermögen entgegen dem Verbot des § 30 dGmbHG verkürzt, so richtet sich der Anspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs 1 dGmbHG auf Leistung in das Vermögen der KG. Auch dieses Ergebnis kann nur mit einer analogen Anwendung der §§ 30 und 31 dGmbHG auf die GmbH & Co KG begründet werden. Ginge es andererseits nur um einen Schutz der Komplementär-GmbH, dann wäre der Rückzahlungsanspruch nur dieser zuzuordnen⁵⁶.

Durch die dGmbHG-Novelle 1980 wurden in das dHGB Sondervorschriften für die OHG und KG aufgenommen, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§§ 125a, 129a, 130a, 172a, 177a dHGB). *Karollus* sieht darin ein Indiz dafür, dass der deutsche Gesetzgeber mit diesen Normen bei der „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“ ansetzen wollte⁵⁷. Für die Anwendung der Sondervorschriften komme es nicht auf die Rechtsform des Komplementärs an, sondern es werde nur darauf abgestellt, dass keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist. Daraus sei abzuleiten, dass auch die Kapitalerhaltungsregeln direkt bei der GmbH & Co KG und nicht bei der Komplementär-GmbH ansetzen müssen⁵⁸.

Für die Kapitalerhaltung sind vor allem die §§ 130a, 177a, 129a, 172a dHGB von Bedeutung. Die §§ 130a und 177a dHGB bestimmen, dass bei jeder OHG und KG, bei der keine natürliche Person unbeschränkt haftet, bereits die Überschuldung als Insolvenzgrund ausreicht. Die Personengesellschaften „mit beschränkter Haftung“ werden dadurch den Kapitalgesellschaften bezüglich der Insolvenzbegründung gleichgestellt. Vor der Einführung des MoMiG⁵⁹ waren nach den §§ 129a, 172a dHGB die §§ 32a und 32b dGmbHG auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter anzuwenden. Demnach galt für die GmbH & Co KG das Eigenkapitalersatzrecht der GmbH⁶⁰.

Im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG ist auch auf die Relevanz des Sperrjahres gemäß § 73 dGmbHG hinzuweisen. Nach § 73 dGmbHG dürfen Ausschüttungen aus dem GmbH Vermögen an die Gesellschafter, bei Liquidation der

⁵⁶ *Karollus* in FS Kropff 674; *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, GmbHG⁸ § 31 Rz 8; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141, 143.

⁵⁷ *Karollus* in FS Kropff 674.

⁵⁸ *Karollus* in FS Kropff 674.

⁵⁹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen; siehe dazu im nächsten Kapitel.

⁶⁰ *Ostheim*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 122 (130); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *Karollus* in FS Kropff 674; *Schiessl* in *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Handbuch der GmbH & Co KG¹⁹ (2005) § 7 Rz 4 ff; *Rowedder* in *Rowedder*, GmbHG³ § 32a Rz 88 ff; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 32a Rz 227 ff.

Gesellschaft, erst nach dem Sperrjahr vorgenommen werden. Auf die mögliche analoge Anwendung des § 73 dGmbHG bei der GmbH & Co KG, ist im Folgenden noch einzugehen⁶¹.

2.1. Exkurs: Eigenkapitalersatzrecht und Sperrjahr bei der GmbH & Co KG in Deutschland

2.1.1. Eigenkapitalersatzrecht

Die Ausführungen zum Eigenkapitalersatzrecht in diesem Kapitel beschreiben die Rechtslage in Deutschland vor dem Inkrafttreten des MoMiG. Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen⁶² („MoMiG“) ist in Deutschland am 1. November 2008 Kraft getreten. Die wesentlichen Änderungen des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, werden am Ende des Kapitels kurz beschrieben.

Ein „Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen“ ist ein Darlehen eines Gesellschafters, welches er der Gesellschaft anstatt einer eigentlich gebotenen Eigenkapitalzufuhr gewährt⁶³.

Die Regelungen des Eigenkapitalersatzes unterscheiden zwischen Fremd- und Eigenkapital. Das Haftungskapital der Kommanditisten und das Stammkapital der GmbH werden in der GmbH & Co KG durch das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten gemäß § 172 Abs 4 dHGB bzw. in der GmbH durch das Rückzahlungsverbot des § 30 Abs 1 GmbHG gesichert. Wird die Gesellschaft insolvent, so begründet das gesamte Eigenkapital (Einlagen und etwaige Rücklagen) keine Insolvenzforderung und ist daher an die Gesellschafter nur auszuzahlen, nachdem alle Gesellschaftsgläubiger befriedigt wurden (Nachrangigkeit).

Fremdkapital kann dagegen nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln zurückgefordert werden. Rückzahlungen von Fremdkapital an die Kommanditisten der GmbH & Co KG sind nicht haftungsschädlich im Sinne des § 172 Abs 4 dHGB. Dieses Fremdkapital unterliegt

⁶¹ K. Schmidt, GmbHR 1989, 144; Rasner in Rowedder, GmbHG³ § 73 Rz 14.

⁶² BGBl I 2008, 2026.

⁶³ Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ §§ 32a/b Rz 1; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 32a Rz 1 ff; K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 32a Rz 1 ff.

auch nicht dem Rückzahlungsverbot des § 30 Abs 1 dGmbHG und bildet in der Insolvenz der Gesellschaft daher eine Insolvenzforderung⁶⁴.

Gewährt ein Gesellschafter in einer aktuellen oder auch nur drohenden Krise der Gesellschaft ein Darlehen, so wird dieses ipso iure in Eigenkapital umqualifiziert⁶⁵. Für Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen gelten die besonderen Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes.

Die Regeln betreffend das Eigenkapitalrecht wurden zum Teil durch den BGH entwickelt und zum Teil sind sie gesetzlich in den §§ 172a dHGB und 32a, b dGmbHG normiert. § 172a dHGB legt fest, dass die §§ 32a, b auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden sind. Die von den §§ 32a und 32b betroffenen Gesellschafter sind demnach, die Gesellschafter der Komplementär-GmbH („Gesellschafter der persönlich haftenden Gesellschafter“), und die Kommanditisten. Die Komplementär-GmbH ist als Gesellschafterin nicht von den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts für die GmbH & Co KG umfasst, da sie ohnehin unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG haftet⁶⁶. Ausgenommen von den Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen sind jene Kommanditisten, die mit 10 % oder weniger am Gesellschaftskapital der GmbH & Co KG beteiligt sind (§ 172a dHGB, § 32a Abs 3 Satz 2 dGmbHG). Die gesetzlichen Regeln und die Regeln des BGH kommen nebeneinander zur Anwendung⁶⁷.

Seit dem Grundsatzurteil BGHZ 67, 171⁶⁸ ist anerkannt, dass die vom BGH für die GmbH entwickelten Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Darlehen auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden sind⁶⁹. In den Leitsätzen dieser Entscheidung heißt es:

„Hat eine GmbH & Co KG in einem Zeitpunkt, in dem sie dauernd zahlungsunfähig oder überschuldet und infolgedessen auch ihre Komplementär-GmbH konkursreif war, von einem ihrer Gesellschafter ein Darlehen erhalten, so ist dessen Rückgewähr vor

⁶⁴ Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 4.

⁶⁵ Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ §§ 32a/b Rz 2; Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 5.

⁶⁶ Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 33; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ §§ 32a/b Rn 1; K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz I¹⁰ §§ 32a, 32b, Rz 229.

⁶⁷ K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ §§ 32a, 32b Rz 229; Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 7; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 32a Rz 90.

⁶⁸ GmbHR 1977, 105.

⁶⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1657.

einer Gesundung der Gesellschaften einer nach § 30 GmbHG verbotenen Kapitalauszahlung gleichzusetzen.“

Gemäß § 172a dHGB in Verbindung mit §§ 32a, b dGmbHG ist die Rückzahlung eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens an einen Gesellschafter zulässig, solange über das Vermögen der GmbH & Co KG nicht das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Wird aber innerhalb eines Jahres ab Rückzahlung das Insolvenzverfahren eröffnet oder fällt ein Gesellschaftsgläubiger bei der Einzelzwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aus – wobei ein drohender Ausfall als Voraussetzung genügt – so ist die Rückzahlung an den Gesellschafter anfechtbar (§§ 2, 6 dAnfG; § 172a dHGB, §§ 32a, b dGmbHG, § 135 Nr. 2 dInsO). Bei erfolgreicher Anfechtung der Rückzahlung ist der Gesellschafter gemäß § 143 Abs 1 dInsO in vollem Umfang zur Rückgewähr verpflichtet.

Im Insolvenzverfahren sind die Ansprüche der Gesellschafter auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Darlehen den Insolvenzforderungen der übrigen Gesellschaftsgläubiger nachgeordnet (§ 39 Abs 1 Nr 5 dInsO)⁷⁰.

Der BGH lässt Rückzahlungen der Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen bei der GmbH & Co KG zu, soweit sie nicht mittelbar zu einer Unterbilanz der Komplementär-GmbH führen, eine bereits vorhandene Unterbilanz verstärken oder deren Überschuldung zur Folge haben. Er wendet dabei das Rückzahlungsverbot und den Erstattungsanspruch der §§ 30, 31 dGmbHG analog auf die KG an⁷¹. Die Rückzahlung eines Eigenkapital ersetzenden Darlehens an einen Gesellschafter der GmbH & Co KG kann sich in zwei Fällen mittelbar auf das Stammkapital der Komplementär-GmbH auswirken⁷²:

- Die Komplementär-GmbH ist an der GmbH & Co KG vermögensmäßig nicht beteiligt. Die GmbH & Co KG ist überschuldet. Die Überschuldung wird durch ein Eigenkapital ersetzendes Darlehen ausgeglichen⁷³, dh das Darlehen wird wie Eigenkapital behandelt. Das Eigenkapital der Komplementär-GmbH entspricht ihrem Stammkapital. Zahlt die GmbH & Co KG das Eigenkapital ersetzende Darlehen zurück, verringern sich entsprechend das Vermögen und die Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG. Dieser Vorgang ist bilanziell zwar erfolgsneutral

⁷⁰ Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 8; K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ §§ 32a, 32b Rz 231.

⁷¹ BGHZ 60, 324 = GmbHR 1973, 163, 165.

⁷² Beispiele entlehnt von Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rn 10, 11; BGHZ 60, 324 = GmbHR 1973, 163, 165; BGHZ 76, 326; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 30 Rn 46; Westermann in Scholz, GmbHG¹⁰ § 30 Rz 58; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 30 Rz 42.

⁷³ Das Darlehen wird in der Bilanz passiviert.

- (Bilanzverkürzung), kann also die Überschuldung der GmbH & Co KG nicht verstärken; da die Darlehensverbindlichkeit vor Rückzahlung (rechnerisch) aber nicht als Verbindlichkeit berücksichtigt, sondern als Eigenkapital behandelt wurde, verbleiben nun zur Befriedigung der Gläubiger der GmbH & Co KG nur die um die Rückzahlung verminderten Aktiva und damit ein geringeres Gesellschaftsvermögen. Zugleich steigt das Risiko der Komplementär-GmbH, von den Gläubigern der GmbH & Co KG nach den §§ 161 Abs 2, 128 dHGB in Anspruch genommen zu werden. Die Komplementär-GmbH ist gezwungen, eine Rückstellung für den Fall zu bilden, dass sie von den Gläubigern der GmbH & Co KG in Anspruch genommen wird und ihr Ersatzanspruch gegen die GmbH & Co KG (§ 110 dHGB) wirtschaftlich gefährdet erscheint. Die Bildung der Rückstellung kann zu einer Unterbilanz der Komplementär-GmbH führen oder diese verstärken oder sogar deren Überschuldung zur Folge haben.
- Die Komplementär-GmbH ist am Vermögen der GmbH & Co KG beteiligt. Die GmbH & Co KG hat eine Unterbilanz, ist aber (noch) nicht überschuldet. Die Unterbilanz der GmbH & Co KG wird durch ein Eigenkapital ersetzendes Darlehen ausgeglichen. Nach Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Darlehens wird die Unterbilanz der GmbH & Co KG mangels neuerlicher Zuführung liquider Mittel nicht mehr ausgeglichen. Die Rückzahlung des Darlehens an den Kommanditisten kann daher die Komplementär-GmbH dazu zwingen, ihren Gesellschaftsanteil an der GmbH & Co KG außerplanmäßig abzuschreiben (§ 253 Abs 2 Satz 3 dHGB). Durch die Verminderung des Beteiligungsansatzes kann auch bei der Komplementär-GmbH eine Unterbilanz oder Überschuldung entstehen.

Das Rückzahlungsverbot des § 30 dGmbHG analog richtet sich primär an die Geschäftsführer der GmbH & Co KG. Eine verbotswidrige Anweisung der Gesellschafter der GmbH & Co KG an die Geschäftsführer ist nichtig und darf nicht befolgt werden. Wird das Eigenkapital ersetzende Darlehen dennoch zurückgezahlt, hat die GmbH & Co KG einen Rückerstattungsanspruch analog § 31 dGmbHG⁷⁴. Dieser Anspruch kann sich gegen jeden Gesellschafter der GmbH & Co KG richten, also auch gegen die Nur-Kommanditisten⁷⁵. Ist der betreffende Gesellschafter nicht fähig die Rückerstattung zu leisten, trifft jene

⁷⁴ BGH vom 29.03.1973 – ZR 25/70, GmbHR 1973, 163; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 31 Rz 9; Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 12; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 32a Rz 90; K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ §§ 32a, 32b Rz 234.

⁷⁵ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1658; Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 12; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 31 Rz 5; Karollus in FS Kropff 673; Rowedder in Rowedder, GmbHG³ § 32a Rz 89 f; K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ §§ 32a, 32b Rz 229.

Gesellschafter, die sowohl Gesellschafter der Komplementär-GmbH als auch Kommanditisten sind, im Verhältnis ihrer Anteile eine Ausfallhaftung analog § 31 Abs 3 dGmbHG⁷⁶. Gegen eine Ausfallhaftung der Nur-Kommanditisten sprechen die Haftungsbeschränkungen der §§ 171 ff dHGB⁷⁷. Zum Teil wird aber befürwortet, dass auch den Nur-Kommanditisten eine anteilige Ausfallhaftung, entsprechend des Anteils seines Haftkapitals am gesamten gebundenen Haftkapital der GmbH & Co KG, trifft⁷⁸.

Durch das MoMiG hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden, die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen abzuschaffen. Nach § 30 Abs 1 Satz 3 dGmbHG neue Fassung dürfen Gesellschafterdarlehen nun ausdrücklich an den Gesellschafter rückgewährt werden und zwar auch in der Krise⁷⁹. Die §§ 32a und b wurden ebenso abgeschafft. Die neue zentrale Norm für Gesellschafterdarlehen ist § 39 Abs 1 Z 5 dInsO. Danach sind Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, unabhängig von den Umständen ihrer Gewährung oder ihres Stehenlassens, in der Insolvenz nachrangig. § 135 Abs 1 Z 2 dInsO regelt nunmehr, dass eine Rechtshandlung anfechtbar ist, die für Forderungen eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Insolvenzeröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen sind daher nach neuem Recht grundsätzlich unkritisch, wenn sie mehr als ein Jahr vor der Insolvenzeröffnung erfolgt sind.

Für die GmbH & Co KG ist § 39 Abs 4 dInsO von wesentlicher Bedeutung. Nach dieser Bestimmung gilt § 39 Abs 1 Z 5 dInsO auch für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Ausdrücklich ausgenommen von dieser Regel sind Darlehen von Gläubigern die bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile der Gesellschaft zum Zweck ihrer Sanierung übernommen haben.

Diese Bestimmung ist zu begrüßen, da finanzkräftige Gläubiger dadurch einen Anreiz erhalten in die Gesellschaft zu investieren und diese zu Sanieren. GmbH & Co KGs ohne

⁷⁶ Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 12.

⁷⁷ Schiessl in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co KG § 7 Rz 12; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1658.

⁷⁸ Dazu Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 31 Rz 22a; K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ §§ 32a, 32b Rz 230.

⁷⁹ Krüger, GmbH-Reform in Deutschland, GeS 2008/9, 348, 351; Goette, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ÖBA 1/09, 18 21 f; Hirte, AktG GmbHG⁴¹ (2009) Beck-Texte, Einführung XXII f.

natürlichen Vollhafter sind daher von der neuen Bestimmung über die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen umfasst. Dadurch werden auch Darlehen von Kommanditisten an die GmbH & Co KG nicht anders behandelt als Darlehen von GmbH Gesellschaftern an die GmbH.

2.1.2. Sperrjahr

Gemäß § 73 dGmbHG darf die Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter bei Liquidation der GmbH nicht vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft und nicht vor Ablauf eines Jahres seit dem Tag vorgenommen werden, an welchem die Aufforderung an die Gläubiger in den öffentlichen Blättern zum dritten Mal erfolgt ist. Diese Vorschrift dient dem Gläubigerschutz und stellt gegenüber § 30 dGmbHG ein verschärftes Ausschüttungsverbot dar⁸⁰.

Auch bei der GmbH & Co KG sollten in der Liquidation grundsätzlich die Gläubiger vor allen Gesellschaftern befriedigt werden⁸¹. Wird nur die Komplementär-GmbH aufgelöst, so gilt § 73 dGmbHG. Ist nur die KG, nicht aber die GmbH aufgelöst, dann kommt nur § 155 dHGB zur Anwendung. Sind beide Gesellschaften aufgelöst, so würde § 73 dGmbHG für die Komplementär-GmbH und § 155 dHGB für die KG gelten⁸².

Gemäß § 155 dHGB sind zwar bekannte Gläubiger auch vor den Gesellschaftern zu befriedigen, ein Sperrjahr ist für die KG aber nicht vorgeschrieben. Das während der Liquidation entbehrliche Vermögen kann nach § 155 Abs 2 Satz 1 dHGB vorläufig verteilt werden, soweit es nicht zur Berichtigung bekannter oder streitiger Forderungen erforderlich ist. Das gemäß § 155 Abs 2 Satz 1 dHGB vorläufig verteilte Vermögen kann aber von den Gesellschaftern der KG zurückgefordert werden, wenn sich bis zum Abschluss der Liquidation herausstellt, dass zuviel verteilt worden ist, oder die Rückforderung zur Befriedigung eines Gläubigers erforderlich ist⁸³.

K. Schmidt vertritt die Meinung, dass § 73 dGmbHG bei der Liquidation der GmbH & Co KG im engeren Sinn analog anzuwenden ist, da eine Schmälerung des der Liquidations-

⁸⁰ *K. Schmidt in Scholz, GmbH-Gesetz*⁹ (2000) § 73 Rz 1.

⁸¹ *K. Schmidt in Scholz, GmbHG*⁹ § 73 Rz 38; *K. Schmidt, GmbHR* 1989, 141, 144.

⁸² *K. Schmidt in MK-HGB*² (2006) § 155 Rz 49; *K. Schmidt in Scholz, GmbHG*⁹ § 73 Rz 38.

⁸³ *K. Schmidt in Scholz, GmbHG*⁹ § 73 Rz 38.

KG zur Verfügung stehenden Eigenvermögens eine Unterbilanz oder Überschuldung der Komplementär-GmbH zur Folge haben kann⁸⁴. Hält die GmbH keinen Kapitalanteil an der KG, kann das Eigenvermögen der KG allein an die Kommanditisten ausgeschüttet werden und nur das Eigenvermögen der Komplementär-GmbH würde dann der Ausschüttungssperre des § 73 dGmbHG unterliegen, obwohl diese für alle Verbindlichkeiten der KG unbeschränkt haftet.

Wie bereits erläutert ist seit BGHZ 60, 324 in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass das Ausschüttungsverbot des § 30 dGmbHG in der GmbH & Co KG auch für Auszahlungen aus dem KG-Vermögen gilt und seit BGHZ 110, 342 steht fest, dass dies auch gegenüber Nur-Kommanditisten der Fall ist. Wendet man das Ausschüttungsverbot des § 30 dGmbHG analog auf die GmbH & Co KG an, so ist es nach Ansicht von *K. Schmidt* nur konsequent auch § 73 dGmbHG zum Schutz des in Liquidation befindlichen KG-Vermögens auf die GmbH & Co KG anzuwenden und zwar unabhängig davon, ob alle Kommanditisten gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind⁸⁵.

Als Konsequenz der analogen Anwendung würde sich für die GmbH & Co KG die folgende Rechtslage ergeben:

Ist nur die KG, nicht aber die Komplementär-GmbH aufgelöst, so ist § 155 dHGB zu beachten. Sind jedoch beide Gesellschaften aufgelöst, so unterliegen Auszahlungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH dem § 73 dGmbHG und Auszahlungen aus dem KG-Vermögen sowohl dem § 155 dHGB als auch der Sperre des analog anzuwendenden § 73 dGmbHG. Den Fall, dass nur die Komplementär-GmbH aufgelöst ist, nicht aber die KG gibt es nach herrschender Auffassung nicht⁸⁶.

Nachdem § 73 dGmbHG auf die GmbH & Co KG insgesamt analog anzuwenden wäre, würden seine Sanktionen auch für verbotene Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten zur Anwendung kommen⁸⁷. Der Anspruch auf Rückzahlung wegen Verstoßes gegen § 73 dGmbHG analog stünde demnach der KG und nicht der Komplementär-GmbH zu. Die anerkannten Regeln des Kapitalschutzes für die GmbH & Co KG werden in diesem Fall auf die analoge Anwendung des § 73 dGmbHG übertragen⁸⁸.

⁸⁴ *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141, 144; *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG⁹ § 73 Rz 39.

⁸⁵ *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG⁹ § 73 Rz 39; *K. Schmidt in MK-HGB*² § 155 Rz 49; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141, 144.

⁸⁶ *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG⁹ § 73 Rz 40; *K. Schmidt in MK-HGB*² § 155 Rz 49.

⁸⁷ *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141, 144; *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG⁹ § 73 Rz 41.

⁸⁸ *K. Schmidt in MK-HGB*² § 155 Rn 49; BGHZ 60, 324; BGHZ 110, 342.

3. Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG in Österreich

3.1. Gesetzlich normierter Kapitalschutz für GmbH, KG und GmbH & Co KG

In diesem Kapitel soll als Einführung das die Gesellschafter betreffende Kapitalerhaltungs- und Haftungsrecht von GmbH, KG und die Sonderregeln für die GmbH & Co KG – in den wesentlichen Bestandteilen – dargestellt werden.

3.1.1. Kapitalerhaltung bei der GmbH

Gemäß § 61 Abs 2 GmbHG haftet den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur die Gesellschaft mit ihrem Vermögen. Im Recht der Kapitalgesellschaften stellen die Vorschriften über die Kapitalerhaltung daher einen wesentlichen Bestandteil des Gläubigerschutzes dar⁸⁹. Der OGH hat dies sehr treffend formuliert⁹⁰:

„Die Kapitalerhaltungsvorschriften dienen dem im Gesellschaftsrecht verankerten Schutz der Gläubiger vor künftigen negativen Entwicklungen der Gesellschaft und stellen den Ausgleich für die mangelnde persönliche Haftung der Gesellschafter von Kapitalgesellschaften dar.“

Das GmbHG sieht ein Mindeststammkapital vor sowie Vorschriften zu dessen Aufbringung und bei dessen Änderung⁹¹. Für die Kapitalerhaltung von Bedeutung sind vor allem die §§ 63, 74, 82, 83 GmbHG. Gemäß § 63 GmbHG ist jeder Gesellschafter verpflichtet, die von ihm übernommene Stammeinlage in voller Höhe einzuzahlen. Eine Leistung auf die Stammeinlage, die nicht in barem Geld besteht, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung zur Zahlung der Stammeinlage nur, wenn sie im

⁸⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 93; *Wenger*, RWZ 11/2005, 326.

⁹⁰ OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b – Neutronics GmbH/Althofen GmbH, JBl 2000, 188.

⁹¹ §§ 6 ff, §§ 49 ff, §§ 63 ff GmbH.

Gesellschaftsvertrag so vereinbart ist⁹². § 74 GmbHG normiert, dass eingezahlte Nachschüsse nur an die Gesellschafter zurückgezahlt werden dürfen, soweit sie nicht zur Deckung eines bilanzmäßigen Verlustes notwendig sind. Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Einforderung von Nachschüssen schon vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen zulässig ist, so darf die Zurückzahlung solcher Nachschüsse nicht vor Volleinzahlung des Stammkapitals erfolgen⁹³.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG umfasst das gesamte Gesellschaftsvermögen und verbietet grundsätzlich jede vermögensschmälernde Leistung der GmbH an ihre Gesellschafter. Unzulässig ist es insbesondere ausscheidende Gesellschafter aus dem GmbH-Vermögen abzufinden, Sacheinlagen zurückzugeben, den Gesellschaftern überhöhter Gründungskosten zu erstatten, ein Gewinnunabhängiges Entnahmerecht der Gesellschafter zu vereinbaren und Abschlagszahlungen auf zukünftige Gewinne zu zahlen⁹⁴. Ausgenommen vom Verbot sind Zahlungen an Gesellschafter aufgrund drittüblicher Austauschgeschäfte, die Ausschüttung des Bilanzgewinns und die Verteilung des Liquidationserlöses⁹⁵. Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot des § 82 GmbHG verstoßen, sind nach dem überwiegenden Teil der Lehre⁹⁶ und nach mehreren Entscheidungen des OGH⁹⁷ nichtig. Erwähnt sei, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit in manchen Bereichen, insbesondere bei schon in Vollzug befindlichen Austauschverträgen und Leistungsbeziehungen, zu unbefriedigenden Ergebnissen und zu Rechtsunsicherheit führen kann. In diesen Fällen wären vermittelnde Lösungen zielführender, wie zum Beispiel der Vorrang eines Wertausgleichs zugunsten der Gesellschaft oder wenigstens ein Wahlrecht der Gesellschaft, statt absoluter Nichtigkeit Vertragsanpassung, Teilnichtigkeit oder Wertausgleich zu wählen⁹⁸.

Wurden entgegen den Rückzahlungsverboten der §§ 74 und 82 GmbHG Zahlungen an die Gesellschafter geleistet, so hat die GmbH gemäß § 83 Abs 1 GmbHG einen Anspruch auf Rückersatz gegen diese Gesellschafter. Daneben haften gemäß § 25 GmbHG die

⁹² Borns, GmbH-Recht (2006) 27; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 1 ff.

⁹³ Borns, GmbH-Recht 32; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 74 Rz 1 ff.

⁹⁴ Borns, GmbH-Recht 44; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 1 ff; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 93 ff.

⁹⁵ *Wenger*, RWZ 11/2005, 326 f; Borns, GmbH-Recht, 44; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 75; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 94.

⁹⁶ Siehe ausführlich *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 133 ff, 158 ff; Borns, GmbH-Recht 44; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 19; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 293.

⁹⁷ ZB OGH vom 12.03.1992, 6 Ob 5/91, *ecolox* 1992, 563; OGH 25.06.1996 idF des Berichtigungsbeschlusses vom 17.09.1996, 4 Ob 2078/96 h – *Fehring*, SZ 69/149=JBl 1997, 108 mit Anmerkung *Hügel*; OGH vom 22.10.2003, 3 Ob 287/02 f, *GesRZ* 2004, 57; ausführlich *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 140 ff.

⁹⁸ Umfassender Überblick in *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 133 ff; *Wenger*, RWZ 11/2005, 326 f.

Geschäftsführer bei Verstoß gegen die Kapitalerhaltung. Die Geschäftsführer sind insbesondere zum Ersatz verpflichtet, wenn gegen die Bestimmungen des GmbHG oder des Gesellschaftsvertrages Gesellschaftsvermögen verteilt wird⁹⁹. Kann die gesetzwidrige Zahlung nicht rückerstattet werden, so haften die übrigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer Stammeinlagen für den Fehlbetrag (§ 83 Abs 2 GmbHG). Nach der herrschenden Lehre in Deutschland, der der BGH gefolgt ist, ist die Haftung auf den Betrag des Stammkapitals beschränkt¹⁰⁰. *Reich-Rohrwig* meint zur Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, dass die subsidiäre Ausfallhaftung der Mitgesellschafter wie in Deutschland mit dem Stammkapital beschränkt ist¹⁰¹. *Koppensteiner/Rüffler* führen als Gegenargument zu einer Haftungsbeschränkung an, dass sich die Mitgesellschafter ihren Partner ausgesucht haben und auch an der Geschäftsführerbestellung mitwirken und daher eher als Risikoträger in Betracht kommen sollten als unbeteiligte Dritte¹⁰². Die Frage der Haftungsbeschränkung müsse daher zumindest als offen bezeichnet werden.

3.1.2. Kapitalerhaltung bei der KG

Grundsätzlich hat jeder Kommanditist gemäß § 168 UGB einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns (Gewinnauszahlungsanspruch). Dieser Anspruch besteht nicht, soweit der Kommanditist die bedungene Einlage (= Pflichteinlage) nicht geleistet hat oder die Pflichteinlage durch Verlustzuweisung unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch Gewinnauszahlung unter diesen Betrag herabgemindert würde. Gemäß § 168 iVm § 122 UGB kann der Kommanditist gleich einem Komplementär keine Gewinnauszahlung verlangen, soweit die Auszahlung zum offenen Schaden der Gesellschaft gereicht oder die Gesellschafter etwas anderes beschließen. Gemäß § 122 Abs 2 UGB darf ein Gesellschafter mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter auch über den Gewinnanteil hinaus weitere Entnahmen tätigen. Eine Gefahr für die Gläubiger der KG besteht aufgrund der unbeschränkten Haftung des Komplementärs

⁹⁹ *Borns*, GmbH-Recht 58; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 23 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 1 ff.

¹⁰⁰ Dazu mwN *H.P. Westermann* in *Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 31 Rz 30; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 14.

¹⁰¹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 56; er beruft sich dabei auf die EBRV 272 Blg stProt HH 17. Sess 1905, 2f.

¹⁰² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 14.

nicht. Für diesen erhöht sich allerdings das Risiko von den Gesellschaftsgläubigern gemäß § 161 iVm § 128 UGB in Anspruch genommen zu werden¹⁰³.

Die Haftung der Kommanditisten wird in den §§ 171 ff UGB und jene der Komplementäre in den §§ 128 ff UGB geregelt. Kommanditisten haften wie Komplementäre primär, unmittelbar, persönlich und solidarisch. Im Unterschied zu den Komplementären haften Kommanditisten aber grundsätzlich beschränkt. Die Haftung jedes Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist durch seine in das Firmenbuch einzutragende Haftsumme begrenzt. Eine Mindesthöhe für die Haftsumme legt das Gesetz nicht fest¹⁰⁴.

Soweit ein Kommanditist seine Hafteinlage geleistet hat, haftet er gemäß § 171 Abs 1 UGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern überhaupt nicht. Hat der Kommanditist seine Haftsumme nicht oder nur zum Teil eingezahlt, so haftet er für den Differenzbetrag (§ 171 Abs 1 UGB).

Wurde eine bereits geleistete Hafteinlage an den Kommanditisten zurückgezahlt, so lebt nach § 172 Abs 3 UGB die Haftung wieder auf. Als haftungsschädliche „Einlagenrückgewähr“ gilt jede Leistung an den Kommanditisten aus dem Gesellschaftsvermögen ohne angemessene Gegenleistung, dazu zählen nicht nur „offene“ Rückzahlungen, sondern auch die „verdeckte“ Einlagenrückgewähr¹⁰⁵. Eine Rückzahlung der Hafteinlage des Kommanditisten iSd § 172 Abs 3 UGB liegt daher immer dann vor, wenn die KG oder ein anderer für deren Rechnung dem Kommanditisten oder einem Dritten für Rechnung des Kommanditisten etwas leistet und dadurch das Vermögen der KG geschmälert wird, ohne dass der KG gleichzeitig ein sofort fälliger Gegenanspruch erwächst. Der Anspruch der KG auf Rückzahlung der Hafteinlage kann keinen Gegenanspruch iS dieser Definition darstellen. Eine Einlagenrückgewähr muss auch dann angenommen werden, wenn die KG die freie Verfügbarkeit von Vermögensteilen, die nicht wirklich erzielte Gewinne sind, zu Gunsten eines Kommanditisten aufgibt¹⁰⁶.

¹⁰³ Schummer, Personengesellschaften⁶, 61, 32; Koppensteiner in Straube, HGB³ § 161 Rz 7.

¹⁰⁴ Koppensteiner in Straube, HGB³ § 161 Rz 9a; Wenger, RWZ 11/2005, 326; Schummer, Personengesellschaften⁶, 65 f; Weigand in Krejci/Dehn, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 70 ff.

¹⁰⁵ „Verdeckte Gewinnausschüttung“: hA, zB Koppensteiner in Straube, HGB³ § 172 Rz 9, 12; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 172 Rz 18; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 391.

¹⁰⁶ OGH wbl 2002, 376 (377); Koppensteiner in Straube, HGB³ § 172 Rz 9; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 172 Rz 17; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 392.

Als Beispiele für eine „Einlagenrückgewähr“ seien hier erwähnt, Abfindungszahlungen beim Ausscheiden aus der Gesellschaft, unangemessen hohe Tätigkeitsvergütungen oder gewinnunabhängige Verzinsung der Einlage¹⁰⁷.

Entnimmt ein Kommanditist Gewinne ohne vorherige Auffüllung seiner durch Verluste geminderten Einlage, so führt auch dies zum Wiederaufleben seiner Haftung (§ 172 Abs 3 Satz 2 UGB). Gewinnausschüttungen, die ein Kommanditist im guten Glauben erhalten hat, lassen seine Haftung nicht wieder aufleben, auch wenn ihm die Auszahlungen gar nicht zustehen (§ 172 Abs 4 UGB).

Von der Hafteinlage ist die Pflichteinlage zu unterscheiden. Das ist jene Leistung zu der sich der Kommanditist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet hat. Weil den Gläubigern gegenüber nur die Hafteinlage als Haftungsfonds im Firmenbuch ausgewiesen wird, führen Rückzahlungen des die Hafteinlage übersteigenden Teils der Pflichteinlage nicht zum Aufleben der Kommanditistenhaftung. Nach herrschender Meinung ist das Wiederaufleben der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern mit der Höhe der Haftsumme beschränkt, auch wenn die KG einen höheren Betrag an den Kommanditisten leistet¹⁰⁸.

Dieser Auffassung ist nach Ansicht von *Reich-Rohrwig*¹⁰⁹ nicht zu folgen, da die Vorschrift des § 172 Abs 4 HGB (§ 172 Abs 3 UGB) nach dem Gesetzeszweck erkennbar die den Gläubigern gegenüber zugesagte und kundgemachte Kapitalgrundlage der KG sichern und durch den Haftungsanspruch wieder herstellen will¹¹⁰. Dies setze die Möglichkeit der unmittelbaren Geltendmachung der Haftung durch die KG gegenüber dem Kommanditisten in voller Höhe der rückgewährten Einlage voraus und zwar erst recht bei der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter.

Praktisch erfordert die Rückzahlung der Pflichteinlage an einen Gesellschafter allerdings idR – je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages – die Zustimmung aller anderen Gesellschafter. Im Innenverhältnis der KG wird eine gegen § 172 Abs 3 UGB verstoßende Auszahlung für unzulässig angesehen und begründet einen auch über den Betrag der Hafteinlage hinausgehenden Rückerstattungsanspruch der KG gegenüber dem Kommanditisten, wenn es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung handelt, der nicht alle Gesellschafter zustimmen, oder um eine Kapital schmälernde Maßnahme, die nicht sowohl

¹⁰⁷ Wenger, RWZ 11/2005, 326; Schummer, Personengesellschaften⁶, 65 f; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 391.

¹⁰⁸ Koppensteiner in Straube, HGB³ § 172 Rz 9; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 172 Rz 14; K. Schmidt in MK-HGB² §§ 171, 172 Rz 65; Schilling in Großkommentar zum HGB⁴ (2002) § 172 Rz 10; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1560 f.

¹⁰⁹ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395.

¹¹⁰ Ähnlich OGH, wbl 2002, 376 (377).

durch den Gesellschaftsvertrag als auch durch § 168 UGB gedeckt ist. Der Rückerstattungsanspruch der KG konkurriert dann mit der Außenhaftung¹¹¹.

Erwähnt sei auch, dass nach überwiegender Ansicht¹¹² der Masseverwalter im Konkurs der KG, die Forderung der KG auf die noch ausstehende Pflichteinlage pfänden und so den Kommanditisten mittelbar in Anspruch nehmen kann. Die Pflichteinlage des Kommanditisten stellt nach Ansicht des OGH Risikokapital dar, das Eigenkapitalfunktion hat und daher im Konkurs der KG nur nach vorheriger Vollbefriedigung der Gesellschaftsgläubiger erstattet werden darf¹¹³.

Um das Informationsdefizit der Gesellschaftsgläubiger bezüglich der von den Kommanditisten geleisteten Pflichteinlage zu beseitigen, wurde in § 171 Abs 1 UGB die Bestimmung eingefügt, dass jeder Kommanditist auf Verlangen eines Gesellschaftsgläubigers, diesem binnen angemessener Frist über die Höhe seiner geleisteten Einlage Auskunft zu geben hat¹¹⁴.

Die Abfindung des aus der KG ausscheidenden Kommanditisten (§ 137 Abs 2 UGB), stellt nach herrschender Meinung eine Rückzahlung der Einlage iSd § 172 Abs 3 UGB dar, die zum Wiederaufleben seiner Haftung führt¹¹⁵. Doch haftet der ausscheidende Gesellschafter nach seiner Löschung im Firmenbuch nur noch für Altschulden und das nur innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 160 UGB¹¹⁶. Das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten wird nach der herrschenden Meinung aber nicht bereits durch das Entstehen des Abfindungsanspruches bewirkt, sondern erst durch seine tatsächliche Auszahlung durch die KG. Sinn und Zweck der Kapitalerhaltungsvorschrift des § 172 Abs 3 UGB ist nämlich die Erhaltung der Hafteinlage in der KG und solange die Haftsumme nicht ausbezahlt wurde, steht sie der Gesellschaft und ihren Gläubigern zur Verfügung¹¹⁷.

¹¹¹ K. Schmidt in MK-HGB² §§ 171, 172 Rz 62; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395.

¹¹² Koppensteiner in Straube, HGB³ § 171 Rz 6; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 149; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 171 Rz 27; Schummer, Personengesellschaften⁶, 60; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 391.

¹¹³ OGH SZ 69/166; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 391.

¹¹⁴ Weigand in Krejci/Dehn, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 70 ff; Schummer, Personengesellschaften⁶, 60.

¹¹⁵ SZ 68/28; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 172 Rz 20; Koppensteiner in Straube, HGB³ § 172 Rz 9; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 394; Schummer, Personengesellschaften⁶, 67; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 154.

¹¹⁶ Koppensteiner in Straube, HGB³ §§ 128 Rz 20 ff, 172 Rz 9; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 159 Rz 11; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395.

¹¹⁷ Jabornegg in Jabornegg, HGB § 172 Rz 20; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395; Schilling in Großkommentar zum Handelsgesetzbuch⁴ § 172 Rz 14.

3.1.3. Beispiele für unterschiedlichen Kapitalschutz bei GmbH und KG

Die grundlegenden Unterschiede des Verbots der Einlagenrückgewähr bei der KG und der Kapitalerhaltungsvorschriften bei der GmbH werden anhand der folgenden Beispiele gut ersichtlich¹¹⁸. Nachstehende Ausgangssituation wird zugrunde gelegt:

Ein GmbH-Gesellschafter hat eine Stammeinlage von 10 übernommen und eingezahlt sowie einen Gesellschafterzuschuss von 40 geleistet. Ein Kommanditist einer KG hat eine Pflichteinlage von 50, davon Haftenlage von 10 geleistet. Zur Zeit der „Rückgewähr“ an den Gesellschafter liegen weder ein Krisentatbestand im Sinne etwa des Eigenkapitalersatz-Gesetzes – EKEG – noch sonst ein Fall von konkreter „Gläubigergefährdung“ oder dergleichen vor. Der Einfachheit halber wird jeweils von „Zurückzahlung“ durch die Gesellschaft gesprochen. Die Mitgesellschafter sind jeweils einverstanden.

Beispiel 1: GmbH-Gesellschafter und Kommanditist erhalten jeweils 30 von der Gesellschaft zurückgezahlt. Der GmbH-Gesellschafter hat (aus der Einlagenrückgewähr entstandene weitere Nachteile der GmbH etc beiseite gelassen) wegen der §§ 82 f GmbHG 30 zurückzuzahlen. Der Kommanditist hat nichts zurückzuzahlen, seine Haftung lebt nicht auf, weil die Haftenlage von 10 unangetastet bleibt¹¹⁹.

Beispiel 2¹²⁰: GmbH-Gesellschafter und Kommanditist erhalten jeweils ohne Gegenleistung einen Teilbetrieb der Gesellschaft im Wert von 50 übertragen. Unter anderem auch wegen des Verlusts des Teilbetriebs wird die Gesellschaft zB zwei Jahre später insolvent, was aber ex ante nicht vorhersehbar ist. Der GmbH-Gesellschafter hat wieder, allein wegen der §§ 82 f GmbHG, 50 zurückzuzahlen und, weil die Übertragung des Teilbetriebs ohne Gegenleistung verboten war, unter Umständen zusätzlich entstandenen Schaden auszugleichen. Die Übertragung des Teilbetriebs war nach herrschender Ansicht auch nichtig. Die Übertragung des Teilbetriebs an den Kommanditisten konnte wirksam erfolgen; die Haftung des Kommanditisten lebt in Höhe der rückgewährten Haftenlage von 10 auf. (Ob der Masseverwalter eine Rückzahlung der die Haftenlage übersteigenden rückgewährten Pflichteinlage verlangen kann, soll hier nicht vertieft werden, hängt aber von

¹¹⁸ Entlehnt von *Wenger*, RWZ 11/2005, 327.

¹¹⁹ Das Aufleben der Einlagepflicht des Kommanditisten gegenüber der KG hängt davon ab, was im Innenverhältnis unter den KG-Gesellschaftern vereinbart ist. Mit dem Einverständnis aller übrigen Gesellschafter könnte die Pflichteinlage herabgesetzt werden. Grundsätzlich lebt die Pflicht des Kommanditisten, seine im Gesellschaftsvertrag festgelegte Einlage zu leisten, wieder auf.

¹²⁰ Zur GmbH entlehnt von *U. Torggler* aus der Diskussion mit Koppensteiner im Hügel-Seminar an der Universität Wien im Juni 2005; siehe *Wenger*, RWZ 11/2005, 327.

den konkreten Umständen/Vereinbarungen ab. Weil die spätere Insolvenz nicht vorhersehbar war, sollten weitere Ansprüche gegen den Kommanditisten ausscheiden. Dies gilt auch für Beispiel 1.)

3.1.4. Sonderregeln für den Gläubigerschutz bei der GmbH & Co KG

Die Firma der GmbH & Co KG: Wenn in einer offenen Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt haftet, muss dieser Umstand aus der Firma erkennbar sein (§ 19 Abs 2 UGB).

Der häufigste Anwendungsfall dieser Norm ist die GmbH & Co KG im engeren Sinn¹²¹. Diese Bestimmung wurde durch das UGB neu eingeführt, entspricht aber der schon vorher bestehenden herrschenden Lehre¹²² und ständigen Rechtsprechung des OGH¹²³. Nach Ansicht des OGH musste die GmbH & Co KG ieS bei Fortführung der Firma (eines Einzelkaufmannes oder einer Personengesellschaft gem. § 22 HGB) den Umstand, dass keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, durch einen Firmenzusatz zum Ausdruck bringen. Dabei war § 5 Abs 2 GmbHG analog anzuwenden. Die wesentliche Begründung dafür war, dass das im Kapitalgesellschaftsrecht zwingend normierte Grundprinzip, wonach das Fehlen der unbeschränkten Haftung von natürlichen Personen im Firmenwortlaut durch den Rechtsformzusatz zum Ausdruck gebracht werden muss, nicht durch eine atypische Form der Personenhandelsgesellschaft, bei der auch keine natürliche Person unbeschränkt haftet, umgangen werden darf¹²⁴. Um die in zwingenden Vorschriften des Gesetzgebers konkretisierten Wertentscheidungen nicht zu verletzen war der Rechtsformzusatz „GmbH & Co KG“ daher in die Firma aufzunehmen¹²⁵.

Weiters wurde begründet, dass die GmbH & Co KG ieS nur der Form nach einer Personengesellschaft, materiell aber einer Kapitalgesellschaft gleichzusetzen ist, da das Haftungssubstrat auf das Gesellschaftsvermögen der KG und jenes der Komplementär-GmbH beschränkt ist. Im Gegensatz dazu würden der Einzelkaufmann und der persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht nur mit

¹²¹ Birnbauer in Krejci/Dehn, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 38.

¹²² Jelinek-Bachofner in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG², 102 ff; Schuhmacher in Straube, HGB³ § 22 Rz 16; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 397; (Betrifft vor allem die Firmenfortführung).

¹²³ OGH 4.4.1978, 5 Ob 564/78 = SZ 51/40 = GesRZ 1978, 77; OGH GesRZ 1983, 90; siehe auch BGH 18.3.1974 BGHZ 62, 216; BGHZ 65, 103.

¹²⁴ Jelinek-Bachofner in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG², 104 f; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 398.

¹²⁵ Gohl, Die abgeleitete Firma der GmbH & Co (1967) 30 f; Jelinek-Bachofner in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG², 104 f; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 398.

ihrem gesamten Geschäfts- und Privatvermögen, sondern auch mit dem zukünftigen Vermögen haften. Bei der GmbH & Co KG fehle, wie bei der GmbH oder bei der Aktiengesellschaft, die persönliche Haftung natürlicher Personen als wesentliches gläubigerschützendes Element, weshalb die Aktien- und GmbH-rechtlichen Vorschriften über die Offenlegung der beschränkten Gesellschafterhaftung durch einen Rechtsformzusatz in der Firma (§ 5 Abs 2 GmbHG¹²⁶, § 4 Abs 2 AktG) analog anzuwenden seien¹²⁷.

Insolvenzrecht: Gemäß § 67 KO¹²⁸ gilt: (1) „Die Eröffnung des Konkurses über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, über das Vermögen juristischer Personen und über Verlassenschaften findet, soweit besondere Gesetze nichts anderes bestimmen, auch bei Überschuldung statt.“

(2) „Die auf die Zahlungsunfähigkeit sich beziehenden Vorschriften der Konkursordnung gelten in diesen Fällen sinngemäß auch für die Überschuldung.“

Die GmbH & Co KG ieS wurde insolvenzrechtlich den Kapitalgesellschaften gleichgestellt, weil eine Vorverlegung des Konkursöffnungszeitpunktes erreicht werden sollte¹²⁹. Der Zweck des zusätzlichen Konkursgrundes Überschuldung liegt einerseits in der Sicherung der Gleichbehandlung und bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger durch Vorverlegung des Konkurs- und Ausgleichsöffnungszeitpunktes für Schuldner, deren wirtschaftlicher Zusammenbruch in der Zukunft wahrscheinlich ist. Andererseits soll durch diese Vorverlegung erreicht werden, dass im Insolvenzverfahren noch ein „zur Fortführung und Sanierung des Unternehmens ausreichendes Vermögen zur Verfügung steht“, also zB ein Ausgleich oder Zwangsausgleich geschaffen wird¹³⁰.

Unternehmensreorganisation: Gemäß § 22 URG gilt: (1) „Wird über das Vermögen einer prüfpflichtigen juristischen Person, die ein Unternehmen betreibt, der Konkurs oder der Anschlusskonkurs eröffnet, so haften die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs gegenüber der juristischen Person zur ungeteilten Hand, jedoch je Person nur bis zu 100.000 Euro, für die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten, wenn sie innerhalb

¹²⁶ Seit 1.1.2007 § 5 Abs 1 GmbHG.

¹²⁷ OGH 4.4.1978, 5 Ob 564/78 = SZ 51/40 = GesRZ 1978, 77; OGH GesRZ 1983, 90; siehe auch BGH 18.3.1974 BGHZ 62, 216; BGH 18.9.1975 NJW 1976, 48; *Jelinek-Bachofner* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 104 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 398.

¹²⁸ In der Fassung des IRÄG 1982 BGBl 370.

¹²⁹ Vgl ErläutRV 3 Bglnr 15. GP 27; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, 7. Lfg 1999, § 67 KO Rz 8.

¹³⁰ *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO¹⁷ (1999) § 102 Anm 2b; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, 7. Lfg 1999, § 67 KO Rz 2; ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 Bglnr 15. GP 27.

der letzten zwei Jahre vor dem Konkurs- oder Ausgleichsantrag 1. einen Bericht des Abschlussprüfers erhalten haben, wonach die Eigenmittelquote weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt, und nicht unverzüglich ein Reorganisationsverfahren beantragt oder nicht gehörig fortgesetzt haben oder 2. einen Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben.“

(2) „Abs 1 gilt auch für unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist. Es haften die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs des persönlich haftenden Gesellschafters mit Vertretungsbefugnis.“

Rechnungslegung: Gemäß § 189 Abs 1 UGB gilt: „Soweit in der Folge nichts anderes bestimmt wird, ist das Dritte Buch anzuwenden auf: 1. Kapitalgesellschaften und unternehmerisch tätige Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.“

Gemäß § 221 Abs 5 UGB¹³¹ gilt: „Ist bei einer unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaft kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so unterliegt die Personengesellschaft hinsichtlich der in den §§ 222 bis 243 UGB und §§ 268 bis 283 UGB geregelten Tatbeständen den der Rechtsform ihres unbeschränkt haftenden Gesellschafters entsprechenden Rechtsvorschriften; ist dieser keine Kapitalgesellschaft, so gelten die Vorschriften für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.“

Unternehmerisch tätige Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, sind daher generell rechnungslegungspflichtig. Die Erläuterungen sprechen von „verdeckten Kapitalgesellschaften“ und führen als wesentliches Beispiel die GmbH & Co KG an¹³².

Eigenkapitalersatz: Gemäß § 4 Z 3 EKEG sind Gesellschaften im Sinne des § 1 EKEG auch Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. § 11 EKEG legt fest, dass bei einer Kapitalgesellschaft & Co KG Kredite, die ein (Nur-)Kommanditist der Komplementärgesellschaft gewährt, ebenfalls dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegen.

¹³¹ Diese Bestimmung wurde für die GmbH & Co KG sinngemäß durch das RLG 1990 eingeführt.

¹³² Erläuterungen zu § 189 UGB, 49; *Deutsch-Goldoni in Krejci/Dehn*, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 80 f.

Vom EKEG erfasst sind allerdings grundsätzlich¹³³ nur Gesellschafter, die mit einem Anteil von wenigstens 25 Prozent oder kontrollierend an der Gesellschaft beteiligt sind. Daneben wird jeder (dh auch ein Nichtgesellschafter) vom EKEG erfasst, der einen beherrschenden Einfluss gleich einem Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, ausübt (§ 5 EKEG)¹³⁴.

3.2. Judikatur und Lehre zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG

3.2.1. Rechtsprechung des OGH zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG

Den Ausgangspunkt in der österreichischen höchstgerichtlichen Judikatur bildet die Entscheidung 8 Ob 2124/96b, SZ 69/166 des OGH vom 24. 7. 1996. Dieses Urteil enthält – allerdings obiter, da es nicht um einen Kommanditisten, sondern um einen atypisch stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG ging – wesentliche Ausführungen zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG. Folgender Sachverhalt hat sich zusammengefasst zugetragen:

Der Kläger beteiligte sich per 15. 12. 1987 als atypisch stiller Gesellschafter an der I-GmbH & Co KG, Serie 20, mit einer Beteiligungssumme von ATS 100.000,-. Vor Zeichnung der Beteiligung erhielt der Kläger einen Prospekt der „Serie 20“, Ausgabe 1987, in welchem unter anderem eine Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter angeboten wurde. Im Prospekt schien nur die Serie 20 auf, deren Komplementärin wurde darin nicht erwähnt. Der Kläger meldete sowohl im Konkurs der Komplementär-GmbH als auch in jenem der KG einen Betrag von ATS 234.886,67 als Konkursforderung an. Dieser Betrag setzte sich aus dem eingezahlten Kapital samt 4 % kapitalisierten Zinsen sowie als positives Vertragsinteresse einem Zuschlag von 100 % des eingezahlten Kapitalbetrages zusammen. Der Abschichtungsanspruch des Klägers gegenüber der Serie 20 betrug Null. Der Kläger

¹³³ Beachte aber § 6 EKEG, wonach Kredite aufgrund abgestimmten Verhaltens mehrerer Gesellschafter als Eigenkapital ersetzend gelten, wenn die zusammenwirkenden Gesellschafter gemeinsam im Ausmaß des § 5 EKEG an der Gesellschaft beteiligt sind.

¹³⁴ Siehe zum EKEG ausführlich etwa: *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004); *Reich-Rohrwig*, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, *ecolex* 2004, 106 ff; *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2003).

begehrte die Feststellung der angemeldeten Konkursforderung im Konkurs über das Vermögen der Komplementär-GmbH, wobei er sich auf die Prospekthaftung sowie die deliktische Haftung der Gemeinschuldnerin stützte. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH¹³⁵:

„Dem Kläger kommt auch im Konkurs der Komplementär-GmbH im Hinblick auf den Eigenkapitalcharakter seiner Einlage nicht die Stellung eines Konkursgläubigers zu. Mit § 67 KO idF des IRÄG 1982 hat der Gesetzgeber Handelsgesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, den Kapitalgesellschaften bezüglich des Konkursgrundes der Überschuldung gleichgestellt. Derartige Handelsgesellschaften wurden auch bezüglich der Rechnungslegung gemäß § 221 Abs 3 HGB idF des RLG den für die geschäftsführende Kapitalgesellschaft geltenden Vorschriften unterworfen. Es handelt sich dabei um im Vergleich zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 189 bis 216 HGB über die Rechnungslegung von Vollkaufleuten wesentlich weitergehende Vorschriften über die Mindestgliederung der Posten der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Verpflichtung zu zusätzlichen Informationen und Erläuterungen in Anhang und Lagebericht, um den Informationsadressaten ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu bieten (siehe auch *Nowotny* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch II Rechnungslegung § 222 Rz 16 sowie vor § 236 Rz 3). Die Rechnungslegungsvorschriften dienen vor allem der Insolvenzprophylaxe und damit dem Gläubigerschutz (siehe *Steiner*, Das neue RLG im Überblick, *ecolex* 1990, 611 ff). Diese unterschiedliche Behandlung von Kapitalgesellschaften und anderen Vollkaufleuten ist darin begründet, dass bei Kapitalgesellschaften das streng vom Privatvermögen der Gesellschafter getrennte (siehe *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 553 f; *Koppensteiner*, GmbHG § 61 Rz 6, 24 sowie 29 f) Kapital der Gesellschaft das einzige Haftungssubstrat bildet (Siehe auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 36). Da dies auch auf die GmbH & Co KG zutrifft, ist ihre Gleichstellung mit den Kapitalgesellschaften gerechtfertigt. Im Hinblick auf den mit dem Vermögen der Gesellschaft(en) begrenzten Haftungsfond zur Befriedigung der Gläubiger ist es daher auch gerechtfertigt, die am Erfolg und an der Substanz der Gesellschaft beteiligten

¹³⁵ Siehe auch *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1996, 863 f.

Kommanditisten (und atypisch stillen Gesellschafter) der insolventen Gesellschaft auch im Konkurs der GmbH nicht anders zu behandeln als deren Gesellschafter und ihnen keine Gläubigerstellung zuzubilligen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Lehre und deutsche Rechtsprechung noch weiter gegangen sind und auch den an der Komplementär-GmbH nicht beteiligten „Nur-Kommanditisten“ bezüglich der strengen, dem Gläubigerschutz dienenden Kapitalerhaltungsvorschriften (insbesondere §§ 74, 82 und 83 GmbHG entsprechend den §§ 30 und 31 dGmbHG) den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH gleichgestellt haben. So vertreten die Lehre (*Weber/Straube*, Zivilrechtliche Gesellschafterhaftung in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG² 325 ff; *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 ff; *K. Schmidt*, GesRZ 1993, 66 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht², 1386 f; *Uhlenbruck*, Die GmbH & Co KG in der Krise, Konkurs und Vergleich², 649 f; vgl auch *Koppensteiner*, GmbHG § 74 Rz 19) und die deutsche Rechtsprechung (BGH 19. 2. 1990 NJW 1990, 1725) die Auffassung, dass das Ausschüttungsverbot in der GmbH & Co KG auch für den an der GmbH nicht beteiligten Kommanditisten gilt. Wie Karsten Schmidt in GesRZ 1993, 90 und Ostheim, aaO 174 zutreffend betonen, kommt einem Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen eines derartigen Kommanditisten an das Unternehmen auch in Bezug auf das Stammkapital der Komplementär-GmbH Eigenkapitalcharakter zu. Dies gilt, wie Ostheim, aaO 176 unter Hinweis auf BGHZ 69, 274 zutreffend ausführt, umso mehr für die Pflichteinlage des Kommanditisten. Ist aber die Pflichteinlage des Kommanditisten auch bezüglich der Komplementär-GmbH als Risikokapital anzusehen, dann kommt ihm auch im Konkurs der GmbH für aus seiner Beteiligung – Mängel des Gesellschaftsvertrages können grundsätzlich nur mit Wirkung ex nunc geltend gemacht werden (siehe JBl 1992, 183 sowie SZ 66/111) – resultierende Schadenersatzansprüche keine Gläubigerstellung zu. Dieselben Grundsätze gelten für die Ansprüche des atypisch stillen Gesellschafters der GmbH & Co KG, dessen Stellung, der eines Kommanditisten angenähert ist (vgl SZ 66/111; RdW 1996, 113 sowie *Westermann* in *Scholz*, GmbHG⁸, § 30 Rz 41).

Schadenersatzansprüche wegen falscher oder unvollständiger Prospektangaben oder sittenwidriger Schädigung im Rahmen der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH können vom Kommanditisten oder atypisch stillen Gesellschafter daher nur gegen die dafür verantwortlichen Dritten geltend gemacht werden (SZ 63/124; BGHZ 71, 284; 72, 382; 79, 337; 111, 314; 115, 27; NJW 1995, 1025; *Braumann*, Anlegerschutz bei Abschreibungsgesellschaften 69 ff; *Horn* in *Heymann*, HGB² § 161 Rz 195 ff; *Schilling*

in *Staub*, HGB⁴ Anh § 161 Rz 13 f; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht², 1413; auch die vom Revisionswerber zitierten Entscheidungen SZ 65/76 und GesRZ 1993, 164 betrafen nicht die Haftung der Komplementär-GmbH, sondern die Haftung ihrer Geschäftsführer für sittenwidrige Schädigung der Kommanditisten).“

In seiner Entscheidung 2 Ob 225/07p vom 29. 5. 2008 hat der OGH nun erstmal direkt in der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 82 GmbHG auf die GmbH & Co KG entschieden. Der Gerichtshof stellt zu Beginn seiner Ausführungen klar, dass sich diese Frage für jede Kommanditgesellschaft stellt, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Die Beklagte in diesem Fall war eine derartige GmbH & Co KG. Der Gerichtshof hatte darüber zu urteilen, ob die §§ 82 ff auf diese GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter anzuwenden sind und ob der Rückerstattungsanspruch bei Bejahung der ersten Frage der Kommanditgesellschaft zusteht. Unter Verweis auf seine (oben zitierten) Erörterungen in SZ 69/166 und die herrschende Meinung in Österreich¹³⁶ und Deutschland¹³⁷ führte der Gerichtshof folgendes aus:

„Der Gesetzgeber hat [...] in den letzten Jahrzehnten in mehreren Gesetzen die GmbH & Co KG den Kapitalgesellschaften gleichgestellt:

Nach § 67 KO [...] findet die Eröffnung des Konkurses bei der GmbH & Co KG ebenso wie beim Vermögen juristischer Personen [...] auch bei Überschuldung statt. Im Rechnungslegungsrecht ist die GmbH & Co KG den Kapitalgesellschaften gleichgestellt (§ 189 Abs 1 Z 1, § 221 Abs 5, § 244 Abs 3 UGB). Die Haftung der vertretungsbefugten Organe von Kapitalgesellschaften nach dem URG trifft auch die vertretungsbefugten Organe der Komplementärgesellschaft einer GmbH & Co KG (§ 22 Abs 2 URG). Zuletzt hat der Gesetzgeber mit dem Eigenkapitalersatz-Gesetz [...] die GmbH & Co KG seit 1. 1. 2004 den Kapitalgesellschaften gleichgestellt [...].

Alle erwähnten Normen verfolgen damit zumindest auch, wenn nicht sogar vorrangig den Schutz der Gesellschaftsgläubiger [...].

¹³⁶ *Weber/Straube in Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG², 341; *Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860 ff; *Karollus* in FS Kropff 670; *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 161 Rz 56; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68; *Szep*, Umgründungen im Zusammenhang mit Personengesellschaften im Lichte jüngster OGH-Rsp zur Kapitalerhaltung, *ecolex* 2001, 804 (806 f); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 403 f; *Wenger*, RWZ 11/2005, 326; *KoppensteinerRüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 20.

¹³⁷ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *Westermann in Scholz*, GmbHG¹⁰ § 30 Rz 59; *Rowedder in Rowedder*, GmbHG³ § 30 Rz 42.

Nach nunmehr ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung ist Zweck der Bestimmung des § 82 Abs 1 GmbHG, das Stammkapital als „dauernder Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern (RIS-Justiz RS0105518). Auch in der Lehre ist das Verbot der Einlagenrückgewähr primär als Gläubigerschutzvorschrift anerkannt (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3; *Sauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 52 Rz 4; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ § 52 Rz 1 f).

Aufgrund des gleichen Zwecks der erwähnten Gesetzesbestimmungen und des Verbots der Einlagenrückgewähr kommt daher der erkennende Senat zum Ergebnis, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 GmbHG auch auf den „Nur“-Kommanditisten einer GmbH & Co KG analog anzuwenden ist. Das Argument, der Gesetzgeber des HaRÄG (BGBl I 2005/120) habe im Wissen um das Thema GmbH & Co KG an der für den Kommanditisten geltenden Haftungsnorm des § 172 Abs 4 HGB substanziell nichts geändert (vgl § 172 Abs 3 UGB) und für die GmbH & Co KG keine Sonderregeln eingeführt¹³⁸, weshalb eine mit Analogie zu schließende Gesetzeslücke zu verneinen sei, überzeugt demgegenüber nicht. Ein Blick in die Materialien zur Regierungsvorlage (1058 BlgNR 22. GP 1, 14-16, 47) zeigt, dass der Gesetzgeber mit dem HaRÄG zwar auch eine „Anpassung des Personengesellschaftsrechts unter Bereinigung grundlegender Anwendungsfragen“ beabsichtigte, Probleme der GmbH & Co KG aber mit keinem Wort erwähnt. Aus diesem Schweigen des Gesetzgebers zur GmbH & Co KG kann daher kein Argument gegen die Analogie abgeleitet werden. § 172 Abs 3 UGB verliert auch nicht seine Bedeutung: Die Bestimmung behält zum einen ihren vollen Anwendungsbereich für Kommanditgesellschaften, bei denen eine natürliche Person Komplementär ist. Zum anderen kann auch bei der GmbH & Co KG das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern neben den analog anzuwendenden Rückersatzanspruch gemäß § 83 Abs 1 GmbHG treten.

Aus der analogen Anwendung des § 82 Abs 1 GmbHG auf den „Nur“-Kommanditisten einer GmbH & Co KG folgt weiter, dass für den Rückersatzanspruch gemäß § 83 Abs 1 GmbHG die Kommanditgesellschaft aktivlegitimiert ist.“

¹³⁸ Der OGH bezieht sich auf *Wenger*, RWZ 11/2005, 326 ff.

3.2.2. Anwendung der GmbH-Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG nach der Lehre

*Karollus*¹³⁹ untersuchte die Aussagen des OGH in SZ 69/166 und ging der genaueren Ausgestaltung des Kapitalschutzes bei der GmbH & Co KG nach. Für ihn besteht die Kernaussage des Gerichtshofes darin, dass auch die Kommanditisten (sowie die atypisch stillen Gesellschafter) im Konkurs der Komplementär-GmbH nicht anders zu behandeln sind als deren Gesellschafter. Dahinter stehe die Prämisse, dass der GmbH & Co KG ieS (bei der keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist) ein Sonderstatus zukomme, wofür sich der OGH vor allem auf die gesetzlichen Sonderbestimmungen § 67 KO und § 221 Abs 5 HGB¹⁴⁰ (§ 221 Abs 5 UGB) berufen hätte. Daraus leite der Gerichtshof ab, dass die GmbH & Co KG den Kapitalgesellschaften gleichgestellt sei, und zwar auch in Bezug auf die Kapitalverfassung der GmbH & Co KG. Aus diesem Grund seien insbesondere das allgemeine Ausschüttungsverbot und die Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen auf die GmbH & Co KG anwendbar. Für *Karollus*¹⁴¹ besitzt die GmbH & Co KG ieS im Vergleich zur gesetzestypischen KG einen Sonderstatus, der sich dadurch äußert, dass anstatt einer echten persönlichen Haftung im Ergebnis – weil der Komplementär nur einen beschränkten Haftungsfonds aufweist – nur eine beschränkte Haftung besteht (die Konsequenzen daraus zieht § 67 KO für die Insolvenzgründe) und dass die Rechtsform der Komplementärin auch auf die KG durchschlägt (dementsprechend behandeln die bilanzrechtlichen Sondervorschriften die GmbH & Co KG als „verdeckte Kapitalgesellschaft“)¹⁴². Diese vom Gesetzgeber punktuell geregelten Fälle einer Sonderbehandlung der GmbH & Co KG seien fortzudenken. Ausgangspunkt sei, dass es bei der KG deshalb keinen den Kapitalgesellschaften entsprechenden Kapitalschutz gäbe, weil der Gesetzgeber eine Kapitalbindung aufgrund der persönlichen Haftung des Komplementärs nicht für notwendig erachtet hätte¹⁴³. Bei der GmbH & Co KG treffe diese Wertung aber nicht zu und der Verzicht auf einen strengen Kapitalschutz sei nicht mehr gerechtfertigt. Die damit bestehende Schutzlücke müsse dadurch geschlossen werden, dass der GmbH-spezifische Kapitalschutz auf die KG übertragen werde. Auch auf die GmbH & Co KG seien daher das

¹³⁹ *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 ff.

¹⁴⁰ Der OGH berief sich in 8 Ob 2124/96b, SZ 69/166 noch auf § 221 Abs 5 HGB in der Fassung des RLG.

¹⁴¹ *Karollus*, *ecolex* 1996, 861.

¹⁴² Siehe heute § 221 Abs 5 UGB.

¹⁴³ Kritisch dazu *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁴, 541 f.

Ausschüttungsverbot (§§ 82 ff GmbHG)¹⁴⁴ und die Regeln über Eigenkapital ersetzende Darlehen anzuwenden¹⁴⁵.

Bei der Erstreckung der Kapitalerhaltungsregeln der GmbH auf die GmbH & Co KG geht es nach Ansicht von *Karollus*¹⁴⁶ aber nicht nur darum, mittelbar die Komplementär-GmbH zu schützen, sondern geht es vielmehr darum, dass die insgesamt nur mit einer beschränkten Haftungsmasse ausgestattete Personengesellschaft schon als solche einer Kapitalgesellschaft gleichgestellt und daher den für diese geltenden Kapitalerhaltungsregeln unterworfen wird¹⁴⁷. Aus diesem Ansatz folge dann, dass der Kapitalschutz nicht bei der GmbH, sondern bereits bei der KG ansetzen muss. Es seien daher in der KG ganz generell nur die Verteilung von Reingewinn sowie Leistungen aus angemessenen Drittgeschäften zulässig. Sonstige Ausschüttungen seien hingegen immer verboten, also nicht nur dann, wenn dadurch eine der GmbH zustehende Vermögensbeteiligung entwertet wird oder wenn die GmbH für die aus ihrer Komplementärstellung resultierende persönliche Haftung Rückstellungen bilden muss¹⁴⁸. Ebenso sei für die Bindung Kapital ersetzender Darlehen nicht auf den Vermögensstand der GmbH, sondern vielmehr auf jenen der KG abzustellen. In entsprechender Anwendung der für die GmbH geltenden Grundsätze¹⁴⁹ komme es daher darauf an, ob in der Bilanz der KG das Eigenkapital verbraucht ist (also die echten Passiven die Aktiven überwiegen)¹⁵⁰.

Auch für *Reich-Rohrwig* muss es um einen Kapitalschutz unmittelbar für die „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“ gehen, der nicht von der Rechtsform des Komplementärs und dem für diesen geltenden Schutzsystem abhängen darf¹⁵¹. Er begründet dies damit, dass auch Sonderformen wie der „Verein & Co KG“, die „Stiftung & Co KG“ oder die „ausländische juristische Person & Co KG“ einen adäquaten Kapitalschutz

¹⁴⁴ Vgl *Weber/Straube in Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG², 340; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 20.

¹⁴⁵ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 18; *Ostheim*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 173 ff; *Ostheim*, Zu Rechtsgrund und Reichweite der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, WBl 1995, 222 f; *K. Schmidt*, Eigenkapitalersatz und seine Behandlung in Österreich, GesRZ 1993, 66, 86 (90).

¹⁴⁶ *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 (861).

¹⁴⁷ So auch *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 161 Rz 56 (allerdings ohne nähere Begründung).

¹⁴⁸ So aber *Weber/Straube in Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG², 340; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 20; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶, § 30 Rz 46 ff.

¹⁴⁹ Nach *Karollus* ist hier grundsätzlich auf die Unterbilanz abzustellen, *ecolex* 1996, 861; vgl dazu *Ostheim*, WBl 1995, 219 ff; *Schummer*, Zur Rückzahlung Eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, *ecolex* 1993, 312 ff; heute geregelt im EKEG.

¹⁵⁰ *Karollus* ist aber der Ansicht, dass es anders als bei den Kapitalgesellschaften nicht schon auf die Unterbilanz ankommt. Dies folge daraus, dass es bei der Personengesellschaft kein ziffernmäßig fixiertes gebundenes Kapital gibt, das dem Nennkapital der Kapitalgesellschaften vergleichbar ist. Siehe *ecolex* 1996, 861.

¹⁵¹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 404.

benötigen. Seiner Meinung nach sind Personengesellschaften, die nur mit einem beschränkten Haftungsfonds ausgestattet sind, den für Kapitalgesellschaften geltenden Schutzvorschriften zu unterwerfen. Diese seien aus einer Rechtsanalogie zu den §§ 82 f, 74 GmbHG sowie §§ 52, 56, 65 ff AktG zu gewinnen. Nach Ansicht von *Reich-Rohrwig*¹⁵² sind daher alle Ausschüttungen aus der GmbH & Co KG, die über den Bilanzgewinn hinausgehen, verboten. Also nicht nur wenn dadurch die der Komplementär-GmbH zustehende Vermögensbeteiligung an der KG entwertet wird oder wenn wegen zu befürchtender Haftungsansprüche Rückstellungen zu bilden sind. Das Verbot der Einlagenrückgewähr hat seiner Ansicht nach zur Folge, dass alle dagegen verstoßenden Rechtsgeschäfte nichtig sind¹⁵³. Wegen der Gleichstellung der GmbH & Co KG mit Kapitalgesellschaften sind für *Reich-Rohrwig*¹⁵⁴ auch Entnahmen des Kommanditisten, die nicht in Gewinnen Deckung finden oder die vor Wiederauffüllung seiner durch Verluste angegriffenen Einlage erfolgen, bei der GmbH & Co KG selbst dann unzulässig, wenn alle übrigen Gesellschafter zustimmen.

*Reich-Rohrwig*¹⁵⁵ sieht darüber hinaus für die Kapitalherabsetzung bei GmbH & Co KGs die Notwendigkeit die vorrangige Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger zu gewährleisten. Die zwingende Befriedigung und Sicherung der Gesellschaftsgläubiger, vor Verteilung von Vermögen an die Gesellschafter müsse demnach in den folgenden Fällen gelten: (1) Für jede Reduzierung der im Firmenbuch eingetragenen Hafteinlage (insbesondere auch im Fall des gänzlichen Ausscheidens eines Kommanditisten); (2) für die Rückzahlung von Pflichteinlagen auf einen Betrag, der niedriger ist als die im Firmenbuch eingetragene Hafteinlage; (3) für die Realteilung der Personengesellschaft mit beschränkter Haftung.

Ist die Pflichteinlage des Kommanditisten höher als seine Hafteinlage und soll die Pflichteinlage auf die im Firmenbuch eingetragene Hafteinlage oder weiter herabgesetzt werden und sollen die entsprechenden Beträge an den Kommanditisten ausgeschüttet werden, so sei dem Rechtsgedanken des § 74 GmbHG folgend, wegen des ähnlichen Charakters der Pflichteinlage mit Nachschüssen, die ihrer Rechtsnatur nach zwischen Stammeinlagen und Gesellschafterdarlehen angesiedelt sind, dieser Vorgang nur zulässig, wenn diese höhere Pflichteinlage – wie eingezahlte Nachschüsse – nicht zur Deckung eines etwaigen bilanzmäßigen Verlustes erforderlich sind (vgl § 74 Abs 1 GmbHG). Daneben habe ein Gläubigeraufruf in Analogie zu § 91 Abs 1 GmbHG stattzufinden¹⁵⁶.

¹⁵² *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 406.

¹⁵³ So auch *Grossmayer*, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 2008, 1023 (1025).

¹⁵⁴ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 412.

¹⁵⁵ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 404 f.

¹⁵⁶ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 405.

Zur Herabsetzung der Haftsumme von Kommanditisten einer GmbH & Co KG meint *Grossmayer*¹⁵⁷, dass sich diese nach den Grundsätzen der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalherabsetzung zu richten hat, wobei auf die Rechtsform des Komplementärs abzustellen sei, weil eine Änderung der Haftungsverfassung des Komplementärs jedenfalls auch eine direkte Auswirkung auf die Position der Gläubiger der KG habe. Daraus sei abzuleiten, dass dasselbe Schutzniveau auch für die Änderung der Haftungsverfassung auf Ebene der KG selbst zu gelten hat. Dies führe zur Anwendbarkeit der §§ 54 ff GmbHG bei der GmbH & Co KG. Die Herabsetzung der Haftsumme sei zu veröffentlichen, bekannte Gläubiger seien direkt zu verständigen und auf Verlangen zu befriedigen oder sicherzustellen. *Grossmayer* spricht sich weiters dafür aus, neben den GmbH-Rechtliche Gläubigerschutzbestimmungen die Bestimmungen des UGB nicht anzuwenden. Insbesondere solle § 174 UGB, wonach bestehende Gläubiger der KG die Herabsetzung der Haftsumme nicht gegen sich gelten lassen müssen, nicht parallel zu den GmbH-Regeln angewendet werden. Dadurch würde man vermeiden, dass die Gläubiger einer GmbH & Co KG besser gestellt werden als jene einer GmbH.

*Wenger*¹⁵⁸ ist dagegen der Ansicht, dass sich die oben zitierte OGH Entscheidung SZ 69/166 nicht als Argument für eine umfassende Anwendung des GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsrechts auf die GmbH & Co KG eignet. Der OGH liege nach *Wenger* nämlich falsch, wenn er den §§ 74, 82 und 83 GmbHG und den §§ 30 und 31 dGmbHG den gleichen Inhalt zumisst. § 30 dGmbHG schützt – anders als das öGmbHG – nur die Erhaltung des Stammkapitals, also das Gesellschaftsvermögen in satzungsmäßig bestimmter Mindesthöhe und Zahlungen die gegen § 30 dGmbHG verstoßen sind zwar verboten, aber nach hA¹⁵⁹ im Regelfall nicht nichtig.

*Wenger*¹⁶⁰ sieht weder bezüglich der für die GmbH & Co KG laut HGB geltenden Regeln, noch hinsichtlich des angestrebten Kapitalschutzes einen Grund, der die analoge Anwendung der GmbH-Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG rechtfertigen würde. Zum einen dürfe die Existenz des Haftungsregimes laut HGB nicht übersehen werden – wenn jede Einlagenrückgewähr außerhalb der Gewinnverteilung ohnehin analog dem GmbH-Recht verboten wäre, dann hätte § 172 Abs 4 HGB (§ 172 Abs 3 UGB) keine Bedeutung. Zum anderen vermutet er, dass ein Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten den

¹⁵⁷ *Grossmayer*, *ecolex* 2008, 1025.

¹⁵⁸ *Wenger*, *RWZ* 11/2005, 328.

¹⁵⁹ *Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*¹⁶ § 30 Rz 38; *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁴, 1131 ff.

¹⁶⁰ *Wenger*, *RWZ* 11/2005, 329.

Gläubiger in Wahrheit in vielen Fällen wirtschaftlich nicht schlechter stellt als die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Einlagenrückgewähr bei der GmbH, da diese in der Praxis ohnehin nur zu einem Anspruch auf „Wertersatz“ führe. Bedenke man dies, dann wäre das Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs 4 HGB auch nicht unbedingt eine unzulänglichere Rechtsfolge als das Verbot der Einlagenrückgewähr.

Nach Meinung von *Wenger* müssen sich zusätzliche Anforderungen an Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei der GmbH & Co KG daran orientieren, das Fehlen einer natürlichen Person als Vollhafter auszugleichen, ohne zugleich die Besonderheiten der KG aufzugeben. Seiner Meinung nach sind, im Sinne der Lösung die *Karollus*¹⁶¹ für Deutschland entwickelt hat, eigene Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH & Co KG zu entwickeln, die neben das Haftungsregime des HGB (UGB) treten. Beim Kapitalschutz solle insbesondere berücksichtigt werden, ob Entnahmen der Kommanditisten zu Überschuldung oder Unterbilanz bei der KG (und/oder auch bei der GmbH) oder zu anderen für die Gläubiger kritischen bis insolvenznahen Situationen führen können. Dabei sei im Sinne der deutschen Ansicht bei der Gesellschaft auf Buchwerte abzustellen, womit sich auch in vielen Fällen Abstand zur insolvenzrechtlichen Überschuldung – bemessen an Liquidationswerten – ergeben würde. Dabei würde sich neben einer eingeschränkten Analogie zum GmbH-Recht auch eine Analogie zum EKEG anbieten, dies jeweils in Kombination mit einer erweiterten Anwendung des Haftungsregimes des HGB. Damit könne man, insbesondere aus Gläubigerschutzerwägungen, zu hinreichenden Ergebnissen dahin gehend gelangen, dass bei Überschuldung, Unterbilanz oder vergleichbaren kritischen Situationen das Verbot von Entnahmen samt Ersatzansprüchen bei Verstoß und/oder das Aufleben der Kommanditistenhaftung auch über die Hafteinlage hinaus anzunehmen sei.

*Dellinger*¹⁶² sieht die analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf das Vermögen der GmbH & Co KG selbst als einen Akt der Rechtsfortbildung. Die Einbeziehung des Nur-Kommanditisten in das Kapitalersatzrecht und in das auf das Vermögen der Komplementär-GmbH bezogene Ausschüttungsverbot zwingt nicht zu einer solchen Rechtsfortbildung. Es mache immer noch einen Unterschied, ob man den Nur-Kommanditisten verpflichtet, den Schutz des Vermögens der Komplementär-GmbH zu beachten, oder ob man eine über § 67 KO hinausgehende, nämlich den §§ 82 f GmbHG vollkommen entsprechende Kapitalsicherung direkt für die GmbH & Co KG einführt. Im letzteren Fall wäre zum Beispiel

¹⁶¹ *Karollus* in FS Kropff 670 ff.

¹⁶² *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 70 f; ähnlich *Koppensteiner*, GmbHG § 74 Rz 19 (in der 2. Auflage entfallen).

ein Geschäft zwischen einem Kommanditisten und der KG, das einem Fremdvergleich nicht standhält, auch dann eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung, wenn das Vermögen der Komplementär-GmbH davon in keiner Weise berührt ist, weil sie zB am Vermögen der KG gar nicht beteiligt ist oder weil mit ihr das gleiche Geschäft abgeschlossen wird und weil jeweils das KG-Vermögen auch nach diesem Geschäft zur Deckung der Verbindlichkeiten ohne weiteres hinreicht, so dass die Komplementär-GmbH selbst bei Inanspruchnahme durch einen Gläubiger nach § 128 HGB (§ 128 UGB) einen vollwertigen Aufwandersatzanspruch nach § 110 HGB (§ 110 UGB) hätte. Da das österreichische GmbH-Recht nicht nur eine (das Stammkapital angreifende) Einlagenrückgewähr, sondern wie das Aktienrecht bei verbender Gesellschaft jede Ausschüttung außerhalb der Verteilung des bilanziellen Reingewinns verbiete, sei in Österreich gegenüber der vorgeschlagenen Rechtsfortbildung (analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG) doppelte Vorsicht geboten. Auf § 67 KO könne man sich nach Ansicht von *Dellinger*¹⁶³ dabei nicht berufen, denn dieser führe einen Kapitalschutz nur auf sehr viel niedrigerem Niveau ein, nämlich bei der Grenze der Überschuldung. Ungeklärt sei außerdem, ob es bei analoger Anwendung des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes auf die GmbH & Co KG auch eine wechselseitige Ausfallhaftung der Kommanditisten für die Rückzahlung unzulässiger Ausschüttungen geben sollte¹⁶⁴. Wenn es auch zutreffen möge, dass die GmbH & Co KG als Ganzes eine atypische, neben den ursprünglichen gesetzlichen Leitbildern entwickelte Rechtsform ist und dass es deshalb nicht selbstverständliche ist, auf sie in allen Belangen einfach die KG-Regeln anzuwenden, so müsse dies doch der Ausgangspunkt bleiben, solange der Gesetzgeber die Beteiligung von Kapitalgesellschaften an Personengesellschaften zulässt. Für *Dellinger* sprechen daher die besseren Gründe gegen die Anwendung des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes auf die GmbH & Co KG als solche.

3.2.3. Einbeziehung des „Nur-Kommanditisten“

Der OGH wendet in den oben zitierten Urteilen die Kapitalerhaltungsregeln der GmbH auch auf den Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG an¹⁶⁵. *Karollus* stimmt diesem Ergebnis zu, begründet es jedoch damit, dass der Kapitalschutz auf die GmbH & Co KG als

¹⁶³ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

¹⁶⁴ *Ostheim*, GesRZ 1989, 175 FN 54.

¹⁶⁵ OGH 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96b; OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

solche und damit auf jeden ihrer Gesellschafter anzuwenden ist¹⁶⁶. Es könne nicht darauf ankommen, ob ein Gesellschafter an der GmbH oder aber nur an der KG beteiligt ist. Vielmehr seien auch die Kommanditisten an einer Gesellschaft „mit beschränkter Haftung“ beteiligt und daher gleichermaßen für die Erhaltung des Haftungssubstrats der (GmbH & Co) KG verantwortlich. Die Rechtsform der GmbH & Co KG sei als ganzes eine atypische, neben den ursprünglichen gesetzlichen Leitbildern entwickelte Rechtsform, für die daher auch eigene Regeln zu entwickeln seien. Dies gelte auch für die Rechtsstellung des Nur-Kommanditisten. Die relativ schwachen KG-rechtlichen Kapitalerhaltungsregeln (§ 172 Abs 4 HGB, § 172 Abs 3 UGB) würden nur dann ausreichen wenn es daneben eine echte unbeschränkte Haftung eines Komplementärs gibt.

Auch *Ostheim* hat sich zuvor schon dafür ausgesprochen, die GmbH-Kapitalerhaltungsregeln – insbesondere die Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehn – bei der GmbH & Co KG auch auf den Nur-Kommanditisten anzuwenden¹⁶⁷. Er begründet dies damit, dass der Kommanditist seine Haftungsfreiheit ebenso wie der Gesellschafter einer GmbH dadurch erlangt, dass er seine Einlage zur Gänze leistet und sie sodann im Gesellschaftsvermögen belässt. Erhalte ein Kommanditist seine Einlage zurück, dann lebe seine Haftung in diesem Umfang genauso wieder auf wie die eines Gesellschafters der GmbH. Dass das beim Kommanditisten unmittelbar gegenüber den Gläubigern wirke (§ 172 Abs 4 HGB, § 172 Abs 3 UGB), beim Gesellschafter der GmbH hingegen lediglich gegenüber der Gesellschaft (§ 83 Abs 1 GmbHG), habe seinen Grund zwar in dem auf Gläubigersicherung durch persönliche Haftung beruhenden Leitbild der handelsrechtlichen Personengesellschaften, ändere aber am evidenten Zusammenhang von Kapitalsicherung und Gesellschafterhaftung als Wertungsgrundlage in beiden Fällen nichts.

Dieser Zusammenhang wird für *Ostheim*¹⁶⁸ auch nicht dadurch zerstört, dass er sich beim Kommanditisten nur auf die Haftsumme, nicht aber auf allfällige Einlagenteile erstreckt, die über die Haftsumme hinausgehen¹⁶⁹. Die Einschränkung werde nach der Konzeption des Gesetzgebers bei der gesetzestypischen KG durch die persönliche Haftung des

¹⁶⁶ *Karollus*, *ecolex* 1996, 862; so auch *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 407.

¹⁶⁷ *Ostheim*, *GesRZ* 1989, 176; *Ostheim*, *WBl* 1995, 222; es gab damals noch kein EKEG.

¹⁶⁸ *Ostheim*, *WBl* 1995, 223.

¹⁶⁹ In seiner Grundlegenden Untersuchung tritt *P. Ulmer*, *Gesellschafterdarlehn und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co KG*, FS Duden (1977) 661 ff, dafür ein, bei der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter auch die über die Haftsumme hinausgehende Pflichteinlage des Kommanditisten nach den Grundsätzen über Eigenkapitalersatz zu behandeln und damit dem Rückzahlungsverbot des § 30 Abs 1 dGmbHG analog zu unterwerfen.

Komplementärs ausgeglichen¹⁷⁰. Gerade dieses Korrektiv fehle aber bei der GmbH & Co KG und zwar unabhängig davon, ob die Kommanditisten gleichzeitig Gesellschafter der GmbH seien oder nicht. Damit würden sich die Gefahren, die sich aus dem Ausschluss jeder Gesellschafterhaftung für die Gläubiger ergeben, bei GmbH und GmbH & Co KG in allen Fällen, also auch bei Gesellschaften mit Nur-Kommanditisten als vollkommen gleich erweisen.

Noch einen Grund für die Erstreckung der GmbH-Kapitalerhaltungsregeln auf die Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG sieht *Ostheim* darin, dass auch diese eine Finanzierungsverantwortung gegenüber der Gesellschaft haben¹⁷¹. Denn verstehe man unter Finanzierungsverantwortung die Tatsache, dass die Rückzahlung von haftendem Kapital zu Haftungssanktionen führt, so spreche das Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs 4 HGB (§ 172 Abs 3 UGB) für eine Finanzierungsverantwortung des Nur-Kommanditisten gegenüber der GmbH & Co KG. Verstehe man unter Finanzierungsverantwortung aber das Mitentscheiden über grundlegende Finanzierungsfragen der Gesellschaft, dann sei darauf zu verweisen, dass auch der Nur-Kommanditist gemäß § 164 HGB (§ 164 UGB) ein Mitspracherecht in allen über die gewöhnliche Geschäftsführung hinausgehenden Angelegenheiten habe, wozu auch die wesentlichen, die Gesellschaft betreffenden Finanzierungsentscheidungen gehören würden. Wie alle anderen Gesellschafter habe er überdies „Gesamthandeigentum“ am Gesellschaftsvermögen und sei so rechtlich wie wirtschaftlich Mitunternehmer. Beziehe man schließlich Finanzierungsverantwortung auf die Einhaltung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung, dann würde jeder Gesellschafter, der der Gesellschaft in der Krise anstatt des erforderlichen Eigenkapitals ein Darlehen gewährt und sie so mit allen für die Gläubiger verbundenen Gefahren am Leben erhält, schon allein dadurch Finanzierungsverantwortung übernehmen. Aus dieser Verantwortung könne sich der Gesellschafter nicht mit dem Hinweis davonstellen, dass er Nur-Kommanditist sei.

¹⁷⁰ Die persönliche Haftung des Komplementärs hat hier zwei Funktionen: Zum einen soll sie den Komplementär zu einer entsprechend verantwortungsvollen und risikobewussten Unternehmensführung veranlassen und zum anderen einen ausreichenden Befriedigungsfond für die Gläubiger zur Verfügung stellen; vgl. dazu BGH WM 1990, 548 ff, 553 f.

¹⁷¹ *Ostheim*, WBl 1995, 223.

3.3. Kommentar zu den dargestellten Lösungsansätzen

Wie schon erwähnt, weicht die GmbH & Co KG im engeren Sinn vom gesetzlichen Leitbild der KG mit zumindest einer natürlichen Person als Komplementär und Vollhafter ab. Aus diesem Grund ist seit langem anerkannt, dass bei der GmbH & Co KG ein im Vergleich zur normalen KG verstärkter Kapitalschutz erforderlich ist. Es ist nur noch nicht restlos geklärt, wie die genaue Ausgestaltung dieses Kapitalerhaltungs- und Haftungsrechtes für die GmbH & Co KG aussehen soll. Im Folgenden sollen die möglichen Lösungsansätze diskutiert, und deren Schwächen und Stärken aufgezeigt werden.

3.3.1. Erweiterter Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH

Ein möglicher Ansatzpunkt besteht darin, das Vermögen der Komplementär-GmbH, die ja einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin ist, zu schützen. Dabei wird das Ausschüttungsverbot (§ 82 GmbHG) und das Verbot der Rückgewähr von Nachschüssen (§ 74 GmbHG) auf Auszahlungen aus der GmbH & Co KG ausgedehnt, die mittelbar auch das Vermögen der Komplementär-GmbH negativ beeinträchtigen. Derartige mittelbare Vermögensbeeinträchtigungen bei der Komplementär-GmbH können sich aus zwei Gründen ergeben¹⁷²:

- 1) Ist die GmbH an der KG auch vermögensmäßig beteiligt, kann durch Ausschüttungen aus dem Vermögen der KG die der GmbH zustehende Vermögensbeteiligung entwertet werden. Dabei kommt es im österreichischen Recht nicht darauf an, ob eine vermögensmindernde Auszahlung an einen Kommanditisten dazu führt, dass beim Ansatz der KG-Beteiligung in der Bilanz der Komplementär-GmbH eine Wertberichtigung durchgeführt werden muss, die in der Folge zu einer Unterbilanz der GmbH führt. Das Vermögen der GmbH ist durch die bloße Wertminderung der Beteiligung auch dann in gegen § 82 GmbHG verstoßender Weise vermindert, wenn der Beteiligungsansatz so große stille Reserven enthält, dass eine Wertberichtigung trotz der Auszahlung an den Kommanditisten nicht erforderlich ist. Auf eine

¹⁷² Karollus in FS Kropff 671; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 30 Rz 46 ff; Wenger, RWZ 11/2005, 326 ff; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

Unterbilanz kommt es bei § 82 GmbHG, der das gesamte Vermögen der GmbH schützt, nicht an¹⁷³.

- 2) Unabhängig von einer Vermögensbeteiligung besteht für die GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafterin immer die Gefahr für die Verbindlichkeiten der KG eintreten zu müssen (§ 128 UGB). Spätestens bei Überschuldung der KG müssen für diese potentiellen Haftungsverbindlichkeiten in der Bilanz der GmbH Rückstellungen gebildet werden, die zu einer Verminderung des Vermögens der GmbH führen. Darüber hinaus kommt es in der Folge wegen der meist geringen Kapitalausstattung von Komplementär-GmbHs meist auch bei diesen zu einer Überschuldung.

Mit dem Konzept des mittelbaren Schutzes der Komplementär-GmbH, lässt sich gut begründen, dass jene Gesellschafter dem Ausschüttungsverbot unterliegen, die sowohl Gesellschafter der Komplementär-GmbH als auch Kommanditisten der KG sind. Derartige Auszahlungen aus dem KG-Vermögen an einen Doppelgesellschafter, die das Vermögen der Komplementär-GmbH negativ beeinträchtigen, sind nach § 82 GmbHG verboten. Es ist dabei gleichgültig, ob die Leistung dem Empfänger in seiner Rolle als Kommanditist oder als GmbH-Gesellschafter zufließen würde¹⁷⁴. An einen Doppelgesellschafter darf daher in seiner Rolle als Kommanditist weder eine Rückzahlung seiner Hafteinlage noch seiner, unter Umständen die Hafteinlage erheblich übersteigenden, Pflichteinlage erfolgen, soweit dadurch das Vermögen der Komplementär-GmbH geschmälert würde. Daneben ist auf Doppelgesellschafter natürlich das gesamte Kapitalerhaltungs- und Haftungsrecht, welches das UGB für Kommanditisten vorsieht, anzuwenden.

Will man allerdings die Kommanditisten, die nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt sind, in den mittelbaren Kapitalschutz der GmbH einbeziehen, so ist dies juristisch schwer zu begründen. An der Komplementär-GmbH ist der Nur-Kommanditist gerade nicht – und zwar auch nicht mittelbar – beteiligt, weshalb man auf Auszahlungen an ihn auch nicht die Kapitalerhaltungsregeln der GmbH (§§ 74, 82, 83 GmbHG) anwenden kann¹⁷⁵. Solange ein Nur-Kommanditist seine Einlage bis zur Höhe seiner Haftsumme zurückerhält, stellt dies für die Gläubiger der GmbH & Co KG kein erhöhtes Risiko dar, da der Kommanditist in

¹⁷³ Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 67; anders § 30 dGmbHG, der nur das Gesellschaftsvermögen in der satzungsgemäß bestimmten Mindesthöhe schützt.

¹⁷⁴ Koppenteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 20; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶ § 30 Rz 48.

¹⁷⁵ Zu untersuchen ist noch der Fall, dass der Nur-Kommanditist in einem Naheverhältnis (zB Familienangehöriger) zu einem GmbH-Gesellschafter steht und auf diese Weise dem GmbH-Gesellschafter, durch die Ausschüttung an den Nur-Kommanditisten, indirekt auch ein Vorteil zufließt (zB Ausschüttungen an den unterhaltsberechtigten Sohn).

diesem Ausmaß gemäß § 172 Abs 3 UGB persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftet. Problematisch könnten allerdings Auszahlungen an einen Nur-Kommanditisten sein, die dessen Haftsumme übersteigen, da nach hA¹⁷⁶ das Wiederaufleben der persönlichen Haftung von Kommanditisten mit der Höhe der Haftsumme begrenzt ist.

Reich-Rohrwig ist generell – also auch bei gesetzestypischer KG – gegen diese Auffassung, da seiner Ansicht nach die Vorschrift des § 172 Abs 4 HGB (§ 172 Abs 3 UGB) den Zweck verfolgt, die den Gläubigern gegenüber zugesagte und kundgemachte Kapitalgrundlage der KG zu sichern und bei Auszahlung durch den Haftungsanspruch wieder herzustellen¹⁷⁷. Deshalb müsse der Kommanditist in voller Höhe der rückgewährten Einlage haften, auch wenn diese seine Haftsumme übersteigt. Mit der Einführung des UGB wurde diese Situation insofern entschärft, als der Gesetzgeber in § 171 Abs 1 Satz 2 eine besondere Informationspflicht der Kommanditisten normierte. Demnach hat jeder Kommanditist auf Verlangen eines Gläubigers, diesem über die Höhe seiner geleisteten Einlage binnen angemessener Frist Auskunft zu erteilen. Auf welche Art diese Auskunftspflicht durchzusetzen ist und welche Sanktionen einem unwilligen Kommanditisten drohen, lässt das Gesetz offen. Primär ist an Schadenersatzansprüche gegen den schweigsamen Kommanditisten zu denken¹⁷⁸.

Insgesamt ist es aber zweifelhaft, ob überhaupt ein Bedarf für die Einbeziehung der Nur-Kommanditisten in den Kapitalschutz der Komplementär-GmbH besteht. Denn wird das Vermögen der Komplementär-GmbH auch vor mittelbaren Auszahlungen an Doppelgesellschafter geschützt, ergibt sich für die Gläubiger der GmbH & Co KG eine Situation, die jener bei einer normalen KG vergleichbar ist. Ausschüttungen aus der KG an einen Kommanditisten bedürfen immer der Zustimmung der Komplementärin. Die Gesellschafter der Komplementär-GmbH werden aber in der Regel keiner Auszahlung an Nur-Kommanditisten aus dem Vermögen der KG zustimmen (insbesondere über die Hafteinlage hinaus), wenn sie dadurch der GmbH und damit indirekt sich selbst schaden. Daneben besteht für jeden Kommanditisten die oben erwähnte Auskunftspflicht gegenüber den Gläubigern der GmbH & Co KG. Davor, dass eine KG durch übermäßige Ausschüttungen an die Gesellschafter in die Zahlungsunfähigkeit getrieben wird, ist auch eine normale KG mit einer natürlichen Person als Komplementär nicht geschützt. In diesem

¹⁷⁶ BGHZ 60, 324 (327 f); *Wenger*, RWZ 11/2005, 326; zweifelnd *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 69, mwN.

¹⁷⁷ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395.

¹⁷⁸ *Weigand* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 72.

Zusammenhang ebenfalls zu erwähnen ist auch die Tatsache, dass die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer Ausschüttung aus dem Vermögen der KG gar nicht zustimmen dürfen, wenn dadurch eine Gefahr der Vermögensschmälerung bei der GmbH entsteht. Die Geschäftsführer würden in diesem Fall der GmbH gegenüber für jeglichen Schaden haftbar¹⁷⁹.

Im folgenden Kapitel werde ich noch auf den Fall eingehen, dass die Komplementär-GmbH selbständig wirtschaftlich tätig ist. Dabei wären die Nur-Kommanditisten für die Kapitalerhaltung einer Gesellschaft mitverantwortlich, an deren wirtschaftlichem Erfolg sie in keiner Weise beteiligt sind.

Aus diesen Gründen ist die Erstreckung des GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf die Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG meiner Ansicht nach nicht erforderlich und nicht zu rechtfertigen.

In Anbetracht der Sondervorschriften¹⁸⁰, welche die GmbH & Co KG in wesentlichen den Gläubigerschutz betreffenden Bereichen den Kapitalgesellschaften gleichstellen, erscheint mir der erweiterte Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH neben den Kapitalerhaltungsbestimmungen des UBG für ausreichend. Im Folgenden werde ich dies noch eingehender begründen.

¹⁷⁹ § 82 Abs 1 iVm § 25 Abs 2 GmbHG.

¹⁸⁰ Siehe 3.1.4.; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 172 Rz 9; *K. Schmidt*, MK-HGB² §§ 171, 172 Rz 65; *Schilling* in *Großkommentar zum HGB*⁴ § 172 Rz 10; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1560 f.

3.3.2. Eigenständiger Kapitalschutz für die GmbH & Co KG als solche

Das deutsche und das österreichische Höchstgericht haben die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG erweitert, indem sie die Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG auch auf die Nur-Kommanditisten angewendet haben, ohne dies jedoch schlüssig zu begründen¹⁸¹.

Vor allem *K. Schmidt*¹⁸² und *Karollus*¹⁸³, haben bereits vor den höchstgerichtlichen Entscheidungen einen weiteren Ansatz für einen Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG entwickelt. Demnach soll es eigenständige Kapitalerhaltungsregeln für Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter geben. Dieser Kapitalschutz wäre dann für alle „Personengesellschaften mit beschränkter Haftung“ anwendbar, unabhängig von der Rechtsform des Komplementärs. *Reich-Rohrwig*¹⁸⁴ stimmt dem zu und fügt als Argument noch hinzu, dass für diesen Ansatz ein Bedürfnis besteht, um bei Sonderformen wie dem „Verein & Co KG“ oder der „ausländischen juristischen Person & Co KG“ einen adäquaten Kapitalschutz zu gewährleisten.

Für die GmbH & Co KG heißt das, dass die Kapitalerhaltungsnormen auf die gesamte KG und alle ihre Gesellschafter, also auch die Nur-Kommanditisten, anzuwenden sind. Hier stellt sich noch die Frage, ob dann unabhängig vom Kapital der Komplementär-GmbH nur das Kapital der KG in Analogie zu den kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln geschützt werden soll oder ob man besser eine übergreifende bilanzielle Betrachtung des Kapitals von Komplementär-GmbH und KG vornimmt und den Kapitalschutz auf die Summe der Vermögensmassen beider Gesellschaften erstreckt¹⁸⁵. Rechtsprechung und Lehre rechtfertigen die Analogie mit dem Bedarf nach einem erhöhten Gläubigerschutz bei Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter¹⁸⁶. Dies spricht für die Erstreckung der Kapitalerhaltungsbestimmungen auf die Summe der Vermögensmassen von KG und Komplementär-GmbH. Der Haftungsfonds, der den Gesellschaftsgläubigern der KG zur Verfügung steht, setzt sich genau aus dieser Summe zusammen, da sich die Gläubiger zu ihrer Befriedigung sowohl an die KG als auch an die unbeschränkt haftende Komplementär-GmbH halten können. Diese Lösung wäre für die Gläubiger der KG wohl unstrittig die

¹⁸¹ BGHZ 110, 342, 355ff = NJW 1990, 1725; OGH 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96b, SZ 69/166; OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

¹⁸² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 143.

¹⁸³ *Karollus* in FS Kropff 671; *Karollus*, *ecolx* 1996, 860 ff.

¹⁸⁴ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 403 f.

¹⁸⁵ Für letztere Variante *Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG 198.

¹⁸⁶ OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p, mwN; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 404.

Vorteilhafteste, da dadurch auch Ausschüttungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH an einen Nur-Kommanditisten vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst wären.

Die eben beschriebene Rechtsansicht wirft aber einige Probleme auf, wie zum Beispiel welche Kapitalerhaltungsnormen auf die GmbH & Co KG als solche angewendet werden sollen, ob diesen Regeln alle Gesellschafter im gleichen Umfang unterliegen und welche Auswirkungen dies auf die GmbH & Co KG als Gesellschaftsform hat. Daneben ist zu untersuchen, ob diese Lösung angesichts des bestehenden Gesetzesmaterials notwendig und auch zu rechtfertigen ist.

a) Analoge Anwendung der §§ 74, 82, 83 GmbHG auf die GmbH & Co KG als solche

In Deutschland wie in Österreich wird von Teilen der Lehre argumentiert, dass es nahe liegend ist, die kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln auf die KG analog anzuwenden, da es sich dabei um das Organisationsmodell des Gesetzgebers für Unternehmensträger mit beschränkter Haftung handelt¹⁸⁷. Die Kapitalerhaltungsbestimmungen wären daher aus einer Rechtsanalogie insbesondere zu §§ 74 und 82 f GmbHG und §§ 52, 56, 65 ff zu bilden. *Karollus*¹⁸⁸ und *K. Schmidt*¹⁸⁹ sprechen sich dafür aus das GmbHG als Analogiebasis zu verwenden, da die GmbH von ihrer Konzeption her den Personengesellschaften näher steht und dies den Anforderungen bei der GmbH & Co KG eher entsprechen würde. Demnach wären die Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden, wobei als Ergebnis – wegen der Verschiedenheit von § 30 dGmbHG und § 82 GmbHG – in Deutschland und Österreich ein sehr unterschiedliches Kapitalschutzniveau herauskommen würde.

Folgt man der Meinung, die *Karollus*¹⁹⁰ für Österreich vertritt, und der sich auch *Reich-Rohrwig*¹⁹¹ angeschlossen hat, und wendet man die Kapitalerhaltungsnormen des GmbHG auf die GmbH & Co KG und damit alle ihre Gesellschafter an, dann wären in der KG nur die

¹⁸⁷ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 143; *Karollus* in FS Kropff 671; *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 ff; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 401.

¹⁸⁸ *Karollus* in FS Kropff 678.

¹⁸⁹ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 143.

¹⁹⁰ *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 ff.

¹⁹¹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 401, 406.

Verteilung von Reingewinn und Leistungen aus angemessenen Drittgeschäften zulässig. Sonstige Ausschüttungen wären hingegen immer verboten, also nicht nur dann, wenn dadurch der GmbH zustehende Vermögensbeteiligungen entwertet würden oder wenn die GmbH für die aus ihrer Komplementärstellung resultierende persönliche Haftung Rückstellungen bilden müsste. Alle dagegen verstoßenden Auszahlungen, auch an Nur-Kommanditisten, wären verboten und nach Ansicht von *Reich-Rohrwig* auch nichtig. *Grossmayer*¹⁹² meint im Anschluss an *Reich-Rohrwig*, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit für Ausschüttungen aus der GmbH & Co KG geboten ist, da sowohl bei der GmbH als auch bei der GmbH & Co KG nur ein beschränkter Haftungsfonds vorhanden ist und deshalb eine Ungleichbehandlung in den Rechtsfolgen einer Einlagenrückgewähr nicht zu rechtfertigen ist. Als Beispiel nennt *Grossmayer*, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit bei der Übertragung von unbaren Vermögenswerten – wie etwa bei der Realteilung – auf einen Kommanditisten, Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit des Rückerstattungsanspruchs der Gesellschaft hat.

*Karollus*¹⁹³ und *Reich-Rohrwig*¹⁹⁴ begründen ihren Lösungsansatz damit, dass es der Wertung des Gesetzgebers entspreche, die §§ 74, 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG analog anzuwenden, da auch schon bei den Konkursgründen (§ 67 KO) und bei der Rechnungslegung (§ 221 Abs 5 UGB) eine Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH erfolgt ist¹⁹⁵.

Der eben beschriebenen Begründung für die analoge Anwendung des GmbH-Rechts liegt mE eine zu weit gehende Interpretation der Spezialnormen für die GmbH & Co KG zu Grunde. Es macht einen großen Unterschied, ob einzelne Zusatzbestimmungen bei der GmbH & Co KG gegenüber der normalen KG zu beachten sind oder ob einfach das gesamte Kapitalerhaltungsrecht des UGB durch das des GmbHG ersetzt wird. Gewisse den Gläubigerschutz betreffende Sondervorschriften sind für die GmbH & Co KG ieS wohl erforderlich, um die Abwesenheit einer natürlichen Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter auszugleichen. Diese wurden vom Gesetzgeber auch erlassen und zwar in den Bereichen, in denen ein Bedarf dafür besteht, wie zum Beispiel bei den Konkursgründen (§ 67 KO) oder bei Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen (§ 4 EKEG). Dass darüber hinaus keine gesetzliche Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH erfolgte, sehe ich vielmehr als Argument gegen eine analoge Anwendung des GmbH-Rechts auf die GmbH &

¹⁹² *Grossmayer*, *ecolex* 2008, 1024.

¹⁹³ *Karollus* in FS Kropff 671; *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 ff.

¹⁹⁴ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 401.

¹⁹⁵ So auch schon *Ostheim*, *GesRZ* 1989, 175.

Co KG. Für einen Nur-Kommanditisten ist es wohl von ganz wesentlicher Bedeutung, ob man ihn verpflichtet, den Schutz des Vermögens der GmbH & Co KG im Umfang des § 67 KO zu beachten, oder ob man eine den §§ 82 f GmbHG vollkommen entsprechende Kapitalsicherung direkt für die GmbH & Co KG einführt¹⁹⁶. In letzterem Fall wäre etwa ein Geschäft zwischen einem Nur-Kommanditisten und der KG, das einem Fremdvergleich nicht standhält, auch dann eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung, wenn das Vermögen der Komplementär-GmbH davon in keiner Weise berührt ist, weil die KG über ausreichendes Vermögen zur Deckung der Verbindlichkeiten verfügt, sodass die Komplementär-GmbH selbst bei Inanspruchnahme durch einen Gläubiger nach § 128 UGB einen vollwertigen Aufwandsersatzanspruch nach § 110 UGB hätte¹⁹⁷. Der Kapitalschutz den § 67 KO festlegt ist auf einem sehr viel niedrigeren Niveau, nämlich der Grenze der Überschuldung, angesiedelt und betrifft den Sonderfall des drohenden Konkurses der Gesellschaft¹⁹⁸. Die Gläubiger der GmbH & Co KG sollen dadurch vor Konkursverschleppung geschützt werden und nur für diesen Fall wird die GmbH & Co KG durch § 67 KO den Kapitalgesellschaften gleichgestellt. ME ist Zurückhaltung dabei geboten, derartige Normen für spezielle Situationen als Rechtfertigung für eine so weite Analogie wie die Anwendung des GmbH-Kapitalerhaltungsrechtes auf die GmbH & Co KG zu verwenden. Sonderregeln wie § 67 KO sind für Spezialfälle konzipiert und es entspricht deren Zweck, dass sie nur in diesen Fällen zur Anwendung kommen.

Die kapitalerhaltungsrechtliche Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH wäre daneben auch ein Akt der Rechtsfortbildung¹⁹⁹, der mE zumindest nach österreichischem Recht, zu weit geht und angesichts des vorhandenen Kapitalschutzes, den das UGB für die KG festlegt, und den Sonderregeln, die für die GmbH & Co KG gelten, auch nicht zu rechtfertigen ist.

Den Gesellschaftern würde durch die Gleichstellung die Alternative von persönlicher Haftung statt Kapitalbeteiligung völlig genommen, obwohl die persönliche Haftung von der Konzeption her grundsätzlich gleichwertig ist. Weiters entfielen die Möglichkeit einer

¹⁹⁶ In Konzernen wurde die Rechtsform der GmbH & Co KG oft gerade aus dem Grund gewählt, dass eine Konzerngesellschaft, die Nur-Kommanditist ist, jederzeit Entnahmen aus der KG tätigen kann.

¹⁹⁷ Siehe auch *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

¹⁹⁸ Siehe auch *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

¹⁹⁹ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 70; *Koppensteiner*, GmbHG (1994) § 74 Rz 19 (in der 2. und 3. Auflage entfallen).

personengesellschaftsrechtlichen Beteiligung, solange keine unbeschränkt haftende natürliche Person dem Gesellschafterkreis angehörte²⁰⁰.

Würde man jede Auszahlung außerhalb der Verteilung des bilanziellen Reingewinns aus dem Vermögen der GmbH & Co KG an einen Gesellschafter verbieten, dann hätte § 172 Abs 3 UGB keine Bedeutung mehr. Nachdem der Gesetzgeber mit der Einführung des UGB den § 172 Abs 3 UGB nahezu inhaltsgleich vom HGB (§ 172 Abs 4) übernommen hat und keine zusätzlichen Bestimmungen, die auf das GmbHG verweisen, eingeführt hat, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass es dem Gesetzgeber erforderlich schien, den Kapitalschutz des GmbHG auf die GmbH & Co KG als solche analog anzuwenden²⁰¹. Der OGH verwirft dieses Argument in 2 Ob 225/07p zwar als nicht überzeugend, weil der Gesetzgeber zum Problembereich der GmbH & Co KG geschwiegen habe, doch kann der Gerichtshof daraus auch keinerlei Argumente für die analoge Anwendung des GmbH-Rechts ableiten. Es bleibt daher dabei, dass der Gesetzgeber einen über das bestehende Recht hinausgehenden Regelungsbedarf für die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG offensichtlich nicht gesehen hat. Außerdem dürfte es so sein, dass ein Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten den Gläubiger in Wahrheit in den meisten Fällen wirtschaftlich nicht schlechter stellt als die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Einlagenrückgewähr bei der GmbH, zumal diese in der Praxis oft nur zu einem Anspruch auf Wertersatz führen kann²⁰². Dies trifft entgegen der Ansicht von *Grossmayer*²⁰³ auch auf die Übertragung von unbaren Vermögenswerten zu, da insbesondere bei diesen die Rechtsfolge der Nichtigkeit oft zu erheblichen Problemen bei der praktischen Rückabwicklung führt. Das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten gemäß § 172 Abs 3 UGB stellt unter diesen Gesichtspunkten keine weit unzulänglichere Rechtsfolge als das Verbot der Einlagenrückgewähr dar.

Das Kapitalerhaltungskonzept von *Karollus* und *Reich-Rohrwig* orientiert sich, wie mir scheint, überwiegend an einer GmbH & Co KG bei der die Komplementär-GmbH selbst nicht operativ tätig ist, sodass alle wirtschaftlichen Vorgänge über das Vermögen der KG abgewickelt werden. Dies ist auch der Regelfall. Es kann aber durchaus vorkommen, dass die Beteiligung an der KG für die GmbH nur eine wirtschaftliche Nebenbetätigung darstellt. Die GmbH könnte noch andere Beteiligungen haben und über Vermögen verfügen, welches jenes der KG um ein vielfaches übersteigt. Die Befriedigungschancen für Gesellschaftsgläubiger einer derartigen KG wären erheblich höher als bei einer gesetzestypischen KG, da die

²⁰⁰ Siehe dazu auch *Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG 199.

²⁰¹ Siehe auch *Wenger*, RWZ 11/2005, 329.

²⁰² Siehe auch *Wenger*, RWZ 11/2005, 329.

²⁰³ *Grossmayer*, *ecolex* 2008, 1024.

Komplementär-GmbH ohne weiteres für die Verbindlichkeiten der KG aufkommen könnte. Wendet man in so einem Fall die §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter an, dann ist nicht einzusehen warum insbesondere ein Kommanditist, der an der Komplementär-GmbH gar nicht beteiligt ist, schlechter gestellt sein soll als ein Kommanditist einer gesetzestypischen KG.

Darüber hinaus würde ein Nur-Kommanditist einer GmbH & Co KG mit operativ tätiger GmbH indirekt auch für die Erhaltung des Kapitals der Komplementär-GmbH sorgen. Sind nämlich jegliche nicht in Gewinn bestehenden Ausschüttungen an sämtliche Gesellschafter der GmbH & Co KG in Analogie zu § 82 GmbHG verboten, dann verringert sich das Risiko der Komplementär-GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafterin in Anspruch genommen zu werden. Es ist aber meiner Ansicht nach nicht die Aufgabe eines Nur-Kommanditisten die Erhaltung des Kapitals einer Gesellschaft mitzutragen, auf deren wirtschaftlichen Erfolg er mangels Gesellschafterstellung überhaupt keinen Einfluss hat und von deren Gewinnen er auch nicht profitiert. Es erscheint doch sehr ungerecht, wenn jemand zwar das Kapital einer Gesellschaft mit erhalten muss, aber am Erfolg dieser Gesellschaft nicht teilhaben darf.

An dieser Stelle muss auch auf den zwingenden Zusammenhang zwischen Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung hingewiesen werden. Es würde sich ein wohl schwer zu rechtfertigender Wertungswiderspruch ergeben, wenn man den Kommanditisten der GmbH & Co KG zwar gemäß § 171 Abs 1 UGB weiterhin die Wahl zwischen Einlage und Haftung ließe, dieses Wahlrecht aber dann als verbraucht ansähe, sobald sie einmal eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hätten. Wer den Kommanditisten den Abzug des einmal eingelegten Kapitals analog dem GmbHG verbieten wollte, müsste sie konsequenterweise auch zur unbedingten und sofortigen Einlage dieses Kapitals verpflichten²⁰⁴. Denkt man dies weiter, so stellt sich die Frage wie die Verpflichtung zu einer Einlage für einen Kommanditisten aussehen sollte und ob man es dann überhaupt noch mit einer Personengesellschaft zu tun hätte. Die persönliche Haftung einer jeden natürlichen Person, welche Gesellschafter der GmbH & Co KG ist, würde wegfallen und damit das wesentlich Charakteristikum einer Personengesellschaft. Um den Kommanditisten zur sofortigen Einzahlung seiner bedungenen Einlage zu verpflichten wäre es nahe liegend, im Sinne des Lösungsansatzes für die Kapitalerhaltung, die Bestimmungen des GmbHG zur Kapitalaufbringung analog auf die GmbH & Co KG anzuwenden. Gemäß § 63 GmbHG ist

²⁰⁴ Siehe dazu auch *Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG 200.

jeder Gesellschafter verpflichtet, die von ihm übernommene Stammeinlage in voller Höhe einzuzahlen. Dieser Lösungsweg würde daher auch jeden Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG dazu verpflichten seine im Gesellschaftsvertrag festgelegte Einlage analog § 63 GmbHG einzuzahlen. Verzichtet man allerdings darauf die Regeln für die Kapitalaufbringung analog auf die Kommanditisten der GmbH & Co KG anzuwenden, dann würde wahrscheinlich kein Kommanditist seine bedungene Einlage mehr einzahlen, da er diese aufgrund der Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG auf die GmbH & Co KG nie wieder zurückfordern könnte.

Dieses „Gedankenexperiment“ sollte nur veranschaulichen welche Folgeprobleme durch so umfangreiche Analogien, wie die Anwendung der GmbH-Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG als solche, entstehen können. Mit derartigen Analogien sollte man daher wohl eher sparsam umgehen.

Im Ergebnis bedeutet eine haftungsrechtliche Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH auch die Ausschaltung eines wesentlichen Teiles des UGB, der eigentlich speziell für Kommanditgesellschaften konzipiert wurde. Der GmbH & Co KG wird dadurch, wie schon erwähnt, das wesentliche personengesellschaftsrechtliche Element der persönlichen Haftung statt Kapitalbeteiligung genommen. Es entstünde auch ein Wertungswiderspruch zum GmbH-Recht, wenn bei der GmbH & Co KG das gesamte Haftkapital nicht entnommen werden dürfte. Da in diesem Fall die Kommandithaftsummen zum Stammkapital der Komplementär-GmbH hinzu kommen würden, läge das vom Verbot der Einlagenrückgewähr umfasste Vermögen in jedem Fall höher als das einer einfachen GmbH. Es wäre wohl eine Umgehung des gesetzgeberischen Rechtsgestaltungsmonopols, wenn man die gemäß § 6 Abs 1 GmbHG zur Legitimation selbständiger Rechtsfähigkeit bei allseits beschränkter Haftung ausreichenden € 35.000,-- für die GmbH & Co KG faktisch hinaufsetzen würde²⁰⁵.

²⁰⁵ Siehe dazu auch *Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co KG 199 f.

b) Alternative Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH & Co KG als solche

Statt der kapitalerhaltungsrechtlichen Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH, die wie gezeigt wurde in einigen Bereichen sehr problematisch ist, könnte man noch über die Anwendung weniger strenger Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG als solche nachdenken. *Wenger* hat dies getan und dabei als Grundlage die Ausführungen zur Kapitalerhaltung, die *Karollus* für Deutschland vertreten hat, verwendet²⁰⁶. Vorweg ist nochmals zu erwähnen, dass es sich auch bei diesem Lösungsansatz nicht um einen mittelbaren Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH handelt, sondern ein Kapitalerhaltungskonzept für die KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter entwickelt werden sollte.

*Karollus*²⁰⁷ orientiert sich in seinem für die deutsche GmbH & Co KG entwickelten Kapitalerhaltungskonzept zwar am dGmbHG, schränkt dieses aber noch weiter ein. Seiner Ansicht nach können nicht alle Prinzipien des GmbH-Rechtes auf die Personengesellschaft übertragen werden. So gäbe es etwa bei Personengesellschaften kein festes Nennkapital („Garantiekapital“), und es könne daher auch keine darauf bezogenen Kapitalaufbringungsgrundsätze geben. Sehr wohl auf die Personengesellschaft übertragbar seien aber das Prinzip der Kapitalerhaltung und die Regeln über Eigenkapital ersetzende Leistungen. Aber auch das Modell des § 30 dGmbHG könne nicht ohne weiteres auf die Personengesellschaft übertragen werden. Die Bindung eines dem Stammkapital entsprechenden Vermögens setze nämlich voraus, dass es ein solches Stammkapital gibt. Gerade das sei aber bei der Personengesellschaft nicht der Fall. Die gesellschaftsvertraglich festgesetzten Einlagen ließen sich mit dem Garantiekapital von Kapitalgesellschaften nicht vergleichen; dasselbe gelte für die Haftsumme des Kommanditisten, die nur einen Haftungsbetrag, nicht aber eine entsprechende Einlagepflicht ausdrücke. Für *Karollus* muss daher die Kapitalbindung bei der GmbH & Co KG schwächer ausgestaltet sein als bei der GmbH. Die Grenze solle nicht bei der Stammkapitalziffer sondern bei der bilanziellen Überschuldung liegen. Entnahmen sind demnach unzulässig, wenn das Eigenkapital verbraucht ist und die Verbindlichkeiten (einschließlich Rückstellungen) nicht mehr durch Aktiva gedeckt werden. Daneben seien die KG-rechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften des dHGB voll anzuwenden und auch die Komplementär-GmbH sei weiterhin vor mittelbaren Ausschüttungen aus ihrem Vermögen zu schützen.

²⁰⁶ *Wenger*, RWZ 11/2005, 326 ff.

²⁰⁷ *Karollus* in FS Kropff 678 f.

Auffallend ist, dass *Karollus* in Österreich für die uneingeschränkte analoge Anwendung des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes auf die GmbH & Co KG plädiert und in Deutschland auf die Unterschiede zwischen GmbH und KG eingeht, indem er eine eingeschränkt analoge Anwendung des - ohnehin im Vergleich zum österreichischen GmbHG weniger strengen – § 30 dGmbHG als ausreichend ansieht.

*Wenger*²⁰⁸ will die Lösung, die *Karollus* für Deutschland entwickelt hat, auch auf die österreichische GmbH & Co KG anwenden. Diese Kapitalerhaltungsregeln sollen neben das Haftungsregime des HGB (UGB) treten. Umfang und Reichweite des Kapitalschutzes hätten sich daher auch in Österreich daran zu orientieren, ob Entnahmen der Kommanditisten zu Überschuldung oder Unterbilanz bei KG (und/oder auch bei der GmbH) oder allenfalls zu anderen für die Gläubiger kritischen bis insolvenznahen Situationen führen können. Man könnte dagegen einwenden, dass für eine analoge Anwendung eines der deutschen Lösung entsprechenden Konzepts in Österreich keine Basis besteht, da das GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsgebot in Österreich weit umfangreicher ist als das deutsche. Dem entgegnet *Wenger*, dass *Karollus* ein eigenständiges Kapitalerhaltungskonzept entwickelt hat, welches anders als § 30 dGmbHG erst beim Schutz vor Überschuldung und Unterbilanz ansetzt, ohne jedoch eine bestimmte Mindestkapitalziffer zu berücksichtigen. In diesem Sinne wäre die Basis für eine solche zurückhaltende Analogie zum GmbH-Recht in Österreich und Deutschland doch wieder vergleichbar.

Für eine österreichische Lösung bietet sich nach Ansicht von *Wenger* aber neben einer eingeschränkten Analogie zum GmbH-Recht auch eine Analogie zum EKEG an, dies jeweils in Kombination mit einer erweiterten Anwendung des Haftungsregimes des HGB (UGB). Da *Wenger* aber nicht auf die konkrete Ausgestaltung eines derartigen Kapitalerhaltungsrechts für die GmbH & Co KG eingeht, möchte ich die vorgeschlagenen Lösungsansätze untersuchen.

Das Eigenkapitalersatzrecht ist gemäß § 4 Z 3 EKEG auch auf GmbH & Co KGs (ieS) und alle ihre Gesellschafter anwendbar. Es schützt also das Kapital der GmbH & Co KG als solcher vor Rückzahlungen von Krediten, die der Gesellschaft in der Krise gewährt wurden. Würde man § 4 Z 3 EKEG analog als Kapitalerhaltungsnorm auf die GmbH & Co KG anwenden, dann entstünde tatsächlich ein eigenständiger Kapitalschutz für die GmbH & Co KG als solche²⁰⁹.

²⁰⁸ *Wenger*, RWZ 11/2005, 329.

²⁰⁹ Siehe dazu eingehend im Kapitel IV. 1. Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG.

Als mögliche zentrale Kapitalerhaltungsnorm würde sich dann die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG analog anbieten. § 14 EKEG regelt die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts außerhalb eines Insolvenzverfahrens²¹⁰. Danach tritt zunächst eine Rückzahlungssperre des Eigenkapital ersetzenden Kredits für die Dauer der Krise ein. Das bedeutet im Falle der GmbH & Co KG, dass sämtliche Gesellschafter ihre der KG in der Krise gewährten Kredite nicht zurückfordern dürfen. Die Rückzahlungssperre dauert bis zur Sanierung der Gesellschaft. Die Gesellschaft ist saniert, wenn sie weder zahlungsunfähig noch überschuldet ist noch Reorganisationsbedarf besteht. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen und es darf durch die Rückzahlung (bzw Passivierung) des Eigenkapital ersetzenden Kredits auch keiner dieser Umstände eintreten. Wird entgegen der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG dennoch an einen Gesellschafter geleistet, so hat dieser der Gesellschaft die geleisteten Zahlungen rückzuerstatten. Adressat des Rückzahlungsanspruchs ist der Gesellschafter, der die Zahlung zurückerhalten hat. Erfasste Gesellschafter und damit auch unmittelbare Schuldner des Rückerstattungsanspruchs können sämtliche Adressaten des EKEG sein. Durch die Regelung des § 11 EKEG ist daher auch ein Nur-Kommanditist einer GmbH & Co KG, der der Komplementärgesellschaft einen Kredit gewährt, unter den Voraussetzungen des § 5 EKEG, von der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG erfasst.

Obwohl § 14 Abs 1 nur dem Gesellschafter verbietet, den Kredit zurückzufordern, erfasst die Rückzahlungssperre auch ein Verbot an die Geschäftsführer der Gesellschaft, den Kredit zurückzuzahlen²¹¹. Bei der GmbH & Co KG sind diese die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Ein Verstoß gegen das Rückzahlungsverbot kann zu Schadenersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer führen. Bei der GmbH ergibt sich diese Haftung aus § 25 GmbHG. Bei Auszahlungen aus dem Vermögen der KG haftet jedenfalls die Komplementär-GmbH als Geschäftsführerin. Inwieweit die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH haftbar gemacht werden können, es also eine Durchgriffshaftung gibt, werde ich später noch ausführlich behandeln²¹².

²¹⁰ Siehe zu den folgenden Ausführungen auch *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 14 Rz 1 ff; *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 1 ff; *Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapital-ersetzender Leistungen?, wbl 2004, 410 ff.

²¹¹ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 14 Rz 23; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 65.

²¹² Siehe dazu ausführlich Kapitel IV. 2. Zur Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG; *Harrer*, Zum Rechtsverhältnis zwischen der GmbH & Co und den Geschäftsführern der GmbH, WBl 1991, 145 ff; *Dellinger*, Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG, WBl 1990, 348 ff.

Wendet man § 14 EKEG als Kapitalerhaltungsnorm analog auf die GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter an, so bedeutet dies, dass keinerlei Ausschüttungen aus dem Vermögen der KG an die Gesellschafter erfolgen dürfen, solange die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht (Kriterien des § 2 EKEG). Gemäß § 11 EKEG wären von der Auszahlungssperre auch Ausschüttungen der Komplementär-GmbH an einen Nur-Kommanditisten erfasst, solange sich die GmbH & Co KG in der Krise befindet. Durch die Anwendung des § 14 EKEG als Kapitalerhaltungsnorm wäre auch die Rückforderung von Auszahlungen an einen Kommanditisten, die seine Haftsumme übersteigen, kein Problem. Befindet sich die GmbH & Co KG nämlich in einer Krise und erhält ein Kommanditist eine Ausschüttung, die seine Haftsumme übersteigt, dann müsste er der Gesellschaft analog § 14 EKEG die gesamte ausgezahlte Summe zurückerstatten und zwar auch dann, wenn diese höher als seine Haftsumme ist. Auszahlungen aus dem Vermögen der GmbH & Co KG wären erst wieder gestattet, nachdem die Gesellschaft nicht mehr zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht und durch die Ausschüttung auch keiner dieser Umstände eintreten würde.

Um dieses Kapitalerhaltungsmodell allerdings sinnvoll anwenden zu können, dürfte man sich mE nicht an den Kriterien des § 5 EKEG orientieren. Gemäß § 5 EKEG sind vom Eigenkapitalersatzgesetz nur Gesellschafter erfasst, die an der Gesellschaft kontrollierend oder mit zumindest 25 % beteiligt sind oder einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. Nach diesen Kriterien wären wohl – vor allem in größeren GmbH & Co KGs mit vielen Gesellschaftern - die meisten Nur-Kommanditisten wiederum nicht vom Kapitalschutz des § 14 EKEG analog umfasst.

Vertritt man die Ansicht, dass es für die GmbH & Co KG einen eigenständigen Kapitalschutz geben soll, der über das UGB hinausgeht und alle Gesellschafter umfasst, so gelangt man mit dem eben dargestellten Lösungsansatz mE zu einem sehr guten und auch vertretbaren Ergebnis. Es handelt sich aber auch dabei um einen Akt der Rechtsfortbildung, der mE nicht erforderlich ist. Angesichts der bestehenden Sonderbestimmungen – wie §§ 4, 11 EKEG, § 67 KO und § 221 Abs 5 UGB – durch welche die GmbH & Co KG den Kapitalgesellschaften gleichgestellt wird, ist ein darüber hinausgehendes eigenständiges Kapitalerhaltungsrecht für die GmbH & Co KG als solche nicht notwendig. Wie bereits erörtert ist das Vermögen der Komplementär-GmbH, als einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin, vor mittelbarer Beeinträchtigung durch Gesellschafter, die sowohl an der

GmbH als auch als Kommanditisten an der KG beteiligt sind, zu schützen²¹³. Betreffend Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten – die ja ohnehin der Zustimmung der Komplementär-GmbH bedürfen – bietet das UGB mE einen ausreichenden Kapitalschutz. Abgesehen davon müsste man bei der Übernahme des § 14 EKEG als Kapitalerhaltungsnorm noch gewisse Abgrenzungskriterien festlegen. Zum Beispiel wäre zu klären, ob alle Kommanditisten unabhängig von der Größe ihres Gesellschaftsanteils von der Auszahlungssperre umfasst sein sollen. Wie schon erwähnt sind die Beteiligungserfordernisse des § 5 EKEG wohl zu hoch, wenn man einen möglichst effizienten Kapitalschutz, von dem auch die Nur-Kommanditisten umfasst sind, erreichen will. Schon eher den praktischen Anforderungen entsprechen würde eine Anteilsgrenze von 10 %, wie sie § 32 a Abs 3 dGmbHG für Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen vorsieht. Solange derartige Abgrenzungen nicht eindeutig festgelegt sind, würde eine analoge Anwendung des EKEG auf die GmbH & Co KG sehr viel Raum für Diskussionen über die genaue Ausgestaltung des Kapitalschutzes schaffen und damit zu mehr Rechtsunsicherheit führen. ME war es auch nicht die Intention des Gesetzgebers das EKEG als Analogiebasis zu schaffen, sondern wollte der Gesetzgeber damit vielmehr ein Spezialgesetz zur Ergänzung des bestehenden Kapitalgesellschaftsrechts normieren. Hätte der Gesetzgeber ein eigenständiges Kapitalerhaltungsrecht für Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter normieren wollen, dann wäre dies wohl gemeinsam mit der Beschließung des EKEG sinnvoll gewesen. Bei der derzeitigen Rechtslage sollte man meiner Ansicht nach aber zurückhaltend sein mit allzu großzügigen Analogien und Rechtsfortbildungen. Die vorhandenen gesetzlichen Regelungen gewährleisten einen ausreichenden Kapitalschutz für die GmbH & Co KG. Erfordern praktische Umstände eine Erweiterung dieses Kapitalerhaltungsrechts so ist der Gesetzgeber gehalten klar definierte Normen zu erlassen, die möglichst wenig Raum für unterschiedliche Interpretationen und Analogien offen lassen.

²¹³ Siehe dazu ausführlich III. 3.3.1. Erweiterter Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH.

3.4. Exkurs: Anwendbarkeit von § 82 GmbHG bei Leistungen von der GmbH an Nur-Kommanditisten (in ihrer Rolle als gesellschaftsfremde Dritte)

Wie ich bereits ausführlich dargelegt habe sind die Nur-Kommanditisten einer GmbH & Co KG nicht für die Kapitalerhaltung bei der Komplementär-GmbH verantwortlich, da sie an dieser Gesellschaft nicht (einmal mittelbar) beteiligt sind. Auch der Wortlaut der §§ 82 GmbHG und 52 AktG stellt jeweils nur auf Leistungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter ab. Lehre²¹⁴ und Rechtsprechung²¹⁵ haben aber anerkannt, dass unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung auch Leistungen an Dritte gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen können, wenn die Leistung an den Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt oder der Dritte eine Stellung einnimmt, die jener eines Gesellschafters gleichkommt. Leistungen an einen Dritten, die von einem Gesellschafter veranlasst werden fallen nach Ansicht von *Saurer*²¹⁶ unabhängig davon, ob der Gesellschafter dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, unter das Verbot der Einlagenrückgewähr. Nach *Koppensteiner/Rüffler*²¹⁷ liegt eine verbotene Einlagenrückgewähr aber nur vor, wenn der Gesellschafter, der die Leistung veranlasst hat auch (zumindest indirekt) einen Vorteil daraus zieht.

Der Ansicht von *Koppensteiner/Rüffler* ist zuzustimmen, da die Veranlassung von Leistungen an Dritte durch einen Gesellschafter nicht verboten sein sollte, wenn vom Dritten eine angemessene Gegenleistung an die Gesellschaft kommt, die der Gesellschaft unter Umständen sogar einen Vorteil verschafft. Nur Leistungen an Dritte von denen der veranlassende Gesellschafter persönlich profitiert und die der Gesellschaft keine angemessene Gegenleistung einbringen, bilden mE eine verbotene Einlagenrückgewähr und sind daher verboten.

Von besonderer praktischer Bedeutung bei der GmbH & Co KG iS, werden Leistungen der GmbH an Nur-Kommanditisten sein, wenn die Nur-Kommanditisten in einem besonderen Naheverhältnis zum Gesellschafter der Komplementär-GmbH stehen. Als Beispiel kann der

²¹⁴ Dazu *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (2006) § 52 Rz 31; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 18; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 166 f; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz (2003) § 52 Rz 43 ff; *H.P. Westermann in Scholz*, GmbH-Gesetz I¹⁰ § 30 Rz 40 f.

²¹⁵ OGH JBl 1997, 108; OGH wbl 2000, 330; OGH wbl 2004, 92.

²¹⁶ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 52 Rz 44. Saurer bezieht dies wohl nur auf Leistungen die nicht drittüblich sind.

²¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 18; differenzierend auch *Artmann in Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ § 52 Rz 31.

Familienbetrieb angeführt werden, bei dem ein Elternteil der alleinige GmbH-Gesellschafter ist und der/die Ehegatte(in) sowie die Kinder Nur-Kommanditisten sind. In diesem Fall wäre es durchaus nahe liegend, dass die Familienangehörigen als Nur-Kommanditisten der KG auch Auszahlungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH erhalten. Insbesondere bei Vermögenszuwendungen an unterhaltsberechtigte Ehegatten und Kinder geht die herrschende Lehre²¹⁸ davon aus, dass dem die Zuwendung veranlassenden Gesellschafter ein Vorteil zukommt. Derartige Zuwendungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH an einen Nur-Kommanditisten würden unter das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG fallen und könnten von der GmbH analog § 83 GmbHG zurückgefordert werden.

Verbotene Einlagenrückgewähr und damit eine Rückerstattungspflicht des Nur-Kommanditisten besteht auch bei Kollusion bzw in Fällen, in denen der GmbH-Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Nur-Kommanditist davon gewusst hat oder sich der Missbrauch geradezu aufdrängen mussten (grob fahrlässige Unkenntnis)²¹⁹.

In den beschriebenen Fällen ist die Erstreckung des GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbots auf Nur-Kommanditisten gerechtfertigt, da es ansonsten für die GmbH-Gesellschafter sehr leicht wäre, die Kapitalerhaltungsbestimmungen (zu ihren eigenen Gunsten) zu umgehen. Bei Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten ist daher jeder Einzelfall darauf zu untersuchen, ob ein Naheverhältnis besteht oder Kollusion vorliegt und ob der GmbH-Gesellschafter einen zumindest mittelbaren Vorteil erlangt. Nur dann liegt ein Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot des § 82 GmbHG vor.

Alle anderen Ausschüttungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH an Nur-Kommanditisten verstoßen nicht gegen § 82 GmbHG und sind daher zulässig²²⁰. Daraus folgt auch, dass diese Art der Einbeziehung von Nur-Kommanditisten in den Kapitalschutz der Komplementär-GmbH nicht verallgemeinerungsfähig ist und auch nicht als Begründungsbasis für die generelle Anwendung der Kapitalerhaltungsbestimmungen des GmbHG auf die Nur-Kommanditisten der KG dienen kann²²¹.

²¹⁸ Schopper, Tragung von Privataufwendungen durch die Kapitalgesellschaft – Haftung Dritter, *ecolex* 2006, 215, 218; Artmann in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ § 52 Rz 31; Koppensteiner/Rüffler, *GmbHG*³ § 82 Rz 18; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 167; Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz § 52 Rz 45; H.P. Westermann in *Scholz, GmbH-Gesetz* I¹⁰ § 30 Rz 40 f.

²¹⁹ Allgemein zur Kollusion bei Zuwendungen an Dritte zB OGH *ecolex* 1997, 360; OGH wbl 2004, 192 ff; Schopper, *ecolex* 2006, 218.

²²⁰ Insbesondere bei GmbH & Co KGs mit vielen Kommanditisten (Publikums-KG) wird regelmäßig keinerlei Naheverhältnis zwischen den Kommanditisten und den GmbH-Gesellschaftern bestehen.

²²¹ Bei der in Deutschland zulässigen Einheits-GmbH & Co KG ist die KG einzige Gesellschafterin der GmbH, weshalb die Kommanditisten auch den Willen der GmbH bilden. In diesem Fall gibt nur Nur-Kommanditisten

3.5. Exkurs: Erwerb der Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG

Gemäß § 81 GmbHG sind der Erwerb und die Pfandnahme eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft verboten und wirkungslos. Der hauptsächliche Zweck des Verbots des Erwerbs eigener Anteile durch die GmbH ist es, eine Minderung der Kapitalgrundlage der GmbH zu verhindern²²². Daneben soll es durch die Bezahlung des Abtretungspreises auch nicht zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) kommen. Die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des GmbHG²²³ führen dazu wörtlich folgendes aus:

„Die Rücksicht auf die ungeschmälerte Erhaltung des Stammkapitals erfordert auch besondere Bestimmungen über den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft. Die maßgebende Erwägung ist die, dass die GmbH, die zugleich ihr eigener Gesellschafter ist, eine juristisch widersinnige Erscheinung darstellt und dass es vom praktischen Standpunkt aus ungesund ist, wenn die Gesellschaft einen eigenen Geschäftsanteil besitzt, weil dies einer Herabsetzung des Stammkapitals gleichkommt, ohne dass die sonst hierfür verlangten Sicherheitsmaßnahmen Platz greifen ...“

Wäre es der GmbH gestattet eigene Geschäftsanteile zu erwerben, so wäre dieser Vorgang – Entgeltlichkeit vorausgesetzt – dazu geeignet, das Stammkapital der GmbH zu verringern, da die GmbH den Abtretungspreis an den oder die abtretenden Gesellschafter bezahlen müsste und dazu erforderlichenfalls auch das einbezahlte Stammkapital verwenden könnte²²⁴. Dies käme der Rückgewähr von Einlagen gleich und ist daher verboten (§ 82 Abs 1 GmbHG). Ein Teil der Lehre sieht den Zweck des § 81 GmbHG in der Erhaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens der GmbH, also nicht nur in Höhe des Stammkapitals²²⁵. § 81 GmbHG gehört wie § 82 GmbHG in den Gesamtbereich der Bestimmungen zur Kapitalerhaltung. Die Rückerstattungspflicht gemäß § 83 GmbHG ist auch anwendbar, wenn die Gesellschaft im Zusammenhang mit dem unzulässigen Erwerb eigener Anteile Leistungen an die Gesellschafter erbringt²²⁶.

und diese unterliegen zwingend dem Kapitalerhaltungsrecht des GmbHG, da ansonsten das Ausschüttungsverbot unwirksam wäre.

²²² Umlauf, Erwerb von Anteilen durch eine GmbH & Co KG an der eigenen Komplementär-GmbH, NZ 1989, 57 (58); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 1.

²²³ ErlBem zu dem Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften m. b. H. 236 der Beil zu den StenProt des Herrenhauses, XVII. Session 1904, 87 ff.

²²⁴ Umlauf, NZ 1989, 58; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 1 f.

²²⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 1; Umlauf, NZ 1989, 58.

²²⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 1, § 83 Rz 3.

Bei der GmbH & Co KG ieS stellt sich die Frage, ob die Kommanditgesellschaft Geschäftsanteile ihrer Komplementär-GmbH rechtsgültig erwerben kann. Könnte die GmbH & Co KG zulässigerweise Geschäftsanteile der eigenen Komplementär-GmbH erwerben, so würden diese zum Gesellschaftsvermögen der KG gehören. Das Gesellschaftsvermögen von OG und KG, also auch jenes der GmbH & Co KG, steht im Eigentum der Gesellschaft, da diese juristische Personen sind und selbständig vermögensfähig sind. Die Komplementär-GmbH ist gesamthänderisch am Vermögen der GmbH & Co KG beteiligt. Die Folge des Erwerbs von GmbH-Anteilen durch die KG wäre somit, dass die Komplementär-GmbH mittelbare Eigentümerin ihrer eigenen Anteile wird²²⁷. Ein derartiger Sachverhalt liegt sehr in tatbestandlicher Nähe von § 81 GmbHG²²⁸.

Ein – praktisch wohl häufig vorkommender Sonderfall – liegt dann vor, wenn die Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschafterin der GmbH & Co KG ist und damit nicht an deren Vermögen beteiligt ist²²⁹. Doch ändert auch dieser Fall nichts an der Frage, ob es durch den Erwerb von Anteilen an der Komplementär-GmbH durch die KG zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr bzw zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH kommen kann²³⁰. Für die Frage der Zulässigkeit des Erwerbs von Anteilen an der GmbH durch die KG ist vor allem zu beachten, dass die Komplementär-GmbH für Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG unbeschränkt haftet (§ 128 UGB). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Komplementärin reine Arbeitsgesellschafterin oder auch am Vermögen der GmbH & Co KG mitbeteiligt ist.

Erwirbt die Kommanditgesellschaft Geschäftsanteile an ihrer Komplementär-GmbH, so haftet neben der GmbH & Co KG auch die Komplementär-GmbH solidarisch für den Betrag, den der Erwerb der Anteile kostet²³¹. Die Komplementär-GmbH könnte daher aufgrund von § 128 UGB für den von der GmbH & Co KG zu leistenden Abtretungspreis in Anspruch genommen werden, was zu einer Verringerung ihres Kapitals führen würde. Die GmbH-Gesellschafter, die ihre Anteile gegen Leistung des Abtretungspreises verkaufen, könnten auf diese Weise ihre Einlage zurückerhalten. Ein ganz offensichtlicher Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) würde vorliegen, wenn die Komplementär-GmbH an

²²⁷ Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) 116 f; Umlauf, NZ 1989, 62; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 17; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 412 f; Weber/Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 355 ff.

²²⁸ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 17.

²²⁹ Umlauf, NZ 1989, 62; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 17.

²³⁰ Umlauf, NZ 1989, 62.

²³¹ Umlauf, NZ 1989, 62; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 17; Weber/Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 355 ff; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 161; Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 57 f.

der KG mit einer Kapitaleinlage beteiligt ist, da die GmbH-Gesellschafter dann durch den Anteilserwerb in jedem Fall – zumindest mittelbar – eine Ausschüttung aus dem Vermögen der GmbH erhielten. § 81 GmbHG will genau solche Vorgänge verhindern, weshalb das Verbot des Erwerbs eigener Anteile auch auf die GmbH & Co KG zu erstrecken ist²³². Wie auch bei der Kapitalerhaltung geht es darum, das Kapital der Komplementär-GmbH vor mittelbaren Beeinträchtigungen über den Umweg der KG zu schützen. Der entgeltliche Erwerb von Anteilen der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co KG ist daher grundsätzlich unzulässig. Dies gilt – der Ansicht von Umlauf²³³ folgend – auch dann, wenn die Komplementär-GmbH reine Arbeitsgesellschafterin ist.

Eine Ausnahme vom Verbot des entgeltliche Erwerbs der Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH durch die KG sollte aber für den Fall gemacht werden, dass der Erwerb nur zu Lasten vorhandener, ausschüttungsfähiger Gewinne der KG erfolgt und in der KG sodann eine Rücklage analog der Rücklage für eigene Anteile gemäß § 225 Abs 5 HGB (UGB) gebildet wird²³⁴. Die Verwendung von Gewinnen steht den Gesellschaftern grundsätzlich frei und in diesem Fall bestünde auch für die Komplementär-GmbH kein Risiko einer Beeinträchtigung ihres Kapitals.

Anders zu beurteilen ist der unentgeltliche Erwerb sowie der Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge²³⁵. Erwirbt die Kommanditgesellschaft Geschäftsanteile an ihrer Komplementär-GmbH auf unentgeltliche oder entgeltfreie Weise, so schlagen die aus § 81 GmbHG herrührenden Bedenken nicht durch.

Nach Ansicht von Umlauf²³⁶ ist der Erwerb von Anteilen an der Komplementär-GmbH durch die KG bei teleologischer Interpretation des § 81 GmbHG zulässig, wenn die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass es auf Grund eines solchen Erwerbes zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr iSd § 82 GmbHG oder zu einer Kapitalschwächung der Komplementär-GmbH kommt. Diese Voraussetzungen seien jedenfalls bei einem unentgeltlichen Erwerb erfüllt. Weiters müsse die Einlage auf den zu erwerbenden Anteil an der GmbH bereits voll eingezahlt sein und es dürfe durch den Erwerb auch nicht dazu kommen, dass die GmbH & Co KG Alleingesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH wird. Ein unentgeltlicher Erwerb sei daher wegen der Unmöglichkeit einer damit verbundenen

²³² Umlauf, NZ 1989, 62; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 17; Weber/Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 355 ff; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 161; Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 57 f.

²³³ Umlauf, NZ 1989, 62; siehe dazu auch Weber/Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 359.

²³⁴ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413.

²³⁵ Umlauf, NZ 1989, 62; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413.

²³⁶ Umlauf, NZ 1989, 62 ff.

verbotenen Rückgewähr von Einlagen bzw Kapitalschwächung der Komplementär-GmbH zulässig.

*Reich-Rohrwig*²³⁷ ist ebenfalls der Meinung, dass beim unentgeltlichen Erwerb sowie beim Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge die sich aus § 81 GmbHG ergebenden Bedenken gegen den Erwerb der Anteile an der Komplementär-GmbH durch die KG nicht greifen und der Erwerb daher zulässig sein soll. Die in den Gesetzesmotiven zu § 81 GmbHG²³⁸ geäußerte Ansicht, dass der Erwerb einer Herabsetzung des Stammkapitals gleichkomme, treffe beim unentgeltlichen oder entgeltfreien Erwerb nicht zu. Auch die Befürchtung, dass beim Erwerb eigener Anteile „dann in der Bilanz ein Vermögensgegenstand erscheint, der sich in der Folge den Gläubigern gegenüber als fiktiv erweisen kann“, könne durch Unterbleiben des Ansatzes der Anteile an der Komplementär-GmbH entkräftet werden. Zum Argument der EBRV, dass die KG als einziger Gesellschafter der Komplementär-GmbH eine „juristisch widersinnige Erscheinung darstellt“, gibt *Reich-Rohrwig*²³⁹ zu, dass sich dabei praktische Schwierigkeiten bei der Willensbildung in der GmbH ergeben können weil die GmbH & Co KG ieS durch ihre Komplementär-GmbH vertreten wird und somit die KG als Alleingesellschafterin der GmbH sich selbst vertreten würde. Jedoch hält er diese Form der GmbH & Co KG dennoch mit der Begründung für zulässig, dass es zumindest einen Kommanditisten gebe, der den Willen der GmbH & Co KG bilden kann. Die Komplementär-GmbH müsse in diesem Fall aber in Analogie zu § 65 AktG vom Stimmrecht ausgeschlossen sein. Eine weitere Möglichkeit wäre wohl, dass der Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH bereits vor dem Anteilserwerb durch die KG den Kommanditisten als GmbH-Geschäftsführer vorsieht.

Erwirbt die Kommanditgesellschaft alle Geschäftsanteile ihrer Komplementär-GmbH – sei es entgeltlich oder unentgeltlich – so entsteht eine Einheitsgesellschaft. Diese ist neben den erörterten Bedenken im Zusammenhang mit § 81 GmbHG nach Ansicht von *Jabornegg*²⁴⁰ auch deshalb nicht zulässig, weil nach § 161 Abs 1 HGB (§ 161 Abs 1 UGB) jede KG zwingend mindestens einen Komplementär benötigt. Materiell werde diesem Mindestanforderung aber nicht entsprochen, wenn der Komplementär eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der KG selbst ist. Eine solche Verschränkung überschreite daher von vornherein die zwingenden Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Dieser Ansicht ist

²³⁷ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 413.

²³⁸ ErlBem zu dem Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften m. b. H. 236 der Beil zu den StenProt des Herrenhauses, XVII. Session 1904, 87 ff.

²³⁹ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 414.

²⁴⁰ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 34.

besonders aus Gründen des Gläubigerschutzes zuzustimmen. Bei der Einheits-GmbH & Co KG wäre der Haftungsfonds der Gläubiger lediglich auf das Gesellschaftsvermögen der KG beschränkt. Die Komplementär-GmbH wäre Teil dieses Gesellschaftsvermögens. § 128 UGB hätte keinen Sinn mehr, da sich die Gläubiger neben dem Vermögen der KG nicht an einem davon getrennten Vermögen eines Komplementärs befriedigen könnten.

Darüber hinaus bestehen bei der Einheits-GmbH & Co KG – als Folgewirkung dieser Gesellschaftsform – auch kapitalerhaltungsrechtliche Bedenken bei Ausschüttungen an Kommanditisten. Bei dieser Gesellschaftsform wären alle Kommanditisten zwingend Nur-Kommanditisten, da die KG einzige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH wäre. Die Kommanditisten als einzige natürliche Personen der GmbH & Co KG wären in jedem Fall auch jene Personen, die den Willen der Gesellschaft bilden. Praktisch würden die Kommanditisten sinnvollerweise durch Gestaltung des Gesellschaftsvertrages als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH eingesetzt. Folgt man nun bei dieser Ausgangslage der Lösung, die diese Arbeit für die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG vorsieht, nämlich dass die Nur-Kommanditisten nicht in den Kapitalschutz der Komplementär-GmbH einzubeziehen sind, so würden erhebliche Lücken betreffend den Schutz sowohl der KG- als auch der GmbH-Gläubiger entstehen. Ein Nur-Kommanditist als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH könnte sich selbst ohne eine entsprechende Gegenleistung einen seine Haftsumme bei weitem übersteigenden Betrag aus der GmbH & Co KG auszahlen, ohne dass es sich um eine verbotene Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG handeln würde²⁴¹. Die Gesellschaftsgläubiger könnten dagegen zu ihrer Befriedigung lediglich die im Firmenbuch ausgewiesene Haftsumme des Kommanditisten geltend machen. Die Begründung dafür, die Nur-Kommanditisten nicht in den Kapitalschutz der Komplementär-GmbH einzubeziehen war vor allem die, dass diese als Gesellschafter nicht an der GmbH beteiligt sind und daher auch keinen Einfluss auf die Willensbildung dieser Gesellschaft haben. Dieses Argument fällt bei der Einheits-GmbH & Co KG weg. Bei der Einheits-GmbH & Co KG sind die Kommanditisten zumindest mittelbar auch als Gesellschafter der Komplementär-GmbH anzusehen. Sie bilden den Willen dieser Gesellschaft und werden in der Regel auch ihre Geschäfte führen. Die Kommanditisten der Einheits-GmbH & Co KG müssten aus Gläubigerschutzgründen daher wie Doppelgesellschafter einer normalen GmbH & Co KG i.e.S. behandelt werden. Das Verbot der Einlagenrückgewähr müsste dann auch auf jegliche Ausschüttungen aus der GmbH & Co KG angewendet werden, die mittelbar das Kapital der

²⁴¹ Ein Teil der Lehre vertritt allerdings die Meinung, dass die Haftung des Kommanditisten über das Ausmaß seiner Haftsumme hinaus auflebt, wenn er Ausschüttungen erhält, die seine Haftsumme übersteigen. Dazu Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395.

Komplementär-GmbH beeinträchtigen könnten. Die KG und im gleichen Umfang ihre Kommanditisten wären damit für die Erhaltung des Kapitals der Komplementär-GmbH verantwortlich. Anstatt einer derartigen Gesellschaftskonstruktion ist es für die Kommanditisten wohl sinnvoller eine einfache GmbH zu Gründen und dadurch ihre Haftung zu beschränken.

Die Zulässigkeit der Einheits-GmbH & Co KG ist vor allem wegen den von *Jabornegg* vorgebrachten Argumenten aber auch wegen den kapitalerhaltungsrechtlichen Folgeproblemen abzulehnen.

IV. Sonderthemen zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG

1. Eigenkapitalersatzrecht

Durch das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 (BGBl 2003/92) wurde das Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatzgesetz – EKEG) in Österreich eingeführt. Das EKEG trat am 1. Jänner 2004 in Kraft. Es ist auf Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2003 verwirklicht werden (§ 18 EKEG).

Ziel des Eigenkapitalersatzrechtes ist, ein angemessener Ausgleich zwischen der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter und den berechtigten Interessen der Gesellschaftsgläubiger.

Als Grundlage soll zuerst auf die Lehre und Rechtsprechung vor der Schaffung des EKEG, die sich stark am deutschen Recht orientierte, eingegangen werden und sodann die Rechtslage nach dem EKEG erörtert werden.

1.1. Eigenkapitalersatzrecht vor dem EKEG

1.1.1. Allgemeines zur Rechtsgrundlage

Ausgangspunkt bei der Problematik von Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterleistungen ist der Umstand, dass die Gesellschafter, anstelle einer sich in der Krise befindenden Gesellschaft neues Eigenkapital zuzuführen oder die Gesellschaft zu liquidieren, der Gesellschaft ein Darlehen gewähren, das sie dann kurz vor dem endgültigen Zusammenbruch noch schnell abziehen oder samt allfälligen Sicherheiten im Konkurs der Gesellschaft geltend machen, wodurch der ohnehin schon unzureichende Haftungsfonds für

die Gläubiger zu deren Lasten weiter geschmälert wird²⁴². Nach Ansicht von *Ostheim*²⁴³ wälzen die Gesellschafter dadurch ihr Finanzierungsrisiko über das vor allem bei der GmbH und der GmbH & Co KG ohnedies schon nicht unerhebliche Gläubigerrisiko hinaus zusätzlich auf die Gläubiger ab. Zur Darlehensfinanzierung sind die Gesellschafter in derartigen, durch Eigenkapitalmangel der Gesellschaft und hohes Finanzierungsrisiko gekennzeichneten Fällen meist nur deshalb bereit, weil sie sich davon eine Verbesserung der Situation des im eigenen Interesse betriebenen Unternehmens erwarten. Gleichzeitig möchten sie aber das Risiko aus der Zuführung neuen Kapitals soweit wie möglich auf die Fremdgäubiger abwälzen und wählen daher die Darlehensform.

Das Problem der Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen war in Deutschland bereits eingehend behandelt worden und es gab auch zahlreiche Judikatur des BGH zu diesem Thema. Da bei der GmbH die maßgeblichen Rechtsgrundlagen des Gläubigerschutzes des öGmbHG im wesentlichen jenen des dGmbHG entsprechen, sollten die in Deutschland entwickelten Regeln für Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen als Grundlage für ein österreichisches Eigenkapitalersatzrecht dienen.

In Deutschland gab es einen zweistufigen Schutz für Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen, nämlich die vom BGH entwickelten Regeln und die §§ 32a und 32b dGmbHG²⁴⁴. Die BGH Regeln beruhen auf der analogen Anwendung der §§ 30 (Rückzahlungsverbot der Stammeinlage) und 31 (Rückerstattungsanspruch der GmbH) dGmbHG. Sie binden Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen nur soweit, wie sie verlorenes Stammkapital oder eine über diesen Verlust hinaus bestehende Überschuldung abdecken²⁴⁵. Daneben gab es in Deutschland seit der dGmbHG-Novelle 1980 mit den §§ 32a und 32b spezielle Regelungen für Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen. Diese Normen setzten aber erst ein, wenn bei der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet war. Da der Gläubigerschutz der §§ 32a und 32b dGmbHG wesentlich hinter den Regeln des BGH zurück standen, wendete dieser weiterhin zusätzlich die §§ 30 f dGmbHG analog an²⁴⁶.

²⁴² *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 179; *Ostheim*, GesRZ 1989, 122; *Borns*, GmbH-Recht 33; *Straube*, Fachwörterbuch zum Handels- und Gesellschaftsrecht (2006) 69 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 51 ff; OGH 8. 5. 1991, 8 Ob 9/91, SZ 64/53.

²⁴³ *Ostheim*, GesRZ 1989, 122 f; so auch der OGH 8. 5. 1991, 8 Ob 9/91.

²⁴⁴ Aufgehoben mit dem Inkrafttreten des MoMiG am 1. 11. 2008, siehe dazu oben 2.1.1.

²⁴⁵ BGHZ 31, 258 ff = WM 1972, 74; BGHZ 67, 171; BGHZ 75, 334; BGHZ 76, 335 ua; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶ §§ 32a/b Rz 11.

²⁴⁶ BGHZ 90, 378 f; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶ §§ 32a/b Rz 10 ff.

Im österreichischen Recht fehlte eine den §§ 32a und 32b dGmbHG entsprechende Bestimmung, doch trat die Lehre²⁴⁷ einhellig dafür ein, die im deutschen Recht entwickelten Grundsätze auch in Österreich anzuwenden. Vor allem bezüglich der analogen Anwendung des Verbotes der Einlagenrückgewähr war allerdings zu beachten, dass § 82 GmbHG jede Leistung an einen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen verbietet, die nicht auf einem besonderen Rechtsgrund beruht oder bilanzmäßiger Reingewinn ist²⁴⁸, wogegen das Ausschüttungsverbot des § 30 dGmbHG erst eingreift, wenn dadurch eine Unterbilanz entsteht oder vergrößert wird. Hätte man in Österreich die §§ 82 f GmbHG auf Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen angewendet, dann hätte dies zur Folge gehabt, dass eine spätere Rückzahlung überhaupt ausgeschlossen gewesen wäre, wenn das Darlehen einmal als haftendes Eigenkapital qualifiziert worden wäre²⁴⁹.

*Ostheim*²⁵⁰ war daher für eine Analogie zu den Rückzahlungsvoraussetzungen für Nachschüsse gemäß § 74 GmbHG. Nach § 74 Abs 1 GmbH dürfen eingezahlte Nachschüsse nur an die Gesellschafter zurückgezahlt werden, soweit sie nicht zur Deckung eines bilanzmäßigen Verlustes am Stammkapital erforderlich sind. *Ostheim* argumentierte, dass nach der Absicht des Gesetzgebers Nachschüsse ein bewegliches Instrument zur Verstärkung des Betriebskapitals bilden und daher Eigenkapital darstellen. Sie würden aber nicht der strengen Bindung des Stammkapitals und der Stammeinlage unterliegen, sondern seien grundsätzlich rückzahlbar und damit insoweit mit Gesellschafterdarlehen vergleichbar. Würden nun die Gesellschafter von dem Finanzierungsinstrument der Nachschüsse keinen Gebrauch machen, sondern griffen wegen der damit verbundenen Vorteile stattdessen auf die „Quasi-Eigenfinanzierung“ durch Gesellschafterdarlehen zurück, so läge, wenn mit dieser Finanzierungsmethode für die Gläubiger die gleichen Gefahren verbunden sind, denen der Gesetzgeber bei der Rückzahlung von Nachschüssen vorbeugen wollte, eine Regelungslücke vor, die durch Analogie zu schließen sei.

²⁴⁷ Weber/Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 344 f; Ulmer, Zur GmbH-Reform in Österreich und Deutschland, GesRZ 1981, 193 (200); Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBl 1989, 1 ff, 43 (51); Ostheim, GesRZ 1989, 122 (131); Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 181, 184 f.

²⁴⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 5; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht¹ (1983) 647.

²⁴⁹ Ostheim, GesRZ 1989, 132.

²⁵⁰ Ostheim, GesRZ 1989, 132; Ostheim, WBl 1995, 219 ff; kritisiert wurde dieser Lösungsansatz von Koppensteiner, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, WBl 1997, 489 ff; Koppensteiner, GmbHG² § 74 Rz 14, 21.

Der OGH schloss sich dieser Ansicht ab 1990 in ständiger Rechtsprechung an²⁵¹. Zum Beispiel argumentiert der Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 8. 5. 1991, 8 Ob 9/91 folgendermaßen:

„Wenn im Falle der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft von einem Gesellschafter ein Darlehen gewährt wird, drängt sich eine Analogie zu den Rückzahlungsvoraussetzungen für Nachschüsse nach § 74 GmbHG auf. ... Daraus folgt, dass im Falle der Gewährung eines Darlehens durch einen Gesellschafter einer GmbH bei Kreditunfähigkeit der Gesellschaft dieses Darlehen dem Rückzahlungsverbot in Analogie des § 74 Abs 1 GmbHG unterliegt. Dieses Darlehen darf daher bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden. Diese Grundsätze gelten auch in der Insolvenz und in der Liquidation der Gesellschaft und führen dazu, dass Ansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger zurückzutreten haben. Erst wenn die übrigen Gläubiger befriedigt sind und in der Liquidation noch verteilungsfähiges Vermögen vorhanden ist, sind Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen vor Berechnung der allgemeinen Verteilungsquote zu befriedigen.“

Ein Teil der Lehre stand diesem Lösungsansatz aber sehr kritisch gegenüber²⁵². *Koppensteiner* kam in seinem Artikel „Kritik des Eigenkapitalersatzrechts“²⁵³ zu dem Ergebnis, dass die Einführung von Bestimmungen, die jenen der §§ 32a, b dGmbHG entsprechen, für Österreich höchst unzweckmäßig wäre. Auch die Übernahme der deutschen Rechtsprechungsgrundsätze zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen durch die österreichische Judikatur sei verfehlt. Einige wichtige Argumente Koppensteiners gegen das Eigenkapitalersatzrecht sollen im Folgenden kurz wiedergegeben werden.

Die analoge Anwendung der Regelung über Stammkapital-Nachschüsse auf Gesellschafterdarlehen sei verfehlt, da die Vorschriften über Nachschüsse weder explizit noch implizit etwas über die Behandlung von Gesellschafterdarlehen aussagen. Nachschüsse hätten eine am Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter ausgerichtete gesellschaftsvertragliche Basis. Sie seien samt den damit verbundenen Informationsmöglichkeiten für Gläubiger bilanzrechtlich gesondert zu berücksichtigen. Das

²⁵¹ SZ 64/53 = JAP 1991, 246 = WBl 1991, 391; OGH 20. 11. 1991, 1 Ob 617/91; OGH 27. 1. 1993, 9 Ob S 15/92; OGH 22. 12. 1993, 8 Ob 28/93; OGH GesRZ 1997, 254, SZ 69/208; ua.

²⁵² *Koppensteiner*, GmbHG § 74 Rz 11; *Koppensteiner*, WBl 1997, 489 ff; *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht – notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998); *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, ÖBA 1998, 601 ff.

²⁵³ *Koppensteiner*, WBl 1997, 489 ff.

Entstehen der Nachschusspflicht sei unabhängig davon, in welcher wirtschaftlichen Lage sich die Gesellschaft befindet. Dementsprechend würden die Materialien klar zwischen postlozierten Investitionsanlehen (Nachschüsse) und Gesellschafterdarlehen unterscheiden. Deutlicher könne nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass grundsätzlich verschiedene Sachverhalte vorliegen. Die Rechtsähnlichkeit der Tatbestände könne auch nicht damit begründet werden, dass in beiden Fällen eine zurechenbare Finanzierungsentscheidung des jeweiligen Gesellschafters vorliege²⁵⁴. Denn gewiss nicht jede Finanzierungsentscheidung ließe sich § 74 GmbHG zuordnen, so zB nicht die Darlehensgewährung außerhalb der Krise. Außerdem schaffe die Bilanzierung von Nachschüssen in der gesetzlich vorgesehenen Form einen Vertrauenstatbestand, der bei Gesellschafterdarlehen nicht vorliege.

Zu der Ansicht, dass die Gleichbehandlung bestimmter Gesellschafterdarlehen mit Einlagen deshalb gerechtfertigt sei, weil anstatt gebotener Kapitalzuführung ein Darlehen gewährt worden sei²⁵⁵, meint *Koppensteiner*, dass es dafür erstens keine normative Grundlage gibt und es zweitens auch keine Pflicht zu einer Kapitalerhöhung bei einer sich in der Krise befindenden Gesellschaft besteht.

Gegen die Annahmen, Gesellschafterdarlehen würden bei sonstiger Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft nur deshalb gewährt, weil sich die Kreditgeber davon die Rettung des eingesetzten Kapitals und des mit diesem verbundenen Gewinnpotentials erhofften, andererseits aber das Kreditrisiko möglichst gering halten wollten, argumentiert *Koppensteiner*, dass diese Erklärung schon deshalb nicht allgemein gültig sei, weil zB das Kreditrisiko außer Verhältnis zum (potentiellen) Wert der Beteiligung stehen kann. Außerdem könne das Motiv der Kreditgewährung – Rettung des Kapitals und geringes Kreditrisiko – nicht auf Gesellschafter beschränkt werden. Auch eine Bank, die nach entsprechendem Engagement außerhalb der Krise nach deren Eintritt weitere Darlehen gewährt, sei bemüht, neben Amortisierung und Verzinsung dieser Kredite früher zur Verfügung gestellte Mittel zu retten. Es sei nicht ersichtlich, warum ein causa societatis gewährter Kredit zu strengeren Rechtsfolgen führen soll als Darlehen, mit denen ebenfalls die Erhaltung des Vermögens angestrebt werde. Die Doppelrolle des Gesellschafters (Gesellschafter und Kreditgeber) sei nicht geeignet die behauptete Rechtsfolge – Behandlung des Darlehens als Eigenkapital – zu tragen. Denn bei Misslingen des Sanierungsversuchs verliere der betroffenen Gesellschafter den Wert seiner Beteiligung und aus dem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens werde eine Konkursforderung (bei Wegdenken des Eigenkapitalersatzrechts). Im Unterschied zu anderen Gläubiger müsse der Gesellschafter schon dadurch einen „Doppelnachteil“

²⁵⁴ So *Ostheim*, WBI 1995, 221.

²⁵⁵ Vgl zB BGHZ 81, 311, 314; BGHZ 90, 381, 388; BGH NJW 1995, 658; OGH WBI 1991, 398, 342.

akzeptieren. Eine Vergrößerung dieses Nachteils zu Gunsten anderer Gläubiger ließe sich nur von der Vorstellung her rechtfertigen, dass anstatt des Kredits eine Kapitalerhöhung geboten gewesen wäre. Das treffe aber nicht zu.

Zur Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft meint *Koppensteiner*, dass sich aus dem Erfordernis, die Gesellschaft mit einem (angemessenen) Mindeststammkapital auszustatten, keine darüber hinausgehende Kapitalausstattungspflicht der Gesellschafter ableiten lässt. Eine Gesellschafterpflicht, in der Krise zusätzliches Kapital zur Verfügung zu stellen, werde – soweit das Stammkapital voll eingezahlt wurde – ausdrücklich verneint²⁵⁶.

1.1.2. Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG

Auch bei der GmbH & Co KG diene als Grundlage der Überlegungen in Österreich die deutsche Rechtsprechung. Der BGH hat in seinem Grundsatzurteil BGHZ 60, 324 ff – betreffend das Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG – das Rückzahlungsverbot des § 30 Abs 1 dGmbHG auch auf die Kommanditisten der GmbH & Co KG unter der Voraussetzung ausgedehnt, dass diese gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind und dass durch die Auszahlung aus dem Vermögen der KG mittelbar auch das Vermögen der Komplementär-GmbH unter den Nennwert des Stammkapitals herabsinkt. Der BGH hat also das Rückzahlungsverbot von der GmbH & Co KG gewährten Eigenkapital ersetzenden Kommanditistendarlehen ursprünglich damit begründet, dass in diesen Rückzahlungen aus dem Vermögen der KG wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf das Vermögen der Komplementär-GmbH eine nach § 30 Abs 1 dGmbHG verbotene Einlagenrückgewähr liegen könne. Den Anspruch auf Rückgewähr gemäß § 31 dGmbHG hat der BGH für diesen Fall der KG und nicht der GmbH zugeordnet, weil diese lediglich Herstellung des früheren Zustandes und damit nur Leistung an die KG verlangen könnte²⁵⁷.

*Ostheim*²⁵⁸ war der Ansicht, dass wegen der weitgehenden Übereinstimmung der deutschen und österreichischen Rechtslage, die Erweiterung des Rückzahlungsverbots auf die GmbH & Co KG auch im österreichischen Recht übernommen werden sollte. Das

²⁵⁶ *Koppensteiner*, WBI 1997, 489 ff mwN.

²⁵⁷ BGHZ 60, 324 = GmbHR 1973, 163; BGHZ 69, 274; BGHZ 76, 328; siehe auch *Ostheim*, GesRZ 1989, 122, 173.

²⁵⁸ *Ostheim*, GesRZ 1989, 122, 173.

Rückzahlungsverbot sollte allerdings auch auf Kommanditisten angewendet werden, die nicht Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind. Die Grundlage zur Einbeziehung von Nur-Kommanditisten lieferten Teile der deutsche Lehre²⁵⁹ und in Ansätzen abermals die Grundsatzentscheidung BGHZ 60, 324 (329). Dort hat der BGH – allerdings im Zusammenhang mit dem Rückforderungsanspruch der KG – bereits ausgeführt, dass es den Gesellschaftern einer KG, in der eine GmbH mit garantiertem Haftungskapital und verschärften Konkursanmeldepflichten die Rolle eines persönlich haftenden Gesellschafters übernommen habe, nicht gleichgültig sein könne, wenn gegen das Erhaltungsgebot für das Stammkapital der GmbH verstoßen und damit auch unmittelbar die Existenz der KG gefährdet werde. Die KG trage wegen der gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung der Interessen auch gegenüber der GmbH und ihren Gesellschaftern eine Verantwortung dafür, dass nach GmbH-Recht unzulässige Zuwendungen aus ihrem Kapital ihrem Vermögen wieder zugeführt werden, um den früheren Zustand wieder herzustellen. Insbesondere hätten auch die Mitgesellschafter der KG – gleichgültig, ob sie zugleich der GmbH angehören oder nicht – wegen der Erhaltung der Kreditfähigkeit und der Existenz der Gesellschaft ein erhebliches eigenes Interesse sich auch selbst gegen verbotswidrige Ausschüttungen zu wenden und den begünstigten Gesellschafter notfalls im Wege der *actio pro socio* zwingen zu können, das KG-Vermögen wieder aufzufüllen.

Für *Ostheim*²⁶⁰ ist aus dieser Begründung deutlich ersichtlich, dass es dem BGH um die Erhaltung des Unternehmensvermögens, also des Eigenkapitals der KG ging. Der BGH sei allerdings in diesem Bestreben auf halbem Wege stehen geblieben, indem er die Beeinträchtigung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH und nicht eine Unterbilanz der KG als solcher zum Maßstab für das Eingreifen des Rückgewährverbotes gemacht hat. Dieser Ansatz zwinge aber nicht zur Beschränkung des Rückgewährverbotes auf Kommanditisten, die gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind. Die Verantwortung für die Erhaltung des Stammkapitals treffe nämlich nach Ansicht des BGH nicht nur die Gesellschafter der GmbH, sondern auch alle Kommanditisten ohne Rücksicht auf eine allfällige Doppelmitgliedschaft.

Der BGH hat dies auch in seinem Grundsatzurteil BGHZ 110, 342 = NJW 1990, 1725 bestätigt, indem er festlegte, dass der Rückgewähranspruch der GmbH & Co KG gemäß § 31 dGmbHG auch auf Rückzahlungen eines Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens an einen Nur-Kommanditisten anzuwenden ist.

²⁵⁹ Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹², §§ 32 a, b Rz 9; K. Schmidt, GmbHR 1989, 143 f.

²⁶⁰ Ostheim, GesRZ 1989, 174.

In der österreichischen Lehre und Judikatur herrschte Einigkeit aber nur darüber, nach deutschem Vorbild die Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen unter Anwendung der Rückzahlungssperre gemäß § 74 GmbHG auch auf die GmbH & Co KG zu erstrecken²⁶¹. Demnach war ein Kredit, den ein – auch an der Komplementär-GmbH beteiligter – Kommanditist der GmbH & Co KG gewährte, unter gewissen Voraussetzungen so zu behandeln wie ein Eigenkapital ersetzender Kredit an eine GmbH. Erforderlich war, dass der Gesellschaft keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter angehört, weiters, dass die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens auch das Stammkapital der Komplementär-GmbH beeinträchtigt, sei es, dass diese am Vermögen der KG beteiligt ist oder dass ihr Regressanspruch gemäß § 110 HGB gegen die KG im Fall einer Inanspruchnahme nach § 128 HGB nicht mehr vollwertig ist²⁶². Begründet wurde dieser Standpunkt damit, dass einen Kommanditisten (der auch Gesellschafter der GmbH ist) unter den beschriebenen Voraussetzungen auch eine Finanzierungsverantwortung gegenüber der Komplementär-GmbH treffen würde²⁶³.

*Koppensteiner*²⁶⁴ war dagegen der Ansicht, dass es nicht darauf ankommen kann, ob durch die Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens das Vermögen der Komplementär-GmbH unter den Betrag des Stammkapitals herabsinkt. Ausschlaggebend war für ihn vielmehr, ob auch die Komplementär-GmbH im Zeitpunkt der Kreditzusage unfähig ist, von Dritten ein Darlehen zu marktüblichen Bedingungen zu erhalten und ob dieser Zustand bei Tilgung des Darlehens fort dauert. Nach *Koppensteiner* sollte also das Kriterium für die Rückzahlbarkeit des Eigenkapital ersetzenden Darlehens die Wiederherstellung der Kreditfähigkeit der Gesellschaft sein.

Bei Darlehensgewährung durch einen nicht auch an der Komplementär-GmbH beteiligten Kommanditisten war die Rechtslage allerdings umstritten²⁶⁵. Insbesondere für eine Ausdehnung der Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen auf Nur-Kommanditisten in der GmbH & Co KG waren *Ostheim* und *K. Schmidt*²⁶⁶. Dies wurde damit begründet, dass die Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen auf die

²⁶¹ *Koppensteiner*, GmbHG² § 74 Rz 19; *Ostheim*, GesRZ 1989, 122, 173 ff; *ders*, WBl 1995, 219, 222 f; *K. Schmidt*, GesRZ 1993, 66, 86 (90); OGH 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96 b = SZ 69/166; OGH WBl 1998, 316.

²⁶² *Koppensteiner*, GmbHG² § 74 Rz 19; *Ostheim*, GesRZ 1989, 125, 173 ff.

²⁶³ *Koppensteiner*, GmbHG² § 74 Rz 19; *Ostheim*, GesRZ 1989, 125, 173 ff; anders freilich *Karollus*, ecolex 1996, 860 ff.

²⁶⁴ *Koppensteiner*, GmbHG² § 74 Rz 19, 14; beachte aber dessen Kritik am Eigenkapitalersatzrecht in WBl 1997, 489 ff.

²⁶⁵ *Kastner* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 701 ff, 712 f, 715 ff; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶ § 30 Rz 50; *Hachenburg/Ulmer*, Kommentar zum GmbHG⁸ (1992, 1997) § 32 a, b Rz 195; OGH ecolex 1998, 331, SZ 69/166; *Koppensteiner*, GmbHG § 74 Rz 19.

²⁶⁶ *Ostheim*, GesRZ 1989, 122, 173 ff; *ders*, WBl 1995, 222 f; *K. Schmidt*, GesRZ 1993, 90.

GmbH & Co KG als solche und damit auf alle ihre Gesellschafter anzuwenden seien²⁶⁷. Es gehe nämlich um die Erhaltung des Unternehmensvermögens, also des Eigenkapitals der KG, zumal dieses und nicht das Stammkapital der GmbH den primären Haftungsfonds für die Gläubiger der GmbH & Co KG bilde. Dieser Schritt war für die zitierten Autoren insofern geboten, als argumentiert wurde, dass auch die Nur-Kommanditisten eine Finanzierungsverantwortung gegenüber der GmbH & Co KG hätten. Die Finanzierungsverantwortung eines Gesellschafters könne sich aber sinnvoll nur auf das Vermögen jener Gesellschaft beziehen, der er als Gesellschafter angehört. Befürwortet man die Einbeziehung der Nur-Kommanditisten in den Anwendungsbereich der Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen, so ist die Anwendung dieser Regeln auf die GmbH & Co KG als solche wohl eine schlüssige Lösung, zumal diese Kommanditisten eben nur an der KG beteiligt sind. Diese Rechtsansicht wurde in der Folge auch in das EKEG übernommen (§ 11 EKEG).

Zusammengefasst bedeutete diese Ansicht für das österreichische Recht folgendes²⁶⁸:

- Die Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Darlehen unter Einschluss der Rückzahlungssperre gemäß § 74 GmbHG sind auf die GmbH & Co KG als Kommanditgesellschaft anzuwenden. Es kommt nicht darauf an, ob der Kredit gebende Gesellschafter einen Anteil an der Komplementär-GmbH hält oder ob er Nur-Kommanditist ist.
- Wird ein Eigenkapital ersetzendes Darlehen entgegen der Rückzahlungssperre aus dem Vermögen der GmbH & Co KG zurückgezahlt, so steht der KG ein Rückzahlungsanspruch zu.

*Koppensteiner*²⁶⁹ lehnte die Einbeziehung des Nur-Kommanditisten nach der damaligen Rechtslage mit dem Argument ab, dass als Folge der Haftungsstruktur der KG den Kommanditisten gegenüber der GmbH & Co KG keine Finanzierungsverantwortung trifft. Die Ableitung von Sonderregeln für Kapital ersetzende Gesellschafterleistungen bei der GmbH aus den immanenten Grenzen von § 61 Abs 2 GmbHG versage gegenüber Darlehen, die der Nur-Kommanditist der KG gewähre und zwar auch dann, wenn die einzige Komplementärin eine GmbH sei²⁷⁰.

²⁶⁷ Siehe dazu auch OGH 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96 b = SZ 69/166.

²⁶⁸ K. Schmidt, GesRZ 1993, 90.

²⁶⁹ Koppensteiner, GmbHG § 74 Rz 19.

²⁷⁰ Beachte wiederum die Kritik *Koppensteiners* am Eigenkapitalersatzrecht in WBl 1997, 489 ff.

1.2. Eigenkapitalersatz nach dem EKEG

1.2.1. Allgemeines zum EKEG

Das Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) ist seit 1. Jänner 2004 in Kraft. Die darin enthaltene gesetzliche Regelung des Eigenkapitalersatzrechts knüpft an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze an, wobei aber gewisse Einschränkungen vorgenommen wurden, um einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Kredit gebenden Gesellschaftern einerseits und den Gläubigern der vom EKEG erfassten Gesellschaften andererseits zu schaffen²⁷¹.

Die weitgehende Beibehaltung des Eigenkapitalersatzrechts beruhte ursprünglich auf der Überlegung, dass es für den Gläubigerschutz insgesamt positiv war²⁷². Die positiven Auswirkungen für den Gläubigerschutz sind besonders klar ersichtlich, wenn die Gesellschafter ein Eigenkapital ersetzendes Darlehen schon vergeben haben: Durch die Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG) steigt dann die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung, und für den Fall des Scheiterns erhöht sich durch die Nichtberücksichtigung der Gesellschafter wenigstens noch die Konkursquote für Drittgläubiger²⁷³.

Zu erwähnen ist, dass aus den Gesetzesmaterialien aber ausdrücklich hervorgeht, dass für die Gesellschafter grundsätzlich Finanzierungsfreiheit besteht. Demnach bleibe es den Gesellschaftsorganen überlassen zu beurteilen, welche Finanzierungsform die betriebswirtschaftlich sinnvollste ist²⁷⁴. Beispielsweise werden Gesellschafterkredite als wesentlich flexibleres Finanzierungsinstrument als eine Kapitalerhöhung eingestuft, weil sie bei Bedarf auch kurzfristig eingesetzt werden können, um die Liquiditätssituation zu verbessern. Deshalb ist die Darlehensfinanzierung trotz Eigenkapitalersatzrecht sehr beliebt²⁷⁵.

Man war letztlich auch der Ansicht, dass das Eigenkapitalersatzrecht den Gesellschaftern zumutbar sei²⁷⁶. *Dellinger*²⁷⁷ begründet dies damit, dass die Gesellschafter,

²⁷¹ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 57.

²⁷² *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 1 Rz 9; *Dellinger*, Ministerialentwurf zum EKEG – Grundlagen und Überblick, *ecolex* 2002, 316 (317).

²⁷³ Siehe dazu näher *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 1 Rz 9.

²⁷⁴ BGBl I 2003/92; EBRV 124 Blg stProt NR 22. GP.

²⁷⁵ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 57; Reich-Rohrwig, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, *GesRZ* 2001, 69.

²⁷⁶ Näher *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 1 Rz 10; *Dellinger*, *ecolex* 2002, 317 f.

²⁷⁷ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 1 Rz 10.

wenn sie die Krise erkennen und ihrer Gesellschaft in dieser Situation Kredit gewähren, dies regelmäßig in der Absicht täten, ihr das Überleben zu ermöglichen. Wobei der geeignete Weg dazu die gleichzeitige Abgabe einer Rangrücktrittserklärung wäre. Das Eigenkapitalersatzrecht substituieren lediglich diese Rangrücktrittserklärung im Verhältnis zu den außenstehenden Gesellschaftsgläubigern. Durch das Eigenkapitalersatzrecht werde im Übrigen die sonst vor allem den Organwaltern aufgebürdete Last des Gläubigerschutzes zum Teil wieder auf jene umverteilt, die den Gewinn aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ziehen²⁷⁸. Zugleich würden die Gesellschafter durch die Umqualifizierung ihrer Finanzierungsleistungen vor der sehr viel schmerzhafteren Konsequenz einer Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung bewahrt²⁷⁹.

Wichtige Elemente des EKEG²⁸⁰:

- Nach § 1 EKEG ist ein Kredit, den ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, Eigenkapital ersetzend. Die einzelnen Elemente dieses Grundtatbestandes werden in den folgenden Paragraphen erklärt und präzisiert. Anders als bisher wird nach dem EKEG daher nicht mehr auf die „Kreditunwürdigkeit“ als Tatbestandsmerkmal abgestellt, sondern es werden in § 2 EKEG genaue Kriterien für das Eintreten einer Krise festgelegt.
- Eine Krise ist gemäß § 2 EKEG eingetreten, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig (§ 66 KO) oder überschuldet ist oder die Kennzahlen des § 22 URG verwirklicht sind, dh die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8 Prozent beträgt und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) über 15 Jahren liegt. Für den letzten Fall sind gemäß § 2 Abs 2 EKEG noch weitere Voraussetzungen erforderlich.
- Das EKEG setzt einen weiten Kreditbegriff voraus, schränkt aber die erfassten Kredite ein: Gemäß § 3 Abs 1 Z 1 und 2 werden kurzfristige Überbrückungskredite bis zu 60 Tagen und Warenkredite bis zu sechs Monaten nicht erfasst. Die Sechsmonatsfrist verlängert sich noch in Branchen, in denen die Vereinbarung längerer Zahlungsziele üblich ist (§ 3 Abs 2 EKEG). Generell vom EKEG ausgenommen ist außerdem das Stehenlassen oder die Verlängerung eines vor der Krise gewährten Kredits in der Krise (§ 3 Abs 1 Z 3).

²⁷⁸ Dazu *Dellinger*, ÖBA 1998, 604; OGH 7 Ob 2339/96 p ÖBA 1998, 488 = RdW 1998, 191.

²⁷⁹ Dazu OGH 8 Ob 629/92 EvBl 1995/144, 697; *Dellinger*, ÖBA 1998, 604.

²⁸⁰ Dazu *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 58 ff; *Reich-Rohrwig*, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, eolex 2004, 106 ff; *Niederberger*, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, GeS 2003, 424 ff.

- Das EKEG ist gemäß § 4 auf Kapitalgesellschaften (AG, GmbH), GenmbH und Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, dh insbesondere Kapitalgesellschaften & Co KG, anwendbar. Es gilt unter bestimmten Voraussetzungen auch für atypisch stille Gesellschaften, bei denen eine der aufgezählten Gesellschaften Geschäftsinhaber und der atypisch stille Gesellschafter am Geschäftsinhaber selbst nicht beteiligt ist (§ 10 Abs 2 EKEG)²⁸¹.
- § 5 EKEG schränkt das Eigenkapitalersatzrecht auf jene Gesellschafter ein, die an der Gesellschaft entweder eine Kapitalbeteiligung von mindestens 25 % oder eine kontrollierende Beteiligung besitzen. Erfasst wird zudem jeder, dh auch ein Nichtgesellschafter, der einen beherrschenden Einfluss gleich einem Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, ausübt (§ 5 Abs 1 Z 3). Der Begriff der „kontrollierenden Beteiligung“ wird in § 5 Abs 2 näher definiert.
Allerdings gelten nach den §§ 6 bis 10 EKEG unter gewissen Voraussetzungen auch noch andere Personen als Gesellschafter im Sinne des § 1 EKEG, nämlich zusammenwirkende Kleingesellschafter (§ 6), Treugeber (§ 7), mittelbar Beteiligte (§ 8), Konzernschwestern (§ 9 Abs 1) und Gesellschaften mit identischen Gesellschaftern (§ 9 Abs 2) sowie stille Gesellschafter (§ 10).
- Gemäß § 11 erfasst das EKEG auch Kreditgewährungen eines Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft, wenn bei der GmbH & Co KG kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Dies ist eine ergänzende Spezialregelung mit der Kredite, die der Komplementärgesellschaft von einem an ihr nicht beteiligten Nur-Kommanditisten gewährt werden, einem der KG gewährten Kredit gleichgestellt werden. Im Gegensatz zu den §§ 6-10 erfolgt in § 11 aber keine direkte Erweiterung des Adressatenkreises des EKEG. Nach dem Wortlaut soll der Nur-Kommanditist nicht als erfasster Gesellschafter gelten, sondern nur der von ihm an die Komplementärgesellschaft gewährte Kredit so behandelt werden, als hätte er ihn direkt an die KG geleistet.
- Trotz seiner Gläubigerschutzfunktion soll das EKEG die Sanierung von Unternehmen in der Krise nicht unnötig erschweren. Deshalb ist der Anteilserwerb zur Sanierung und die Neugewährung von Krediten durch einen neuen Gesellschafter im Rahmen eines Sanierungskonzepts vom Eigenkapitalersatzrecht ausgenommen.
- Die in § 14 EKEG normierte Rückzahlungssperre regelt die Rechtsfolgen der Beurteilung eines Kredites als Eigenkapital ersetzend außerhalb eines

²⁸¹ Dazu schon OGH ecolex 1996, 863 = Rdw 1996, 526 (577).

Insolvenzverfahrens. Darin wird bestimmt, dass der Gesellschafter den Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern darf, solange die Gesellschaft nicht saniert ist. Sanierung tritt ein, sobald die Gesellschaft weder zahlungsunfähig noch überschuldet ist noch Reorganisationsbedarf besteht. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen und durch die Rückzahlung des Kredits darf auch keiner dieser Umstände eintreten. Mit dem Zeitpunkt der Sanierung tritt Entsperrung ein. Hat der Gesellschafter verbotswidrig Befriedigung erlangt, so muss er die erhaltene Zahlung rückerstatten.

1.2.2. Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG nach dem EKEG

Das Eigenkapitalersatzgesetz erfasst gemäß seinem § 4 Z 3 Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Der Kredit eines Gesellschafters der GmbH & Co KG (ieS) an die KG ist daher bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen (Krise der Gesellschaft, Kreditgeber als erfasster Gesellschafter) bereits nach dem Grundtatbestand des § 1 EKEG tatbestandsmäßig. Ob der Kredit von der Komplementär-GmbH oder von einem Kommanditisten gewährt wird, und ob der Kommanditist auch Gesellschafter der Komplementärin ist, ist dabei unerheblich. Maßgeblich ist lediglich, dass der Kreditgeber ein vom EKEG erfasster Gesellschafter der GmbH & Co KG ist. Dies ist der Fall, wenn er kontrollierend (§ 5 Abs 1 Z 1) oder vermögensmäßig mit mindestens 25 % Kapitalanteil (§ 5 Abs 1 Z 2) an der KG beteiligt ist oder nach § 6 EKEG in Absprache oder Abstimmung mit anderen Gesellschaftern vorgeht und dadurch die Kriterien des § 5 EKEG erfüllt²⁸². Unter den Voraussetzungen des § 8 EKEG sind auch Kredite, die ein Gesellschafter der Komplementär-GmbH der KG in der Krise gewährt vom Eigenkapitalersatzrecht erfasst²⁸³.

Als Ergänzung der vom EKEG in den §§ 5 bis 10 direkt erfassten Gesellschafter, stellt die „Sonderbestimmung“ des § 11 EKEG einen Kredit, den ein Kommanditist einer Kapitalgesellschaft & Co KG, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, der Komplementärgesellschaft gewährt, einem der KG gewährten Kredit

²⁸² Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 11 Rz 1; Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz, § 11 Rz 3 f; Artmann, Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG, RdW 2005, 337.

²⁸³ Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 11 Rz 6; Artmann, RdW 2005, 337.

gleich. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf Kommanditisten, die an der Komplementärgesellschaft entweder gar nicht beteiligt sind oder zwar auch Gesellschafter der Komplementärin sind, aber nur eine so geringe Beteiligung haben, dass sie vom EKEG nicht erfasst werden²⁸⁴. In den Materialien²⁸⁵ wird die Gleichstellung damit begründet, dass die kritische finanzielle Situation einer Kapitalgesellschaft & Co KG nicht nur durch Leistungen an die Kommanditgesellschaft verbessert werden kann, sondern auch mittelbar durch Zuführung von Liquidität an die Komplementärgesellschaft, weil diese für alle Verbindlichkeiten der KG nach §§ 161 Abs 2 iVm 128 HGB haftet.

§ 11 EKEG verfolgt den Zweck, Umgehungen zu verhindern, die dadurch begangen werden, dass der Kredit nicht der vom EKEG unmittelbar erfassten Personengesellschaft gewährt wird, sondern ihrer Komplementärgesellschaft, an der der Nur-Kommanditist nicht (in ausreichendem Umfang) beteiligt ist. Ein derartiger Kommanditist könnte bei Kreditgewährung an die Komplementärgesellschaft nämlich auch nicht im Wege des § 6 EKEG vom Eigenkapitalersatzrecht erfasst werden, da § 6 neben der Absprache oder Abstimmung eine Kreditgewährung durch einen Gesellschafter voraussetzt²⁸⁶.

Der Nur-Kommanditist soll nach dem Wortlaut des § 11 EKEG auch nicht als vom EKEG erfasster Gesellschafter gelten, sondern lediglich die Kreditgewährung an die Komplementärgesellschaft so behandelt werden, als wären die Gelder unmittelbar der KG zugeflossen²⁸⁷. Demnach erfasst § 11 EKEG entgegen seinem zu weit gefassten Wortlaut nur jene Kommanditisten, die in Bezug auf die KG die Voraussetzungen des § 5 EKEG (oder jene der nachfolgenden Sondertatbestände) erfüllen²⁸⁸.

Für die eigenkapitalersatzrechtliche Erfassung des der Komplementär-GmbH gewährten Kredits ist es nach einhelliger Auffassung in der Literatur²⁸⁹ ausreichend, wenn bei der Kommanditgesellschaft eine Krise iSd § 2 EKEG vorliegt. Befindet sich die KG in der Krise, schlägt deren Krise gemäß § 11 EKEG auf den der Komplementär-GmbH gewährten Kredit durch und zwar unabhängig davon, ob sich diese auch in einer Krise iSd § 2 EKEG befindet. In der Praxis hängt die wirtschaftliche Lage der Komplementär-GmbH regelmäßig eng mit jener der KG zusammen, da Komplementärgesellschaften zumeist nicht selbst

²⁸⁴ Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 6.

²⁸⁵ EBRV 124 BlgNR 22. GP 11.

²⁸⁶ Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 11 Rz 2; Artmann, RdW 2005, 337.

²⁸⁷ Artmann, RdW 2005, 337 f; Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 6; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 11 Rz 4.

²⁸⁸ Karollus, Persönlicher Anwendungsbereich des EKEG, in Dellinger/Keppert, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 112 f; Artmann, RdW 2005, 337 f; Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 6.

²⁸⁹ Karollus in Dellinger/Keppert, Eigenkapitalersatzrecht 112 f; Artmann, RdW 2005, 338; Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 8; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 11 Rz 4.

unternehmerisch tätig sind. Ist dies der Fall, dann wird sich neben der KG immer auch die Komplementär-GmbH in der Krise befinden, nachdem sie ja für die Verbindlichkeiten der KG unbeschränkt haftet. Dies ist wohl auch der praktische Hauptanwendungsfall des § 11 EKEG, bei dem der Kredit des Nur-Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft so zu behandeln ist, als wäre er direkt der KG gewährt worden²⁹⁰.

Probleme könnten sich bei dieser Konstellation dann ergeben, wenn die Komplementär-GmbH eigenständige unternehmerische Tätigkeiten ausübt und diese unter Umständen ein viel größeres Volumen haben als die unternehmerische Tätigkeit der KG²⁹¹. Würde ein Nur-Kommanditist der Komplementärgesellschaft in dieser Situation einen Kredit für ein Projekt gewähren, das von der KG-Beteiligung völlig unabhängig ist, dann würde er im Hinblick auf diesen Kredit an die Komplementär-GmbH tatsächlich die Stellung eines unabhängigen Dritten einnehmen. Nach dem Wortlaut des § 11 EKEG ist aber auch dieser Kredit der KG zuzurechnen, falls sie sich in der Krise befindet. Das bedeutet einerseits, dass die Zurechnung auch eintritt, wenn die Komplementär-GmbH über ein ausreichendes Vermögen verfügt, um eine Krise der KG – durch Passivierung der Haftungsansprüche gegenüber den Gläubigern der KG – ausgleichen zu können ohne selbst in eine unmittelbare Krise zu geraten, und andererseits, wenn die vom Nur-Kommanditisten zugeführte Liquidität auch anderweitig verwendet werden kann. *Artmann*²⁹² vertritt für diesen Fall die Ansicht, dass dem Nur-Kommanditisten die Möglichkeit offen stehen sollte, zu beweisen, dass sein Kredit an die Komplementär-GmbH für Unternehmensbereiche eingesetzt wird, die mit der Beteiligung an der KG nichts zu tun haben. In diesem Fall würde der Nur-Kommanditist nämlich tatsächlich die Rolle eines unabhängigen Dritten gegenüber der GmbH einnehmen.

Dieser Kritik an § 11 EKEG ist grundsätzlich zuzustimmen. Würde § 11 EKEG nicht existieren, dann gäbe es mE keine schlagkräftigen Argumente für die Zurechnung des Kredits, den ein Nur-Kommanditist der unternehmerisch tätigen Komplementär-GmbH gewährt, an die KG. Hat der Kommanditist seine Hafteinlage vollständig eingezahlt, dann ist er gegenüber der KG zu keinerlei Nachschüssen verpflichtet. Dass der Kredit eines Nur-Kommanditist an die nur mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital ausgestattete, unternehmerisch selbst nicht tätige Komplementär-GmbH einer sich in der Krise befindlichen GmbH & Co KG ieS als Eigenkapital ersetzend gewertet wird, ist schlüssig zu begründen, da die Gesellschaften tatsächlich eine wirtschaftliche Einheit bilden. Argumentiert wird dabei, dass der Kommanditist gegenüber der KG eine Finanzierungsverantwortung hat, die nicht umgangen

²⁹⁰ Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 7 f.

²⁹¹ Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 8; *Artmann*, RdW 2005, 339.

²⁹² *Artmann*, RdW 2005, 339.

werden soll. Gegenüber der unternehmerisch selbständigen Komplementär-GmbH hat der Nur-Kommanditist aber sicherlich keine Finanzierungsverantwortung, zumal er ja gar kein Gesellschafter dieser Gesellschaft ist. Verfügt die Komplementär-GmbH nun über ausreichendes Kapital um die Krise der KG abzufangen, ohne selbst in eine Krise zu gelangen, dann kann man auch nicht mehr von einer Umgehung des Eigenkapitalersatzrechts sprechen, wenn die GmbH von einem Nur-Kommanditisten einen Kredit erhält. § 11 EKEG ist als Sonderbestimmung für den Kapitalschutz der KG konzipiert und sollte daher auch nur greifen, wenn die Komplementärin nicht mehr im Stande ist, die Krise der KG auszugleichen. Für den Fall, dass die Komplementär-GmbH auch in eine Krise gerät, könnte man als Kompromiss immer noch eine Regelung einführen, die den Kredit des Nur-Kommanditisten dann als gegenüber der KG Eigenkapital ersetzend umqualifiziert.

Keine Einigkeit besteht in der Literatur über die Frage, ob es für die Sperre eines einem Kommanditisten gewährten Kredits ausreicht, wenn der (in der Praxis wohl) seltene Fall auftritt, dass sich nur die Komplementär-GmbH – nicht aber die KG – in der Krise befindet. *Karollus*²⁹³ ist der Ansicht, dass eine Krise nur bei der Komplementär-GmbH genügt um den Kredit des Kommanditisten als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren. Fraglich ist hier allerdings, ob man einem Nur-Kommanditisten – obwohl er nicht Gesellschafter der Komplementärin ist – einfach den aufgestellten Jahresabschluss der Komplementär-GmbH iSd § 2 Abs 2 EKEG zurechnen kann oder ob man diesbezüglich nicht zumindest die Kenntnismöglichkeit des Jahresabschlusses der für ihn fremden Gesellschaft voraussetzen müsste.

Für *Schopper*²⁹⁴ spricht der Wortlaut des § 11 EKEG dagegen, dass eine Krise nur bei der Komplementär-GmbH für eine Erfassung des Kredits des Nur-Kommanditisten an diese Gesellschaft ausreicht. Der Kredit solle nach dem Wortlaut des § 11 EKEG einem direkt der KG gewährten Kredit gleich stehen. Da sich die KG aber in diesem Fall nicht in der Krise befinde, sei ein Kredit des Kommanditisten direkt an die KG auch nicht vom Grundtatbestand erfasst. Auch teleologische Überlegungen sprechen nach Ansicht von *Schopper* dafür, dass die alleinige Krise der Komplementär-GmbH nicht für eine Erfassung ausreicht. Letztlich gehe es in § 11 EKEG um einen mittelbaren Kapitalschutz der KG, der jedoch nicht greife, wenn sich diese nicht in der Krise befindet.

²⁹³ *Karollus* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 112 f.

²⁹⁴ *Schopper* in *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz § 11 Rz 9.

*Dellinger*²⁹⁵ hält lediglich fest, dass die Gleichstellung des der Komplementärgesellschaft gewährten Kredits mit einem der KG gewährten Kredit nicht zugleich die Fiktion enthält, dass es sich nicht mehr um einen der Komplementärin gewährten Kredit handeln würde. Deshalb könne bei einer dem § 5 Abs 1 EKEG entsprechenden Beteiligung des Kommanditisten an der Komplementär-GmbH auch deren Krise zur Behandlung des Kredits als Eigenkapital ersetzend führen. Dieser Fall wird auch bereits vom Grundtatbestand des § 1 EKEG erfasst, ohne dass es auf die zusätzliche Stellung des Gesellschafters der Komplementärgesellschaft als Kommanditist noch ankommt²⁹⁶.

Für *Artmann*²⁹⁷ hängt die Frage, ob die alleinige Krise der Komplementärin ausreicht, um einen Kredit des Nur-Kommanditisten an diese als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren, von der strittigen Frage ab, auf welcher Ebene der Kapitalschutz in der GmbH & Co KG ansetzen soll. Mit der Einbeziehung der GmbH & Co KG in den Kreis der erfassten Gesellschaften iSd § 4 EKEG ohne entsprechende Sonderbestimmung, wonach es für die Umqualifizierung auf die Vermögenslage der Komplementärgesellschaft ankommen solle, habe sich der Gesetzgeber jedenfalls bei der Kreditgewährung an die KG selbst dafür entschieden, die bereits in anderen gesetzlichen Spezialvorschriften (§ 67 KO, §§ 221 Abs 5 und 244 Abs 3 UGB) zum Ausdruck kommende Gleichstellung der GmbH & Co KG (ieS) mit den Kapitalgesellschaften fortzuschreiben und für die Umqualifizierung des Kredits der Kommanditisten allein auf die Krise der KG abzustellen. Demnach folge der Gesetzgeber – jedenfalls soweit es um die Kreditgewährung an die KG selbst geht – jener Auffassung in der Literatur²⁹⁸, der sich auch der OGH²⁹⁹ angeschlossen habe, und die bereits bisher den Kapitalschutz bei der KG selbst ansetzt, ohne dass es auf die wirtschaftliche Lage der Komplementärgesellschaft ankommt. Betrachte man § 11 EKEG als reine Umgehungsnorm zugunsten der Kommanditgesellschaft, was insbesondere aus den Materialien hervorgehe, so seien Gründe, die für eine zusätzliche Berücksichtigung der Vermögenslage der Komplementärgesellschaft sprechen würden, nicht unmittelbar ersichtlich. Zwar bestehe zwischen der KG und ihrer Komplementärin insofern eine wirtschaftliche Einheit, als sich jede Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens der KG auch auf das Vermögen der GmbH, sei es in Form einer Entwertung der Beteiligung oder über die Haftung nach § 128 iVm § 161 Abs 2 UGB auswirke, umgekehrt könne aber davon, dass sich eine Stärkung der

²⁹⁵ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz § 11 Rz 5.

²⁹⁶ *Artmann*, RdW 2005, 338.

²⁹⁷ *Artmann*, RdW 2005, 338.

²⁹⁸ *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 ff; *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen (1998) 76 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 404, 407; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 143.

²⁹⁹ SZ 69/166.

Liquidität der Komplementärgesellschaft auch zugunsten der KG auswirkt, nur dann gesprochen werden, wenn die Komplementärin selbst nicht operativ tätig ist. Denn nur in diesem Fall kämen die der Komplementär-GmbH zugeführten Mittel mangels anderweitiger Verwendungsmöglichkeit der KG zugute.

Ist die Komplementär-GmbH selbst nicht unternehmerisch tätig, dann ist es praktisch wohl ohnehin unmöglich, dass sich nur diese und nicht auch die KG als Unternehmensträgerin in der Krise befindet. Hier wird eine Kreditgewährung eines Nur-Kommanditisten an die Komplementär-GmbH, bei der eine Krise iSd § 2 EKEG vorliegt, infolge der wirtschaftlichen Einheit von GmbH und KG, immer den Tatbestand des § 11 EKEG erfüllen.

Stellt die Beteiligung an der KG für die Komplementär-GmbH aber nur eine Nebentätigkeit dar, und nur in diesem Fall kann es zu wirtschaftlichen Problemen ausschließlich bei der GmbH kommen, durch die bei ihr ein eigener Kreditbedarf entsteht, so kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Komplementärin und die KG eine wirtschaftliche Einheit bilden. *Artmann*³⁰⁰ führt dazu aus, dass zwar auch in diesem Fall die der Komplementärgesellschaft zugeführten Mittel insofern Auswirkungen auf die KG haben, als ganz allgemein die Liquidität der Komplementärin gestärkt wird und über die Haftungsanordnung des § 128 iVm § 161 Abs 2 UGB dies auch der KG nützt. Dennoch müsse hier berücksichtigt werden, dass der Nur-Kommanditist nicht Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist und eine direkte Kreditgewährung an die KG (mangels Vorliegens einer Krise) nicht dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegen würde. Da insofern eine Weiterleitung dieser Mittel an die KG unproblematisch sei, könne auch diese mittelbare Begünstigung nicht dem Eigenkapitalersatzrecht unterfallen, zumal überdies ein Aufbau von Vermögensreserven in der GmbH für „schlechtere Zeiten“ aufgrund der Beseitigung der Rechtsfigur des „Stehenlassens“ vom EKEG nicht erfasst würde.

Das Ergebnis von *Artmann* ist schlüssig, da nach den Materialien³⁰¹ § 11 EKEG die mittelbare Finanzierung der sich in der Krise befindlichen GmbH & Co KG über den Umweg der Kreditgewährung an die Komplementär-GmbH verhindern soll. Denn eine mittelbare Finanzierung der gesunden KG durch die Kreditgewährung eines Nur-Kommanditisten an die Komplementär-GmbH, kann unter diesen Voraussetzungen (KG befindet sich nicht in der Krise) in keinem Fall unter den Tatbestand des § 11 EKEG fallen.

³⁰⁰ *Artmann*, RdW 2005, 338.

³⁰¹ EBRV 124 BlgNR 22. GP 11.

Ergänzend zu den dargestellten Bedenken, würden auch noch andere Argumente dagegen sprechen, dass die alleinige Krise der Komplementär-GmbH genügen soll, um einen Kredit an diese durch einen Nur-Kommanditisten als Eigenkapital ersetzend zu werten. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist die Zufuhr von Liquidität an eine Gesellschaft, die sich in der Krise befindet, ja grundsätzlich als positiv zu werten, da dadurch das Überleben der Gesellschaft gesichert werden kann. Man sollte daher den Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG nicht den Anreiz nehmen, die krisengeschüttelte Komplementär-GmbH dadurch zu fördern, dass sie ihr Kapital in Form von Krediten zuführen. Das Eigenkapitalersatzgesetz sollte mE nicht den Eindruck erwecken, dass die Gewährung von Krediten an eine Gesellschaft, die sich in der Krise befindet, etwas Verwerfliches ist. Ganz im Gegenteil ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gesellschafter oder ein Dritter (wie der Nur-Kommanditist gegenüber der Komplementär-GmbH) der der Gesellschaft einen Kredit gewährt, die Intention hat, diese vor dem wirtschaftlichen Untergang zu bewahren, denn zur eigenen Bereicherung ist eine derartige Kreditgewährung wohl ohnehin nicht geeignet.

Es muss auch noch einmal darauf hingewiesen werden, dass der Nur-Kommanditist gerade kein Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, weshalb man ihm auch keine Finanzierungsverantwortung dieser gegenüber aufbürden darf. Der Nur-Kommanditist wird in der Regel auch gar keine Kenntnis von der Bilanz der Komplementär-GmbH haben und folglich häufig nicht wissen, dass sich diese in der Krise befindet. Wie schon erwähnt, ist § 11 EKEG als Spezialregelung konzipiert, die den Zweck hat Umgehungen des Eigenkapitalersatzrechts zu verhindern. Derartige Spezialvorschriften sind mE eng auszulegen und sollten grundsätzlich nicht als Basis für Analogien und Rechtsfortbildungen dienen. Man sollte davon ausgehen, dass der Gesetzgeber durch eine konkrete Sonderbestimmung wohl auch nur den betreffenden Sonderfall regeln will.

2. Zur Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG

2.1. Die Innenhaftung der GmbH-Geschäftsführer

Gemäß § 25 Abs 1 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Die Geschäftsführer haben die Fähigkeiten und Kenntnisse zu besitzen die für den Betrieb der konkreten Gesellschaft erforderlich sind (objektiver Maßstab). Die Pflichten der Geschäftsführung ergeben sich dabei aus der mit der Organstellung verbundenen Geschäftsführungsaufgabe, der damit verbundenen Loyalitätspflichten und einzelnen besonderen Pflichten, die je nach dem betreffenden Geschäftszweig und der Größe des Unternehmens unterschiedlich zu beurteilen sind³⁰².

Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der GmbH zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden (§ 25 Abs 2 GmbHG). Es handelt sich dabei um eine Solidarhaftung, die Verschulden der Geschäftsführer voraussetzt³⁰³. Von der Haftung erfasst sind auch bloß faktische Geschäftsführer³⁰⁴.

§ 25 Abs 3 GmbHG beschreibt, teilweise durch Bezugnahme auf andere Gesetzesstellen, Einzeltatbestände verbotenen Verhaltens, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass die Interessen der Gesellschaftsgläubiger beeinträchtigt werden³⁰⁵. Als Haftungsfälle werden dabei insbesondere die Leistung von Zahlungen nach Eintreten der Verpflichtung zur Stellung eines Konkursantrages sowie die gesetzwidrige Verteilung von Gesellschaftsvermögen angeführt.

Gläubiger von Ansprüchen nach § 25 GmbHG ist die Gesellschaft. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Abs 2 und daraus, dass Abs 1 die Geschäftsführer der GmbH gegenüber verpflichtet. § 25 GmbHG will ausschließlich eine Innenhaftung anordnen und stellt für

³⁰² OGH 17. 10. 2003, ecolex 2004, 284; OGH SZ 53/53; Nowotny/Fida, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 39; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 3; Fritz, Die Persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers, SWK 2003, W 68; Chalupsky/Schmidsberger in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? 69.

³⁰³ Nowotny/Fida, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 39; Borns, GmbH-Recht 57 f; Chalupsky/Schmidsberger in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? 70.

³⁰⁴ Borns, GmbH-Recht 58; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1077 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 6; OGH ecolex 1990, 419.

³⁰⁵ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 1.

Gläubiger der GmbH deshalb keine eigene Anspruchsgrundlage dar. § 25 Abs 1-3 ist daher auch nicht als Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger aufzufassen³⁰⁶.

*K. Schmidt*³⁰⁷ weist für Deutschland aber darauf hin, dass einzelne Pflichten aus der Sonderrechtsbeziehung zwischen den Geschäftsführern und der Gesellschaft nach dem Vorbild des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter drittschützenden Charakter haben können (dies ist insbesondere für den Problemkreis der GmbH & Co KG relevant). Demnach kommen solche Ansprüche insbesondere für die Gesellschafter in Betracht, wenn die Geschäftsführer in deren Interessenkreis tätig geworden sind³⁰⁸.

§ 25 GmbHG dient auch als ein andere Haftungsnormen ergänzender Auffangtatbestand³⁰⁹. Neben der Organhaftung nach dieser Bestimmung tritt zunächst die Haftung aus dem Anstellungsvertrag, da das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz auf Geschäftsführer nicht anwendbar ist. Praktisch relevant ist dies in den Fällen der Drittanstellung und dann, wenn sich die verletzte Pflicht nur aus dem Anstellungsvertrag ergibt³¹⁰. Spezielle, die Geschäftsführer betreffende Haftungsbestimmungen zu Gunsten der GmbH, sind ferner die Folgenden³¹¹:

- Haftung der Geschäftsführer im Rahmen des Gründungsvorganges bei falschen Angaben betreffend der freien Verfügbarkeit der Bar- und Sacheinlagen (§ 10 Abs 4 GmbHG);
- Haftung bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot (§ 24 Abs 3 GmbHG);
- Haftung bei verbotener Rückgewähr der Stammeinlage oder von Nachschüssen (§ 25 Abs 3 Z 1 § 83 Abs 2 GmbHG);
- Haftung wegen Unterlassung der Einleitung eines Reorganisationsverfahrens (§§ 22 ff URG).

Soweit die Leistung des Schadenersatzes zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Haftung der Geschäftsführer gemäß § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG

³⁰⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 5; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 396; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² (1997) 2/495; siehe dazu auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1080.

³⁰⁷ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1080.

³⁰⁸ Dazu auch *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? 72.

³⁰⁹ OGH GesRZ 1986, 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4.

³¹⁰ OGH ecolex 1998, 772; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 41; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4; *Borns*, GmbH-Recht 58; siehe dazu auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1077 f.

³¹¹ *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 40 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4.

nicht dadurch aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter erfolgt ist oder dass Vergleiche oder Verzichte der Gesellschaft vorliegen.

Keine Haftung besteht, soweit die Geschäftsführer bei der Beschlussausführung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens handeln. Denn das Unternehmerrisiko trägt die GmbH und nicht der Geschäftsführer, dem ja sonst eine „Quasi-Erfolgshaftung“ auferlegt werden würde, die der eines Komplementärs vergleichbar ist³¹². Die Beweislast, weder schuldhaft noch rechtswidrig gehandelt zu haben, trifft grundsätzlich die Geschäftsführer, doch sollte auch bei der Beweislastverteilung berücksichtigt werden, dass den Geschäftsführern nicht auf diesem Weg eine Quasi-Erfolgshaftung auferlegt wird³¹³. Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für die Haftung daher³¹⁴:

- Tauglichkeit des Subjekts als bestellter oder faktischer Geschäftsführer und
- schuldhafte Pflichtverletzung.

§ 25 Abs 5 GmbHG ist im Umkehrschluss zu entnehmen, dass Weisungsbeschlüsse der Gesellschafter – abgesehen von der Gläubigerbefriedigung – grundsätzlich haftungsbefreiend wirken³¹⁵.

Eine unmittelbare Außenhaftung der Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern oder der GmbH besteht nur bei deliktischem Verhalten oder bei Verstoß gegen eine Vorschrift, die unmittelbar dem Schutz des Dritten dient³¹⁶. Praktisch besonders bedeutsam sind dabei die Tatbestände der §§ 69 KO und 156 ff StGB, die als Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB interpretiert werden³¹⁷. Weisungen der Gesellschafter an die Geschäftsführer, die gegen zwingende gesetzliche Regelungen zum Schutz der Gläubiger oder der Öffentlichkeit verstoßen, sind nichtig und haben keinesfalls entlastende Wirkung für die Geschäftsführer³¹⁸.

³¹² Nowotny/Fida, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 41; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 26; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1079.

³¹³ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 26; Chalupsky/Schmidsberger in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? 70.

³¹⁴ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1078.

³¹⁵ Die Verpflichtung zum Schadenersatz bleibt aber bestehen, wenn den Gesellschaftern entscheidungserhebliche Informationen pflichtwidrig vorenthalten wurden oder wenn sich die Umstände seit der Erteilung der Weisung so verändert haben, dass ihre Überprüfung im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 1, 17; dazu auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1080 f; Artmann, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, DRdA 2002, 370 f.

³¹⁶ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1081; Chalupsky/Schmidsberger in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? 72; Borns, GmbH-Recht 60 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 4; Artmann, DRdA 2002, 370 f.

³¹⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 4; Borns, GmbH-Recht 60.

³¹⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 17; Artmann, DRdA 2002, 370 f.

Die Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsführer gemäß § 25 GmbHG stehen zwar der GmbH zu, die Gesellschaftsgläubiger können diese aber im Exekutionsverfahren pfänden und sich überweisen lassen³¹⁹.

Nach Ansicht von *Reich-Rohrwig*³²⁰ stellen die Schadenersatzansprüche der Kapitalgesellschaft gegen ihre Organmitglieder ein wesentliches Element des Kapitalschutzes für die Gläubiger dar. Diese Ansprüche könnten nämlich dazu dienen, Vermögensverluste aus schädigenden Handlungen im Vermögen der Kapitalgesellschaft – zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger – wieder auszugleichen. Er begründet dies weiters damit, dass die Schadenersatzansprüche, soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind, gesetzlich zwingend ausgestaltet seien, sodass sich die Geschäftsführer zu ihrer Exkulpierung nicht auf einen die schädigende Maßnahme genehmigenden Generalversammlungsbeschluss berufen könnten (§ 25 Abs 5 GmbHG). *Reich-Rohrwig* beruft sich dabei auf die EBRV³²¹, die sich seiner Ansicht nach ausdrücklich für das Konzept der Zurechnung der Ersatzansprüche an die GmbH als Anspruchsberechtigte – die im Falle des Konkurses die Ersatzansprüche im Interesse der Gläubiger verfolgt – aussprechen. Dazu aus den EBRV:

„Der Entwurf hat sich die Konstruktion des deutschen Gesetzes zu eigen gemacht, dass die Gläubiger in allen Fällen gehalten sein sollen, Ansprüche nur gegenüber der Gesellschaft und dem Gesellschaftsvermögen geltend zu machen. Einen direkten Anspruch der Gläubiger gegen die Geschäftsführer zu statuieren, könnte zu unlösbaren rechtlichen Komplikationen führen, ist aber auch entbehrlich. Denn im Falle des Konkurses steht der Gläubigerschaft ohnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruches der Gesellschaft, im Falle der Sonderexekution aber dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch auf Überweisung zu.“

*Reich-Rohrwig*³²² sieht den Grund für die zwingende Ausgestaltung der Ersatzansprüche, soweit sie zur Gläubigerbefriedigung erforderlich sind (§ 25 Abs 5 und 7), in der effektiven Verfolgungsmöglichkeit dieser Ansprüche für die Gläubiger, wobei er darauf verweist, dass nach den EBRV die Ersatzansprüche auch dadurch nicht aufgehoben werden, dass die Geschäftsführer in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

³¹⁹ OGH 24. 6. 1998, wbl 1999/22, RdW 1997, 718, RdW 1992, 142; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 42; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 5.

³²⁰ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 23.

³²¹ 236 Blg stProt HH 17. Sess, 66 und 62.

³²² *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 24.

Demgegenüber weisen *Koppensteiner/Rüffler*³²³ unter Berufung auf den OGH³²⁴ darauf hin, dass die gesamte Geschäftspolitik und Wirtschaftsstrategie einer GmbH innerhalb der gesetzlichen Grenzen autonom durch die Gesellschafter festgelegt, überwacht und gebilligt wird. Was in diesem Rahmen mit dem Willen der Gesellschafterversammlung geschehe, möge im wirtschaftlichen Ergebnis objektiv nachteilig sein, könne aber keine Verletzung der Gesellschafterinteressen darstellen. Daraus folge, dass ein Weisungsbeschluss, der zwar objektiv nachteilig, insofern also sorgfaltswidrig, nicht aber gesetzwidrig sei, von den Geschäftsführern nicht angefochten werden könne³²⁵.

Die Bindung eines Geschäftsführers an die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erklärt sich für *Koppensteiner/Rüffler* aus seiner Stellung als Verwalter eines fremden Vermögens. Ihr innerer Grund entfalle, wenn die wirtschaftlichen Eigentümer dieses Vermögens, nämlich die Gesellschafter, ihren Willen hinsichtlich der Entwicklung des Unternehmens zum Ausdruck gebracht haben. Jenseits der Grenzen zwingenden Rechts habe § 25 Abs 1 nicht den Zweck, die Gläubiger oder sonstige Dritte zu schützen³²⁶. *Koppensteiner/Rüffler* berufen sich hinsichtlich der von ihnen vertretenen Position unter Anderem auf die Entstehungsgeschichte des § 25 GmbHG. Der Gesetzgeber habe sich an das deutsche Recht gehalten³²⁷. Dort entfalle die Entlastungswirkung der Weisung an die Geschäftsführer aber nur bei Verletzung von § 25 Abs 3 GmbHG (Einlagenrückgewähr oder Auszahlungen nach verpflichtender Konkursantragstellung) und dann, wenn der Weisungsbeschluss nichtig sei. Beides gelte auch in Österreich. Daraus folge, dass der Zugriff der Gläubiger auf Schadenersatzansprüche der Gesellschaft immer dann möglich bleibe, wenn Normen zu ihrem Schutz (Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB) verletzt worden seien.

Diese Gesetze zum Schutz der Gläubiger sind vor allem die §§ 159, 161 StGB und § 69 KO. Die Tatbestände dieser Normen enthalten insolvenzbezogene Sorgfaltspflichten (Konkursvermeidung bzw Verbot der Konkursverschleppung), die nicht nur den Gemeinschuldner (die GmbH) selbst, sondern auch die GmbH-Geschäftsführer (§ 161 StGB, § 69 Abs 3 KO) und allenfalls auch andere Personen (Gesellschafter, Kreditgeber) mit maßgeblichem Einfluss auf die GmbH-Geschäftsführung treffen. Die Übertretung dieser

³²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19.

³²⁴ OGH ecolex 1990, 419; OGH 1998, 774 mit insoweit kritischer Anmerkung *Reich-Rohrwig*.

³²⁵ So auch *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH 86 ff; *Artmann*, DRdA 2002, 370 f; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1080.

³²⁶ Dazu auch *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH 86 ff; *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 3 (6); *U.Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (92).

³²⁷ EBRV 236 Blg stProt HH 17. Sess, 66.

Pflichten begründet individuelle Schadenersatzansprüche der dadurch geschädigten Gläubiger³²⁸.

Koppensteiner/Rüffler liefern meiner Ansicht nach die besseren Argumente. Von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus, ist es die Aufgabe der Geschäftsführer, die Gesellschaft möglichst effizient und gewinnbringend zu leiten. Die Geschäftsführer sind dabei primär den Gesellschaftern verpflichtet und haben deren Interessen zu wahren. Weisungen durch die Generalversammlung, die nicht gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger oder des Geschäftsverkehrs verstoßen, sind daher zu befolgen. Ein aufgrund eines derartigen Weisungsbeschlusses handelnder Gesellschafter verstößt nicht gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und haftet daher auch nicht gegenüber der Gesellschaft. Würden Gesellschaftsgläubiger durch die Weisungen an die Geschäftsführer geschädigt, so wären neben den Ansprüchen gegen die Gesellschaft auch Ansprüche direkt gegen die Gesellschafter zu untersuchen („Durchgriffshaftung“).

2.2. Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG

2.2.1. Ausgangslage

Bei der GmbH & Co KG im engeren Sinn ist gemäß §§ 164, 170 iVm §§ 114 ff UGB die Komplementär-GmbH zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung berufen. Die Kommanditisten sind von der Führung der gewöhnlichen Geschäfte ausgeschlossen und können der Komplementär-GmbH bei der Vornahme dieser Geschäfte auch nicht widersprechen. Für außergewöhnliche Geschäfte bedarf es gemäß § 116 Abs 2 UGB der Zustimmung aller Gesellschafter, also auch der Kommanditisten. Durch Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführungsbefugnis der Kommanditisten eingeschränkt oder erweitert werden³²⁹.

Die Komplementär-GmbH kann ihre Geschäftsführungstätigkeit in der GmbH & Co KG nur durch ihre Geschäftsführer ausüben. Die Geschäftsführer der Komplementärin haben in

³²⁸ Dazu *Karollus*, Verstärkter Gläubigerschutz bei Insolvenz einer GmbH & Co KG, *ecolex* 1990, 669.

³²⁹ Dazu *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 62; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 41 ff.

ihrer Eigenschaft als deren Organe auch deren Rechte und Pflichten zur Geschäftsführung und Vertretung als mittelbare Geschäftsführer der GmbH & Co KG auszuüben. Die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH werden im Rahmen der GmbH & Co KG aber allein für die GmbH in Erfüllung ihrer Verpflichtungen zur Geschäftsführung und Vertretung tätig (§§ 164, 170 iVm §§ 114 und 125 UGB). Sie sind in dieser Funktion Organe der Komplementär-GmbH und stehen auch nur mit dieser in vertraglicher Beziehung³³⁰.

Ein Fehlverhalten der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH kann sowohl bei dieser als auch bei der GmbH & Co KG zu Schäden führen. Einfach zu begründen ist dabei die Haftung der Komplementär-GmbH für Schäden, den diese – durch ihre Organe – der GmbH & Co KG schuldhaft zugefügt hat. Da die GmbH gesellschaftsvertraglich an die KG gebunden ist, haftet sie als Komplementärin für Schäden, die ihre Organe im Rahmen der Erfüllung ihrer (der Komplementär-GmbH obliegenden) Geschäftsführerplichten verursacht haben³³¹.

Vor der Einführung des UGB galt für den geschäftsführenden Gesellschafter einer KG der Sorgfaltsmaßstab der „diligentia quam in suis“ (Art 7 Nr 3 EVHGB). Danach hatte ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihn treffenden Verpflichtungen nur für jene Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Nur für grobe Fahrlässigkeit galt der dem österreichischen Schadenersatzrecht zugrunde liegende objektivierte Sorgfaltsmaßstab. Die „diligentia quam in suis“ wurde mit der Einführung des UGB beseitigt³³². *P. Doralt*³³³ wies bereits in den siebziger Jahren darauf hin, dass die Auslegung der „diligentia quam in suis“ in Bezug auf die Komplementär-GmbH als geschäftsführende Gesellschafterin Schwierigkeiten bereitet. Die Geschäftsführer der GmbH haben nämlich nach § 25 Abs 1 GmbHG „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden. Da die GmbH ihre Geschäftsführungsaufgaben in der GmbH & Co KG nur durch ihre Geschäftsführer erledigen kann, sprachen für *P. Doralt* die besseren Argumente für die generelle Anwendung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs des § 25 Abs 1 GmbHG auf die

³³⁰ Dazu *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 41 ff; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 161 Rz 16; *Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 82; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 260 ff, 279; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1648 f; *Karollus*, ecolex 1990, 671.

³³¹ *Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 83; *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? 79; *Karollus*, ecolex 1990, 671.

³³² *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 279; *Weigand* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 69.

³³³ *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 279.

Komplementär-GmbH. Gemäß § 25 GmbHG hätte die Komplementär-GmbH gegenüber der KG dann auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen³³⁴.

Die Sorgfaltspflichten des § 25 GmbHG, welche die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH dieser gegenüber einzuhalten haben, verpflichten diese in der Folge auch dafür zu sorgen, dass die GmbH als geschäftsführende Gesellschafterin der KG keine haftungsbegründenden Schäden zufügt. Andernfalls haben die Geschäftsführer selbst für den Schaden, der der Komplementär-GmbH durch die Inanspruchnahme seitens der KG entsteht, im Rahmen von Regressforderungen einzustehen. Nach der gesetzlichen Ausgangslage kann die GmbH & Co KG nicht direkt von den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH Schadenersatz fordern, da zwischen der KG und den Geschäftsführern der GmbH keine Rechtsbeziehung besteht. Die KG hat jedoch die Möglichkeit, den Schadenersatzanspruch der GmbH gegen deren Geschäftsführer zu pfänden³³⁵.

In der Praxis sind Schadenersatzansprüche – insbesondere bei einer Insolvenz der GmbH & Co KG – gegenüber der Komplementär-GmbH häufig nicht einbringlich, da Komplementär-GmbHs meist nur mit dem Mindeststammkapital ausgestattet werden und keine eigene Geschäftstätigkeit ausüben, weshalb eine Insolvenz der KG – aufgrund der unmittelbaren Haftung für deren Verbindlichkeiten (§§ 161 iVm 128 UGB) – meist auch zu einer Insolvenz bei der Komplementär-GmbH führt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die GmbH & Co KG ihre Ansprüche auch direkt gegenüber den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH geltend machen kann³³⁶.

2.2.2. Judikatur und Stellungnahmen der Lehre zur Geschäftsführerhaftung

Der OGH musste in seiner Entscheidung 8 Ob 624/88³³⁷ beurteilen, ob überhaupt und auf welcher Grundlage eine persönliche Haftung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der Konkursmasse der GmbH & Co KG in Betracht kommt. In diesem Fall wurde der Konkurs einer GmbH & Co KG verspätet eingeleitet und durch die Fortsetzung der

³³⁴ BGHZ 75, 321, 327; Rowedder/Koppensteiner, GmbHG² (1990) § 43 Rz 55; P. Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 280 f; Harrer, Zum Rechtsverhältnis zwischen der GmbH & Co und den Geschäftsführern der GmbH, WBl 1991, 145 (149 Fn 40); Koppensteiner, GmbHG² § 25 Rz 31.

³³⁵ Dazu Harrer, WBl 1991, 149; P. Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 281; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 161 Rz 44; Koppensteiner in Straube, HGB³ § 161 Rz 16.

³³⁶ Chalupsky/Schmidsberger in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? 79; P. Doralt in Kastner/Stoll, GmbH & Co², 265; Karollus, ecolex 1990, 671.

³³⁷ OGH GesRZ 1990, 162 ff = WBl 1990, 348 ff.

Geschäftstätigkeit das Gesellschaftsvermögen der KG und damit die spätere Konkursmasse sowie die für die Gläubiger erzielbare Konkursquote weiter vermindert. Den Ersatz dieses „Quotenschadens“ beehrte der Masseverwalter im Konkurs der KG von den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH (persönlich haftende Gesellschafterin und Geschäftsführerin der KG).

Der Gerichtshof prüfte primär Ansprüche aus einem Missbrauch der Rechtsform der GmbH & Co KG, aus deren qualifizierter Unterkapitalisierung sowie aus § 159 Abs 1 Z 2 iVm § 161 StGB (fahrlässige Krida). Zur Erhebung solcher Ansprüche war der Masseverwalter im Konkurs der GmbH & Co KG aber gerade nicht legitimiert. Es handelt sich bei den vom OGH geprüften Bestimmungen nämlich um Regelungen die dem Gläubigerschutz dienen, weshalb auch nur die Konkursgläubiger diese Ansprüche geltend machen können. Der Masseverwalter könnte diese Ansprüche nur geltend machen wenn sie an ihn abgetreten würden³³⁸.

Für das vom Masseverwalter erhobene Ersatzbegehren kamen daher nur Schadenersatzansprüche der KG wegen Verletzung der dieser gegenüber bestehenden Sorgfaltspflichten in Betracht. Ansprüche der KG gegen ihre Komplementär-GmbH aus schlechter Geschäftsführung waren aber in diesem Fall nach Ansicht des Gerichtshofes nicht möglich, da aufgrund der Personengleichheit der beiden beklagten Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der einzigen beiden Kommanditisten der KG, alle Gesellschafter der KG mit dieser „schlechten“ Geschäftsführung einverstanden waren. Der OGH dazu wörtlich:

„Haben aber alle Gesellschafter einer schadensbegründenden Handlung zugestimmt, so entfällt auch die Haftung der geschäftsführenden Gesellschafter; sie besteht also dann nicht, wenn sich alle Gesellschafter über die schädigende Geschäftsführung schlicht einig waren. Daraus folgt aber, dass die KG nicht Gläubigerin ihrer Komplementärgesellschaft ist und darauf gestützte Ansprüche gegen die beiden hier Beklagten aus ihrer Geschäftsführung nicht existieren können.“

Es blieb dem OGH daher zu prüfen, ob direkte Ansprüche der KG gegen die Beklagten in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH aufgrund unmittelbarer

³³⁸ Siehe dazu auch *Karollus*, *ecolex* 1990, 670; *Koziol*, *RdW* 1983, 70, *Reich-Rohrwig*, *Das österreichische GmbH-Recht*¹, 143 f.

Rechtsverletzung gegenüber der KG begründet sein könnten. Der OGH führte dazu unter Berufung auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung folgendes aus³³⁹:

„Nach der Aktenlage dürfte die organmäßige Bestellung der nun Beklagten seinerzeitigen Geschäftsführer während der Zeit ab Gründung der (GmbH & Co) KG wenn nicht überhaupt ausschließlich, so doch ganz wesentlich und hauptsächlich auf die Ausübung der Geschäftsführung bei und im Interesse der KG gerichtet gewesen sein; eine andere Tätigkeit scheint die GmbH gar nicht entfaltet zu haben. [...] Unter diesen Umständen erscheint es gerechtfertigt, auch diesfalls – und ganz ohne Bedachtnahme auf das Vorliegen eines etwaigen Anstellungsvertrages, der der Geschäftsführerbestellung zugrunde liegen könnte – den Grundgedanken des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter fruchtbar zu machen. Die völlige Personengleichheit der Geschäftsführer und Gesellschafter der Komplementär-GmbH und der Kommanditisten der KG bewirkt als Konsequenz der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung der aus diesen verschiedenen Rechtspositionen eigener Art erwachsenden Rechte und Pflichten allseitige gesellschaftsrechtliche Treue-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die auch über die sonst typischerweise für die organschaftlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften gezogenen Grenzen der Verantwortlichkeit hinausreichen. Dies zwingt dazu für die personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn die unmittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der KG anzunehmen und zumindest in dieser Beziehung die KG im Innenverhältnis wie eine (einheitliche) Kapitalgesellschaft zu behandeln (Dazu *Kübler*, Gesellschaftsrecht³ (1990), 308 mit Berufung auf BGHZ 75, 321, 323 ff und BGHZ 76, 326, 337 f). Aus der Verletzung dieser Pflicht ergibt sich dann auch ohne Rücksicht auf die Konkursantragspflicht die Haftung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der KG nach § 25 GmbHG analog, wenn etwa bei ständig steigenden Verlusten der Geschäftsbetrieb weder grundlegend reformiert noch eingestellt wird. ... Ein Ausschluss der Haftung der beiden Beklagten zufolge der durch die völlige Personengleichheit der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der Gesellschafter dieser Gesellschaft sowie der Kommanditisten bedingten Annahme des allseitigen Einverständnisses mit der (schlechten) Geschäftsführung kommt diesfalls nicht in Betracht, weil der Ersatz dieser

³³⁹ Siehe dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1649 mwN; BGHZ 75, 321; BGHZ 76, 326, 337 f.

Ansprüche zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist und die Ansprüche deshalb gemäß § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG unverzichtbar sind.“

Nach dieser Entscheidung treffen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unmittelbare Schutzpflichten und damit auch eine direkte Haftung für Konkursverschleppung gegenüber der KG³⁴⁰. Der Gerichtshof gelangt zu diesem Ergebnis indem er aus dem Grundgedanken des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine analoge Anwendung des § 25 GmbHG als Haftungsgrundlage der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG ableitet. Er knüpft die Schutzpflichten dabei aber nicht etwa an den Anstellungsvertrag der Geschäftsführer, sondern erweitert die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu einem Sonderrechtsverhältnis mit Schutzwirkungen zugunsten der KG. Die Schutzpflichten der Geschäftsführer ergeben sich demnach direkt aus deren Organstellung, wodurch quasi eine „Organhaftung zugunsten Dritter“ entsteht³⁴¹.

Als wesentliche einschränkende Punkte der Ausführungen in diesem Urteil sind zu beachten, dass sich der OGH nur auf eine GmbH & Co KG ieS bezieht bei der die Kommanditisten auch gleichzeitig als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH fungieren und dass er darauf abstellt, dass der ausschließliche oder zumindest überwiegende Geschäftszweck der Komplementär-GmbH die Geschäftsführung der KG war. In diesem Zusammenhang ist die Frage interessant, ob man die Ausführungen des OGH auch auf andere Arten von GmbH & Co KGs anwenden könnte.

*Dellinger*³⁴² befürwortete die eben beschriebene Entscheidung des OGH. Er vertrat die Ansicht, dass § 25 GmbHG der gesellschaftsrechtlich richtige Bezugspunkt für eine Haftung der Geschäftsführer gegenüber ihrer GmbH bzw wie im vorliegenden Fall gegenüber der KG ist. Die analoge Anwendung des § 25 GmbHG auf das Verhältnis zwischen den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH einerseits und der KG andererseits sei aber auch dann vorzunehmen, wenn keine Personenidentität von Kommanditisten und Geschäftsführern sowie Gesellschaftern der Komplementär-GmbH besteht³⁴³. Für die analoge Anwendung des § 25 GmbHG sollte es nach Meinung von *Dellinger* bereits genügen, wenn die wesentliche Aufgabe der GmbH in der Führung der Geschäfte der KG besteht. Denn diesfalls wirke sich

³⁴⁰ So auch schon in der insoweit gleichgerichteten Entscheidung des OGH GesRZ 1986, 32.

³⁴¹ *Karollus*, *ecolex* 1990, 672; *Dellinger*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 624/88, WBl 1990, 351; *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, GmbH oder GmbH & Co KG? 79; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 45.

³⁴² *Dellinger*, WBl 1990, 351.

³⁴³ In diesem Sinne auch *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 45.

die wesentliche Tätigkeit des Geschäftsführers direkt bei der KG aus, die bei fehlerhafter Geschäftsführung auch die in erster Linie geschädigte sei. Der unmittelbaren Beeinflussung der Geschicke der KG durch die Geschäftsführer der GmbH müsse im Endeffekt auch eine unmittelbare Sorgfaltspflicht und bei Verletzung derselben eine unmittelbare Haftung entsprechen. Daran ändere sich selbst dann nichts, wenn es noch einen weiteren Komplementär gibt³⁴⁴. Dass der OGH dieses Ergebnis nicht mit dem Hinweis auf einen Anstellungsvertrag zugunsten Dritter begründet, sondern aus der Organstellung ableitet³⁴⁵, hat nach Ansicht von *Dellinger* den Vorteil, dass die gesetzliche Organhaftung gemäß § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG, soweit sie im Interesse der Gläubiger erforderlich ist, trotz eines Verzichts der Gesellschaft fortbesteht und auch dann eintritt, wenn die Handlung auf einem Gesellschafterbeschluss beruht.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt *K. Schmidt* für die Geschäftsführerhaftung bei der GmbH & Co KG in Deutschland³⁴⁶. Die Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 dGmbHG treffe nicht die GmbH, sondern ihren Geschäftsführer persönlich, und zwar auch gegenüber der Kommanditgesellschaft. Dies sei praktisch von erheblicher Bedeutung, denn der GmbH-Geschäftsführer handle in der GmbH & Co KG als Manager der Kommanditgesellschaft, und auch bei dieser – und nicht der GmbH – würden in der Regel die Schäden aus schuldhaft schlechter Geschäftsführung eintreten. Einfach zu begründen sei dies aber nur, soweit die Haftung auf ein Dienstverhältnis zwischen GmbH-Geschäftsführer und KG gestützt ist oder auf einen Vertrag der mit Schutzwirkung zu Gunsten der KG ausgestaltet wurde. Verstehe man die Haftung als eine gesetzliche Haftung, so stehe die Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten der KG allerdings auf schwachen Füßen. *K. Schmidt* kommt daher zu dem Ergebnis, dass die GmbH & Co KG spezifische Fortbildung des § 43 dGmbHG rechtsdogmatisch mit einem Sonderrechtsverhältnis mit Schutzwirkung zu Gunsten der KG zu begründen ist.

*Karollus*³⁴⁷ spricht sich ebenfalls dafür aus, den § 25 GmbHG analog als Haftungsnorm für die GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG anzuwenden. Seiner Ansicht nach dient die Haftung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG aber primär dem Gläubigerschutz. Das HGB (UGB) enthalte nämlich keinen Anhaltspunkt dafür, dass das

³⁴⁴ So auch *Scholz/Schneider*, GmbHG⁷ § 43 dGmbHG, Rz 265.

³⁴⁵ So auch *Hüffer*, ZGR 1981, 348 (354 ff); anders BGHZ 75, 321.

³⁴⁶ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1649; BGHZ 75, 321; BGH, GmbHR 1981, 191; NJW 1982, 2689 mit Anmerkung *H. P. Westermann*.

³⁴⁷ *Karollus*, *ecolex* 1990, 670 f.

Gesellschaftsvermögen auch im Interesse der Gläubiger – und damit allenfalls gegen den Willen der Gesamtheit der Gesellschafter – geschützt werden soll. Vielmehr würden die Geschäftsführer von ihrer Haftung befreit, wenn ihr Handeln von einem Gesellschafterbeschluss gedeckt sei, und die Entlastung der Geschäftsführer durch die übrigen Gesellschafter würde zu einem Verzicht auf die Ersatzansprüche führen. Der Gläubigerschutz sei daher nur insoweit gewährleistet, als die Misswirtschaft zugleich Gesellschafterinteressen verletze, nicht aber in den gerade besonders bedenklichen Fällen, in denen die Vermögensverschleuderung von allen Gesellschaftern mitgetragen werde. Der OGH habe genau diesem Problem entgegengewirkt, indem er für die GmbH & Co KG eine Parallele zu § 25 GmbHG zieht. Die Unwirksamkeit des Ausschlusses der Haftung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG aufgrund allseitigen Einverständnisses der Gesellschafter sowie der Verzicht auf die Schadenersatzansprüche seien demnach unverzichtbar, da diese Ersatzansprüche zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich seien (§ 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG)³⁴⁸.

Nach Meinung von *Karollus* spricht für eine solche Rechtsfortbildung, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG bereits im unmittelbaren Anwendungsbereich höchstens vordergründig mit der formalen Verselbständigung der juristischen Person rechtfertigen lassen. In Wahrheit folge dieser von den Gesellschafterinteressen abgehobene Bestandschutz aber erst aus dem Gedanken des Gläubigerschutzes. Die Gläubiger seien auf das Haftungsvermögen der GmbH beschränkt und auf dessen Erhaltung angewiesen; daraus folge ein Schutz dieses Haftungsvermögens gerade im Interesse der Gläubiger und somit auch gegen den Willen der Gesamtheit der Gesellschafter bzw sogar des Alleingeschafters. Genau desselben Schutzes bedürften aber die Gläubiger einer GmbH & Co KG, bei der keine natürliche Person, sondern wiederum nur eine beschränkte Vermögensmasse unbeschränkt haftet. Zumindest in solchen Fällen sei daher eine unmittelbare Parallele zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG gerechtfertigt.

*Harrer*³⁴⁹ und *Koppensteiner/Rüffler*³⁵⁰ vertreten die Meinung, dass die Begründung einer unmittelbaren Haftung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG durch Rechtsfortbildung nicht gerechtfertigt ist. Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Geschäftsführung könne die KG bereits nach der *lex lata* gegen die GmbH geltend machen und sodann die Regressansprüche der GmbH gegen deren Geschäftsführer pfänden. *Harrer*³⁵¹

³⁴⁸ Im Hinblick auf die Unverzichtbarkeit der Ersatzansprüche aus Gründen des Gläubigerschutzes bereits ebenso *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 284 f.

³⁴⁹ *Harrer*, WBl 1991, 149.

³⁵⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 30; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 161 Rz 16.

³⁵¹ *Harrer*, WBl 1991, 149 ff.

ist der Ansicht, dass die Aussage des OGH³⁵², nach welcher die Haftung der geschäftsführenden Gesellschafter einer OHG oder KG entfällt, wenn alle Gesellschafter der schadensbegründenden Handlung zugestimmt haben, im Falle der GmbH & Co KG differenziert zu beurteilen ist. Das Prinzip des Ausschlusses der Geschäftsführerhaftung bei einer OHG oder KG im Falle fehlerhafter Geschäftsleitung, die auf dem Willen aller Gesellschafter beruht, müsse bei der GmbH & Co KG wesentlich eingeschränkt werden. Die Grenzen seien von zwei Faktoren bestimmt. Einerseits begründe bei der GmbH & Co KG bereits die Überschuldung das Stadium der Konkursreife (§ 67 KO) und andererseits gelte für die Geschäftsführer der GmbH und damit der KG ein zwingender gesetzlicher Sorgfaltsmaßstab (§ 25 GmbHG).

Mit anderen Worten kann ein Beschluss aller (KG-)Gesellschafter die Komplementär-GmbH als einzige geschäftsführende Gesellschafterin nur dann von ihrer Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung befreien, wenn die GmbH bei ihrer haftungsbegründenden Handlung nicht gegen § 25 GmbHG oder § 67 KO verstoßen hat.

*Koppensteiner/Rüffler*³⁵³ stellen dazu ausdrücklich klar, dass bei Zustimmung aller Gesellschafter, weder die KG gegen die GmbH noch die GmbH gegen ihre Geschäftsführer einen Schadenersatzanspruch hat, sofern keine Gläubiger schützende Norm verletzt wurde. Unter solchen Umständen könne folglich auch keinesfalls eine Direkthaftung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG begründet werden.

*Harrer*³⁵⁴ führt weiter aus, dass der Inhalt des Gesellschafterbeschlusses in der gegenständlichen OGH-Entscheidung darin besteht, dass die GmbH & Co KG fortgeführt werden soll, obwohl sie nach § 67 Abs 1 KO nicht fortgeführt werden darf. Dieser Beschluss verstoße gegen ein gesetzliches Verbot und sei daher nichtig. Er könne dementsprechend auch die geschäftsführende GmbH nicht entlasten. Ebenso sei es den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH auch verboten sogenannte „existenzgefährdende Weisungen“ auszuführen. Die Gesellschafterversammlung könne den GmbH-Geschäftsführern deshalb auch keine verbindliche Anweisung geben, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu unterlassen. Eine derartige Weisung wäre nichtig.

Es zeige sich daher, dass die Gesellschafter der KG die Weiterführung der überschuldeten Gesellschaft nicht wirksam beschließen können und dass eine entsprechende Weisung der GmbH-Gesellschafter rechtlich nicht möglich ist. Die GmbH hafte daher stets für den Schaden, der der KG (durch die Fortführung) entstanden ist, und die Geschäftsführer

³⁵² OGH 8 Ob 624/88, GesRZ 1990, 162 ff = WBl 1990, 348 ff.

³⁵³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 30.

³⁵⁴ *Harrer*, WBl 1991, 151; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH 88 f, 142 ff.

seien dazu verpflichtet diesen Schaden³⁵⁵ zu ersetzen. Die Inanspruchnahme der GmbH-Geschäftsführer durch die KG (bzw den Masseverwalter) setze somit die Statuierung vertraglicher oder organschaftlicher Drittwirkungen nicht voraus. Die KG könne diese Ersatzansprüche pfänden.

Harrer gelangt schließlich zu dem Ergebnis, dass bereits nach geltendem Recht Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH verfolgt werden können und dass deshalb keine Schutzlücke besteht, die einer Ausfüllung im Wege der Rechtsfortbildung bedürfte.

2.2.3. Kommentar zur Geschäftsführerhaftung bei der GmbH & Co KG

Nach geltender Rechtslage begründet eine fehlerhafte Geschäftsführung der Komplementär-GmbH grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht gegenüber der KG. Bei ihrer Geschäftsführungstätigkeit innerhalb der GmbH & Co KG gilt für die Komplementär-GmbH und damit deren Geschäftsführer – mA nach unzweifelhaft³⁵⁶ – der Sorgfaltsmaßstab des § 25 GmbHG. Dies ist damit zu begründen, dass die Geschäftsführer der GmbH dieser gegenüber verpflichtet sind die Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden und deshalb auch verpflichtet sind eine Haftung der Komplementär-GmbH gegenüber der KG zu vermeiden. Verstoßen die GmbH-Geschäftsführer gegen ihre Sorgfaltspflichten und verursachen dadurch einen Schaden bei der KG, so haften sie persönlich für den Schaden, der der GmbH durch die Inanspruchnahme seitens der KG entsteht³⁵⁷.

Wie bereits erwähnt gibt es aber keine gesetzliche Regelung, die es der KG gestatten würde, ihre Schadenersatzansprüche direkt gegenüber den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH geltend zu machen. Die KG kann zu ihrer Befriedigung allerdings die Ersatzansprüche der GmbH gegen ihre Geschäftsführer pfänden und sich überweisen lassen. Da die KG damit die Möglichkeit hat, die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH mittelbar in Anspruch zu nehmen, ist es mE eher zweifelhaft anzunehmen, dass die

³⁵⁵ Dieser Schaden besteht in der Erhöhung der Verbindlichkeiten der KG, die durch die unzulässige Weiterführung des Unternehmens entstanden ist. Den Schaden hat die geschäftsführende GmbH der KG zu ersetzen und für die Belastung der GmbH mit der Schadenersatzpflicht haften der GmbH die Geschäftsführer (Siehe *Harrer*, WBl 1991, 145, 150 Fn 58).

³⁵⁶ Siehe dazu BGHZ 75, 321, 327; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG² § 43 Rz 55; *P. Doralt* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 280 f; *Harrer*, WBl 1991, 149 Fn 40; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 31; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 161 Rz 16.

³⁵⁷ *Harrer*, WBl 1991, 149; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 30.

Begründung einer direkten Haftung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der KG – mit Hilfe der Konstruktion einer „Organhaftung zugunsten der KG“ – notwendig und gerechtfertigt ist.

Die Argumentation von *Dellinger*³⁵⁸, wonach der unmittelbaren Führung der Geschäfte der KG durch die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch eine unmittelbare Sorgfaltspflicht dieser Geschäftsführer gegenüber der KG entsprechen muss, ist mE grundsätzlich richtig, doch zwingt dies – angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelungen – nicht zu einer Rechtsfortbildung. Die analoge Anwendung des § 25 GmbHG auf das Verhältnis zwischen den GmbH-Geschäftsführern einerseits und der KG andererseits wäre nur erforderlich, wenn die Möglichkeit der Pfändung der Regressansprüche der GmbH gegen ihre Geschäftsführer durch die KG als unzureichend gewertet würde.

In einer Offenen Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft kann die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft durch die Zustimmung aller übrigen Gesellschafter zu einer schadensbegründenden Handlung ausgeschlossen werden. Eine fehlerhafte Geschäftsführung, die auf dem Willen aller Gesellschafter beruht, begründet daher keine Haftung des ausführenden Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft³⁵⁹. So kommt der OGH in 8 Ob 624/88 unter Berufung auf *Hueck*³⁶⁰ auch zu dem Ergebnis, dass die KG keine Schadenersatzansprüche gegen die geschäftsführende Komplementär-GmbH geltend machen kann, weil alle Gesellschafter der KG der schadensbegründenden Handlung zugestimmt haben.

*Harrer*³⁶¹ betont mE völlig richtig, dass diese Regel bei der GmbH & Co KG aber wesentlich eingeschränkt werden muss. Und zwar einerseits weil bei der GmbH & Co KG bereits die Überschuldung das Stadium der Konkursreife³⁶² begründet und andererseits für die Geschäftsführer der GmbH und damit der KG der zwingende gesetzliche Sorgfaltsmaßstab des § 25 GmbHG gilt. Ein Gesellschafterbeschluss, der darin besteht, dass die Gesellschaft fortgeführt werden soll, obwohl sie nach § 67 Abs 1 KO nicht fortgeführt werden darf, verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nichtig. Ein derartiger Gesellschafterbeschluss kann daher auch die geschäftsführende Komplementär-GmbH nicht entlasten³⁶³. Dies gilt in ähnlicher Weise auch für die Geschäftsführer der GmbH. Gemäß § 20 GmbHG haben die Geschäftsführer sämtliche Weisungen der GmbH-Gesellschafter zu

³⁵⁸ *Dellinger*, WBl 1990, 351.

³⁵⁹ *Harrer*, WBl 1991, 150; *Hueck*, Das Recht der OHG⁴ (1971) 141.

³⁶⁰ *Hueck*, Das Recht der OHG⁴, 141.

³⁶¹ *Harrer*, WBl 1991, 150.

³⁶² Gemäß § 67 Abs 1 KO findet die Eröffnung des Konkurses über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, auch bei Überschuldung statt.

³⁶³ Siehe auch *P. Doralt in Kastner/Stoll*, GmbH & Co², 285.

befolgen. Dies bedeutet, dass die Geschäftsführer auch schädlichen Weisungen Folge leisten müssen. Die Pflicht zur Weisungsbefolgung ist jedoch beschränkt wenn es sich um sogenannte „existenzgefährdende Weisungen“ handelt. Derartige Weisungen dürfen von den GmbH-Geschäftsführern auch trotz ausdrücklicher Anordnung der Gesellschafter nicht ausgeführt werden. Führen die Geschäftsführer eine existenzgefährdende Weisung dennoch aus, so werden sie dadurch nicht vor einer Inanspruchnahme seitens der Gesellschaft bzw des Masseverwalters im Konkurs über das Vermögen der GmbH befreit. Eine Weisung der Gesellschafterversammlung an die Geschäftsführer, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu unterlassen wäre ein Weisung, die existenzgefährdend und gesetzwidrig ist und daher die Geschäftsführer unter keinen Umständen von ihrer Haftung befreien könnte³⁶⁴.

Zusammengefasst gelange ich daher zu dem Ergebnis, dass die Gesellschafter der KG die Weiterführung der überschuldeten GmbH & Co KG nicht wirksam beschließen können. Eine derartige Weisung der Gesellschafter der GmbH an ihre Geschäftsführer wäre ebenfalls gesetzwidrig und daher rechtlich nicht möglich. Führen die Geschäftsführer eine existenzgefährdende und gesetzwidrige Weisung dennoch aus, so haftet die Komplementär-GmbH stets für den Schaden, der der KG dadurch entstanden ist und die GmbH wird sich in der Folge an ihren Geschäftsführern schadlos halten. Die (mittelbare) Inanspruchnahme der GmbH-Geschäftsführer durch die KG (bzw den Masseverwalter im Konkurs) setzt somit die Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten der KG oder die analoge Anwendung des § 25 GmbHG auf die Geschäftsführer der GmbH in ihrer Funktion als mittelbare Geschäftsführer der KG nicht voraus. Die KG kann die Ersatzansprüche der GmbH gegen ihre Geschäftsführer einfach pfänden und sich überweisen lassen.

Liegt im Gegensatz dazu allerdings keine Überschuldung im Sinne des § 67 KO vor und wurde durch die Handlung der Geschäftsführer auch sonst gegen keine zwingende gesetzliche Vorschrift verstoßen, so entlasten gesetzmäßige Beschlüsse der Gesellschafter regelmäßig die Geschäftsführer der GmbH. Dies gilt selbst dann, wenn dadurch ein Schaden für die Gesellschaft und damit die Gläubiger entsteht. Der Zugriff der Gläubiger auf Schadenersatzansprüche der Gesellschaft soll nur dann möglich sein, wenn Normen zu ihrem Schutz verletzt wurden.

³⁶⁴ *Harrer*, WBl 1991, 150; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH 80 f, 135 f; *Artmann*, DRdA 2002, 370 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17.

Neben der Innenhaftung gegenüber der GmbH & Co KG können die GmbH-Geschäftsführer der KG und den Gläubigern auch aus Delikt haftbar werden, namentlich wegen Verletzung von Schutzgesetzen (wie etwa §§ 159, 161 StGB, § 69 KO)³⁶⁵. Die Konsequenz sind sowohl strafrechtlichen Rechtsfolgen als auch zivilrechtliche Ansprüche die über § 1311 ABGB geltend gemacht werden können. Diese primär gläubigerschutzbezogene Kridahaftung kann direkt gegenüber den Geschäftsführern geltend gemacht werden. Sie wird auch als „Außenhaftung“ bezeichnet.

³⁶⁵ Karollus, *ecolex* 1990, 672; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 46.

3. Kapitalerhaltung bei der Liquidation der GmbH & Co KG

3.1. Allgemeines zur Liquidation bei der GmbH & Co KG

Mit ihrer Auflösung tritt die GmbH & Co KG im Regelfall in das Stadium der Liquidation. Ziel der Liquidation ist die Vollbeendigung der Gesellschaft und die Verteilung des verbleibenden Vermögens an die Gesellschafter. Die Auflösung von Personengesellschaften ist in den §§ 161 Abs 2 iVm 131 ff UGB geregelt. Wie für eine gesetzestypische KG gelten diese Vorschriften im Allgemeinen auch für die GmbH & Co KG. Getrennt davon zu betrachten ist die Auflösung der Komplementär-GmbH, die in § 84 GmbHG geregelt ist. Das Gesetz sieht nicht vor, dass die Auflösung der einen Gesellschaft automatisch die Auflösung der anderen Gesellschaft nach sich zieht³⁶⁶. Sowohl bei der Auflösung als auch bei der Liquidation einer GmbH & Co KG sind grundsätzlich zwei getrennte Verfahren durchzuführen. Für die Liquidation der Komplementär-GmbH gelten die zwingenden Vorschriften des GmbHG und für die KG die überwiegend dispositiven Normen des UGB³⁶⁷. Ob und inwieweit der Grundsatz der Dispositivität des Liquidationsrechts bei Personengesellschaften für eine GmbH & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter eingeschränkt werden muss, wird in der Folge ausführlich zu erörtern sein³⁶⁸. Daneben plädiert ein Teil der Lehre darüber hinaus für eine analoge Anwendung GmbH-rechtlicher Liquidationsbestimmungen auf die GmbH & Co KG als solche³⁶⁹. Dies betrifft wiederum die grundsätzliche Frage, ob es notwendig und zweckmäßig ist GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG analog anzuwenden.

³⁶⁶ Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 73; Fritz/Schauer, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 123; Schummer, Personengesellschaften⁶, 55.

³⁶⁷ §§ 89 bis 95 GmbHG, §§ 145 bis 158 UGB; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 65; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 3; U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 4; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 89 Rz 5.

³⁶⁸ Siehe dazu OGH 21. 12. 1995, 2 Ob 594/95 = SZ 68/244; OGH 9. 10. 1997, 2 Ob 184/97s = SZ 70/196; Dellinger, Personenhandelsgesellschaften, Gläubigerschutz und Vollbeendigung während eines Passivprozesses, JBl 1991, 629 (634 ff); ders, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 65 ff; U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 6 ff, § 149 Rz 33; § 155 Rz 3; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 90 Rz 4a; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 7; Mahr, Die Vollbeendigung einer Personenhandelsgesellschaft während eines gegen sie anhängigen Rechtsstreites (Passivprozess), GesRZ 1995, 170 (184 f); ders, Zur Haftung von Liquidatoren einer GmbH & Co KG im engeren Sinn aus Schutzgesetzverletzung der §§ 149, 155 HGB Anmerkung zur Entscheidung des OGH, 2 Ob 594/95, wbl 1996, 304 (305).

³⁶⁹ K. Schmidt in Scholz, GmbHG⁹ § 73 Rz 39; K. Schmidt, MK-HGB² § 155 Rz 49; K. Schmidt, GmbHR 1989, 141, 144; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 405.

Dabei ist auch zu untersuchen, ob in der Liquidation andere Anforderungen an einen effektiven Kapitalschutz bestehen als bei verbender Gesellschaft.

3.2. Grundlagen zur Liquidation der KG und der GmbH

3.2.1. KG

Die Liquidation von OG und KG ist in den §§ 145 ff UGB geregelt. Die Liquidation ist das als Folge einer nicht konkursbedingten Auflösung dispositiv vorgesehene Verfahren zur Lösung der persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur Beendigung der rechtlichen Verhältnisse zu Dritten mit dem Ziel der Vollbeendigung der Gesellschaft³⁷⁰. Die Voraussetzungen für die Liquidation sind daher die wirksame Auflösung der Gesellschaft, das Vorhandensein von Aktivvermögen und dass die Gesellschafter keine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig und wird deshalb ein Konkursverfahren über die Gesellschaft eröffnet, so darf eine Liquidation nur nach konkursrechtlichen Vorschriften erfolgen³⁷¹.

Bis zur Vollbeendigung der aufgelösten Kommanditgesellschaft können die Gesellschafter eine Fortsetzung der Gesellschaft beschließen³⁷². Anders als bei Kapitalgesellschaften ist dies auch noch nach Beginn der Vermögensverteilung möglich. Ein Fortsetzungsbeschluss setzt mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung Einstimmigkeit unter den Gesellschaftern voraus³⁷³.

Bezüglich der Rechtsstellung der Gesellschafter untereinander und der Gesellschaft in Liquidation legt § 156 UGB fest, dass bis zur Beendigung der Liquidation die Vorschriften des zweiten und dritten Titels des UGB (§§ 108-122 und §§ 123-130) zur Anwendung gelangen, sofern sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt. Die Kommanditgesellschaft verliert durch die Auflösung nicht

³⁷⁰ U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 30; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 48; Schummer, Personengesellschaften⁶, 55.

³⁷¹ Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 9; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 48; Schummer, Personengesellschaften⁶, 55.

³⁷² „Die Neuerung des § 141 Abs 1 UGB liegt darin, dass die Gesellschafter nicht der Mitwirkung jenes Gesellschafters bedürfen, der den Auflösungsstatbestand verwirklicht.“ Weigand in Krejci/Dehn, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 77 f; OGH GesRZ 1978, 76; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 76; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 23; U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 56 ff.

³⁷³ Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 76; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 23; U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 60.

ihre Rechtsfähigkeit. Die der Gesellschaft durch § 105 Satz 2 UGB verliehene Rechtssubjektivität bleibt bis zur Vollbeendigung der KG aufrecht. Dementsprechend endet auch die Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht mit der Auflösung, sondern erst mit der Vollbeendigung der KG³⁷⁴.

In der Liquidation hat die Gesellschaft einen neuen Gesellschaftszweck, nämlich die Abwicklung der Außenbeziehungen durch Vermögensverwertung und die Gläubigerbefriedigung. Das Ziel ist ein möglichst hoher Liquidationserlös. Der Gesellschaftszweck in Liquidation ist daher kurz gesagt die Abwicklung der Außenbeziehungen unter bestmöglicher Verwertung des Gesellschaftsvermögens³⁷⁵.

Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft in Liquidation erfolgt gemäß § 146 UGB im Regelfall durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren. In der KG sind daher auch die Kommanditisten Liquidatoren. Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so gilt grundsätzlich Gesamtgeschäftsführung (§ 150 UGB). Eine durch das UGB eingeführte Neuerung gegenüber dem HGB ist die Aufhebung der Vollmachtsbeschränkung der Liquidatoren in § 149 Abs 1 Satz 2. Das UGB führte demnach für Liquidatoren eine (wie bisher nach § 151 UGB unbeschränkbare) organschaftliche Vollmacht ein, deren Umfang identisch ist mit jener von organschaftlichen Vertretern der verbenden Gesellschaft³⁷⁶. Aus dem Liquidationszweck ergibt sich, dass die zentrale Geschäftsführungsaufgabe der Liquidatoren die bestmögliche Verwertung des Unternehmens ist. Gemäß § 152 UGB haben die Liquidatoren in Bezug auf die Geschäftsführung den einstimmig beschlossenen Weisungen der Beteiligten zu folgen. Das Einstimmigkeitserfordernis ist aber nicht zwingend. Der Gesellschaftsvertrag kann für Weisungen an die Liquidatoren auch eine Mehrheitsklausel vorsehen³⁷⁷. Die Beteiligten sind gemäß § 146 UGB die Gesellschafter, an Stelle eines sich in Konkurs befindlichen Gesellschafters jedoch der Masseverwalter und im Falle des § 135 UGB auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Auf die Rechtsbeziehung der Gesellschaft zu Dritten hat der Eintritt der Liquidation grundsätzlich keinen Einfluss. Insbesondere werden Forderungen der Gesellschaft oder von Geschäftspartner der Gesellschaft nicht vorzeitig fällig. Dauerschuldverhältnisse werden nicht automatisch aufgelöst. Jedoch kann die Liquidation des Unternehmens oder ein

³⁷⁴ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 77 f; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 145 Rz 13, § 156 Rz 1; *U. Torggler* in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 36; zur Parteifähigkeit 7 Ob 560/81 = GesRZ 1980, 176 f; 6 Ob 311/64, EvBl 1965/288; VwGH 89/16/0019, GesRZ 1995, 128; zur Rechtsfähigkeit eingetragener Personengesellschaften nach dem UGB siehe *Weigand* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 65; *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 23.

³⁷⁵ *U. Torggler* in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 38; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 47 f, 79 f; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 145 Rz 11.

³⁷⁶ *Krejci* in *Krejci*, Kommentar zum UGB (2007) § 149 Rz 1.

³⁷⁷ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 112.

Inhaberwechsel Auswirkungen auf langfristige Verträge und Dauerschuldverhältnisse haben und einen ausreichenden Grund für eine vorzeitige Beendigung der Rechtsbeziehung für den Vertragspartner bilden³⁷⁸. Die Gesellschaftsgläubiger können in der Liquidation weiterhin mittels eines gegen die Gesellschaft gerichteten Titels auf das gesamte Gesellschaftsvermögen greifen. Die Gesellschafter haften auch im Liquidationsstadium im Allgemeinen nach §§ 128 ff bzw. §§ 171 ff UGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft³⁷⁹. Dies gilt auch für Verbindlichkeiten die die Gesellschaft erst nach der Auflösung eingegangen ist³⁸⁰. Zu beachten sind hier § 159 UGB, wonach Ansprüche aus Gesellschafterhaftung in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren, und § 139 Abs 4 UGB, nach dem die bedingt erbserklärten Erben eines Gesellschafters bei Auflösung innerhalb eines Monats ab Einantwortung nur im Umfang der übernommenen Aktiva für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften³⁸¹.

Das Ende der Liquidation tritt nach dem Regelungsplan des Gesetzes mit der erfolgten Beendigung sämtlicher Rechtsbeziehungen der Gesellschaft und der vollständigen Verteilung des Gesellschaftsvermögens ein³⁸². In anderen Worten endet die Liquidation mit der Vollbeendigung der Gesellschaft. Zu einem Ende der Liquidation kommt es auch, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung beschließen oder einen wirksamen Fortsetzungsbeschluss fassen. Darüber hinaus kann die Liquidation auch durch Konkurseröffnung über das Vermögen der bereits aufgelösten Gesellschaft enden³⁸³.

3.2.2. Exkurs: Zum Gläubigerschutz bei der gesetzestypischen KG

Als Grundlage für die Darstellung und Diskussion des Gläubigerschutzes bei der Liquidation der GmbH & Co KG ist es hilfreich auf den Gläubigerschutz der gesetzestypischen KG einzugehen. Es soll dadurch auch gezeigt werden in welcher unterschiedlicher Weise die Normen des UGB gebraucht werden um einerseits einen

³⁷⁸ U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 52; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 82 ff; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 21.

³⁷⁹ U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 51; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 81; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 21.

³⁸⁰ Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 81, mwN.

³⁸¹ Genauer dazu Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 81 f; U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 51.

³⁸² Vgl dazu §§ 149, 155 UGB.

³⁸³ Jabornegg in Jabornegg, HGB § 145 Rz 22; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 99; U. Torggler in Straube, HGB³ § 145 Rz 55 (Nach dessen Ansicht unterbricht die Eröffnung des Konkurses einer bereits aufgelösten Gesellschaft lediglich die Liquidation).

Kapitalschutz für die Gesellschafter und andererseits einen Schutz für die Gesellschaftsgläubiger zu begründen.

Die Normen betreffend die Liquidation von Personengesellschaften sind nach Ansicht der überwiegenden Lehre grundsätzlich dispositiv³⁸⁴. Die Gesellschafter können auf Grund eines einstimmigen Beschlusses von den Liquidationsvorschriften abweichen oder statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung wählen³⁸⁵. In der Literatur herrscht daher weitgehend Einigkeit darüber, dass die Liquidation von Personengesellschaften nur dem Interesse der Gesellschafter dient, nicht jedoch jenem der Gesellschaftsgläubiger. Das Interesse der Gläubiger, aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt zu werden, ist auf Grund der fortdauernden persönlichen Haftung der Gesellschafter³⁸⁶ im Gesetz nicht verankert³⁸⁷. Solange die aufgelöste Gesellschaft Vermögen besitzt, haben die Gesellschaftsgläubiger zwar die Möglichkeit sie gemäß § 156 UGB in der Liquidation und gemäß § 158 UGB im Falle einer anderen Art der Auseinandersetzung zu klagen und gegen sie Exekution zu führen. Die Gesellschafter können nach hM aber auf legale Weise das Gesellschaftsvermögen durch einstimmigen Beschluss endgültig unter sich aufteilen und dadurch die Gesellschaft vollbeenden, ohne die Gläubiger vorher daraus zu befriedigen³⁸⁸. Sie werden dies in der Regel schon im eigenen Interesse nicht tun, da ihnen sonst, auf Grund ihrer Solidarhaftung die persönliche Inanspruchnahme durch die Gläubiger droht. Die §§ 149 und 155 UGB, die eine Befriedigung der Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen vorsehen, bezwecken nach hM das Interesse der Gesellschafter – nicht persönlich in Anspruch genommen zu werden – zu schützen. Diese Regeln sind demnach ebensowenig zwingend wie das Liquidationsrecht für die OG und die KG insgesamt³⁸⁹. Dieser Sichtweise entspricht nach Meinung von *Dellinger*³⁹⁰, dass es im OHG (OG) Recht an ergänzenden Gläubigerschutzmechanismen wie einem Aufgebotsverfahren zur Information unbekannter Gläubiger oder einer Sperrfrist, die vor Verteilung eingehalten werden muss, fehlt.

³⁸⁴ U. Torggler in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 4; *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 145 Rz 4; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 50 ff; ders, wbl 1997, 408.

³⁸⁵ Siehe § 152 UGB.

³⁸⁶ § 128 iVm § 159 UGB.

³⁸⁷ *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 145 Rz 5; U. Torggler in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 6; *Torggler/Kucsko in Straube*, HGB² § 145 Rz 15, § 155 Rz 2; 6 Ob 21/93, eclex 1994, 236; *Dellinger*, Gläubigerschutz durch zwingenden Kapitalschutz auch in der Liquidation einer gesetzestypischen OHG?, wbl 1997, 408; *ders* mit ausführlichen weiteren Nachweisen, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 50 Fn 5.

³⁸⁸ U. Torggler in *Straube*, HGB³ § 155 Rz 3; *Dellinger*, JBl 1991, 632; *ders*, wbl 1997, 409; *ders*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 50 f.

³⁸⁹ U. Torggler in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 4 ff; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 51; *ders*, wbl 1997, 409.

³⁹⁰ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 51; *ders*, wbl 1997, 409.

Einige Autoren vertreten demgegenüber die Gegenansicht, nach der die Gläubigerbefriedigung (§§ 149, 155 UGB) und die Zurückbehaltung der dafür erforderlichen Beträge (§ 155 Abs 2) primär dem Gläubigerschutz dienen und daher zwingenden Charakter haben³⁹¹.

Nach Ansicht von *Mahr*³⁹² stellen die §§ 156, 158 HGB (UGB) übereinstimmend den Grundsatz auf, dass die aufgelöste Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten fortbesteht, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Er stützt sich dabei auf die Denkschrift zum HGB und insbesondere auf die Materialien zu § 158 HGB³⁹³. Danach bietet „die Befugnis der Gesellschaftsgläubiger, sich an die einzelnen Gesellschafter zu halten, ... keinen ausreichenden Ersatz für den Ausschluss der Möglichkeit, aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung zu erlangen“. § 158 HGB (UGB) werde allgemein als zwingend angesehen, weil er das Außenverhältnis und daher die Interessen Dritter betreffe. Wären dagegen die Liquidationsvorschriften nach §§ 145 HGB (UGB) entsprechend der hM dispositiv, könnten die Gesellschafter nach Ansicht von *Mahr* die aufgelöste Gesellschaft jederzeit durch Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung vorzeitig beenden, was zur Folge hätte, dass die Gesellschaftsgläubiger ihr Zugriffsrecht auf das Gesellschaftsvermögen als den ihnen bei der Liquidation ausschließlich vorbehaltenen Haftungsfonds verlieren. Das widerspreche aber dem allgemeinen Grundsatz, dass durch Vereinbarung zwischen Gesellschaftern nicht in Rechte Dritter eingegriffen werden kann. *Mahr* folgert deshalb, dass ungeteiltes Gesellschaftsvermögen immer und jedenfalls solange besteht, bis alle Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten abgewickelt und die Gesellschaftsschulden getilgt sind³⁹⁴. Im Zusammenhang mit den §§ 156 und 158 HGB (UGB) könne man daher die Liquidationsvorschriften des HGB im Verhältnis zu Dritten nicht anders verstehen, als dass für die Gesellschafter eine einheitliche Dispositionsschranke betreffend die Verteilung des Gesellschaftsvermögens besteht.

Zur Begründung seiner Ansicht verweist *Mahr*³⁹⁵ auf den Vorrang der Schuldentilgung nach § 155 HGB (UGB) und auf den Ausgleich von Verlusten unter den Gesellschaftern nach Art 7 Nr. 19 EVHGB³⁹⁶. § 155 HGB (UGB) sehe für die Schlussverteilung ausdrücklich eine Rangordnung vor, nach welcher eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens erst nach

³⁹¹ K. Schmidt, ZHR 153 (1989) 270 (284); *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 145 Rz 6; *Mahr*, GesRZ 1995, 178 ff; *ders*, wbl 1996, 305.

³⁹² *Mahr*, GesRZ 1995, 181 ff.

³⁹³ Denkschrift zum HGB II (1897) 108 abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II/2, 1039.

³⁹⁴ *Mahr*, GesRZ 1995, 182.

³⁹⁵ *Mahr*, GesRZ 1995, 182.

³⁹⁶ Im UGB in § 155 Abs 4 in etwas geänderter Form integriert.

Berichtigung der Schulden erfolgen darf. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sei es die Pflicht der Liquidatoren nach § 155 Abs 2 HGB (UGB) Gesellschaftsvermögen zurückzubehalten. Eine abweichende Weisung nach § 152 HGB (UGB) sei unzulässig, weil dadurch einerseits das Zugriffsrecht der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen vereitelt und andererseits durch eine vorläufige Verteilung ohne Rückstellung für die Gesellschaftsschulden die Gesellschaft masselos würde. Gerade das wolle aber § 155 Abs 1, Abs 2 Satz 1 HGB (UGB) verhindern und insoweit sei er sowohl zwingend als auch Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger³⁹⁷.

Reiche das Gesellschaftsvermögen der aufgelösten Gesellschaft zur Deckung der Gesellschaftsschulden und der Kapitalanteile nicht aus, so hätten die Gesellschafter nach Art 7 Nr 19 EVHGB (heute § 155 Abs 4 UGB) für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach dem sie den Verlust zu tragen haben. Diese Verlustausgleichsansprüche seien entgegen der hM nicht den einzelnen Gesellschaftern sondern der Gesellschaft zuzuordnen. Da es sich bei Art 7 Nr 19 Satz 1 EVHGB, 1. Variante um Nachschüsse zur Schuldentilgung handle, durch die unmittelbar Rechte Dritter berührt würden, sei diese Norm als zwingend anzusehen³⁹⁸.

Nach Ansicht von *Dellinger*³⁹⁹ muss die von *Mahr*⁴⁰⁰ zitierte Stelle aus der Denkschrift im Kontext des § 158 HGB (UGB) gelesen werden. Der Zweck dieser Bestimmung sei es klar zu stellen, dass die Gesellschaft auch während einer anderen Art der Auseinandersetzung parteifähig bleibt, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Sonst wäre noch vorhandenes Vermögen dem Gläubigerzugriff entzogen und der Zugriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter unzureichend. Ein zwingender Vorrang der Gläubigerbefriedigung sei der Denkschrift zu § 158 daher nicht zu entnehmen. Im Gegenteil spreche für die Nachgiebigkeit der Gläubigerbefriedigung gemäß §§ 149, 155 HGB (UGB), dass die Naturalteilung als eine zulässige Art der Auseinandersetzung erwähnt ist⁴⁰¹.

Richtig ist nach Meinung von *Dellinger*⁴⁰², dass die Gesellschaftsgläubiger, wenn sie unmittelbar gegen die Gesellschafter vorgehen, der vollen Konkurrenz der Privatgläubiger ausgesetzt sind. Demgegenüber seien sie im Verhältnis zu den Privatgläubigern privilegiert,

³⁹⁷ *Mahr*, GesRZ 1995, 182 f.

³⁹⁸ *Mahr*, GesRZ 1995, 183 f.

³⁹⁹ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 54 f; *ders*, wbl 1997, 411 f; siehe auch *U. Torggler* in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 7.

⁴⁰⁰ Denkschrift zum HGB II (1897) 108 abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II/2, 1039.

⁴⁰¹ Denkschrift zum HGB II (1897) 103 abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II/2, 1039; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 54 f; *ders*, wbl 1997, 411 f.

⁴⁰² *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 57; *ders*, wbl 1997, 413.

wenn sie in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken. Die Gesellschaftsgläubiger seien aber bei werbender Gesellschaft bezüglich dieses Privilegs offensichtlich nicht geschützt. Der Gesetzgeber habe im Personenhandelsgesellschaftsrecht auf Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln verzichtet. Weder die Gründung noch der weitere Bestand einerwerbenden OHG oder KG setze ein Gesellschaftsvermögen voraus. Die Gesellschafter könnten das betriebswirtschaftlich notwendige auch in ihrem Privatvermögen belassen und der Gesellschaft nur zum Gebrauch zur Verfügung stellen. Auch bei werbender Gesellschaft könnten die Gesellschafter einstimmig das Gesellschaftsvermögen verteilen und den Geschäftsbetrieb ausschließlich mit Fremdkapital finanzieren, nachdem die Überschuldung der gesetzestypischen OHG und KG keinen Konkursgrund darstellt. Die den Gesellschaftern nach hM in § 145 Abs 1 sowie § 152 HGB (UGB) eingeräumte Freiheit, über die Art und Weise der Liquidation zu disponieren, sei daher nur die logische Fortsetzung des schon für die werbende Gesellschaft geltenden Verzichts auf Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln.

Im Übrigen gebe es auch keinen Schutz für die Gesellschaftsgläubiger, wenn Aktiva und Passiva einer Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übergehen. Denn in diesem Fall bleibe den Gläubigern einerseits der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, wenn auch mit dem neuen Rechtsträger und andererseits würden auch die ausscheidenden Gesellschafter nach §§ 128, 159 HGB (UGB) weiter persönlich haften⁴⁰³.

Zu den praktischen Konsequenzen von unverzichtbaren Nachschussansprüchen gemäß Art 7 Nr 19 EVHGB oder zwingenden Rückforderungsansprüchen gemäß § 155 HGB argumentiert *Dellinger*⁴⁰⁴, dass diese mit einem OHG-rechtlichen Kapitalschutz gleichzusetzen wären, der weiterreicht als bei Kapitalgesellschaften. Hätten bei einer Kapitalgesellschaft die Gesellschafter nach ordnungsgemäß durchgeführter Liquidation und Ablauf der Sperrfrist den Liquidationserlös in gutem Glauben erhalten, so seien sie auch dann nicht zur Rückzahlung verpflichtet, wenn sich nachträglich ein bisher unbekannter Gläubiger meldet. Wenn selbst im GmbH-Recht, wo den Gläubigern grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht, eine Rückerstattung des gutgläubig Erhaltenen nicht verlangt wird, so stellt sich für *Dellinger*⁴⁰⁵ die Frage, warum dann das OHG-Recht eine solche Rückerstattung in das Gesellschaftsvermögen zwingend vorschreibt, obwohl die Gesellschafter ohnehin persönlich und unmittelbar im Außenverhältnis haften. Ein den

⁴⁰³ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 59 f; *ders*, wbl 1997, 414.

⁴⁰⁴ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 61 f; *ders*, wbl 1997, 415.

⁴⁰⁵ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 61 f; *ders*, wbl 1997, 415 f.

Kapitalgesellschaften vergleichbarer Kapitalschutz ließe sich außerdem aus dem HGB (UGB) für die OHG und KG nicht ableiten. Das System der Gläubigersicherung im OHG-Recht beruhe de lege lata auf der persönlichen Haftung der Gesellschafter und sei als solches auch durchaus tauglich, da die Gesellschafter üblicherweise ein Interesse daran haben, dass die Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen und nicht aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters befriedigt werden.

Mit der überwiegenden herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass die §§ 149 und 155 UGB nur dem Schutz der Gesellschafter vor persönlicher Inanspruchnahme durch die Gläubiger dienen und keinen zwingenden Charakter haben. Es obliegt daher der Entscheidung der Gesellschafter, ob sie sich dem Risiko unbeschränkter persönlicher Inanspruchnahme durch die Gläubiger aussetzen oder ob sie für ein ausreichendes Gesellschaftskapital sorgen.

Mit der Einführung des UGB hatte der Gesetzgeber die Möglichkeit die Bestimmungen betreffend die Liquidation von OG und KG zu ändern und einen zwingenden Gläubigerschutz zu normieren. Er hat dies aber nicht getan. Das Grundprinzip bei der OG und der KG ist weiterhin die unbeschränkte Haftung der Komplementäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Im Personengesellschaftsrecht gibt es dementsprechend grundsätzlich kein zwingendes Kapitalerhaltungsrecht⁴⁰⁶. Dies ist in der Liquidation nicht anders und stellt für die Gesellschaftsgläubiger durch die fünfjährige Nachhaftung der Gesellschafter gemäß § 159 UGB, auch kein besonderes Risiko dar. Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist ein überaus effektiver Ersatz für zwingende Normen zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung.

Um eine persönliche Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger zu verhindern hat jeder Gesellschafter einen einklagbaren Anspruch auf Durchführung der gesetzlichen Liquidation⁴⁰⁷. Es bedarf daher der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn das Gesellschaftsvermögen vor Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger endgültig verteilt werden soll. Um nicht persönlich in Anspruch genommen zu werden, werden die Gesellschafter die Zustimmung zu einer derartigen Verteilung aber nur erteilen wenn die Gläubiger befriedigt sind. Die persönliche Haftung eines Gesellschafters birgt für diesen in der Folge auch ein großes Prozesskostenrisiko und er kann nicht sicher sein, dass er gegen all seine Mitgesellschafter erfolgreich Regress nehmen kann. Insgesamt ergibt sich daraus ein sehr effektiver Gläubigerschutz. Ein Bedarf zwingender Gläubigerschutznormen bei der gesetzestypischen OG und KG ist aus diesem Grund nicht gegeben.

⁴⁰⁶ Eine Ausnahme ist § 172 UGB.

⁴⁰⁷ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 63; *ders*, wbl 1997, 416; *ders*, JBl 1991, 632; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 145 Rz 5.

Bezüglich der ehemals in Art 7 Nr 19 EVHGB geregelten Nachschusspflicht der Gesellschafter stellt die Nachfolgenorm § 155 Abs 4 UGB ausdrücklich klar, dass es sich dabei um einen Schutz zu Gunsten der Gesellschafter handelt. Anstatt der bisherigen Formulierung, in der es hieß, „Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden und der Kapitalanteile der Gesellschafter nicht aus ...“, heißt es in § 155 Abs 4 UGB nur noch „Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Guthaben von Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht aus ...“. Die Nachschusspflicht zur Deckung von Gesellschaftsschulden wurde aus dem Gesetz entfernt. In den erläuternden RV⁴⁰⁸ heißt es dazu wörtlich:

„Eine ... Nachschusspflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für offene Gesellschaftsschulden soll nicht angeordnet werden, da sie neben der ohnedies unbeschränkt bestehenden Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft nicht in jedem Fall sachgerecht erscheint.“

Diese Formulierung entspricht eben den Argumenten, die die herrschende Meinung gegen einen zwingenden Gläubigerschutz im Recht der OG und KG anführt. Es wird klargestellt, dass das Konzept der persönlichen Haftung der Gesellschafter einen ausreichenden Schutz für die Gesellschaftsgläubiger bildet und darüber hinausgehende zwingende Kapitalerhaltungsregeln nicht erforderlich sind.

Grenzen der Dispositivität ergeben sich aber dennoch aus verschiedenen Normen⁴⁰⁹. Gemäß §§ 27 ff KO bzw gemäß der AnfO kann die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens ohne Gläubigerbefriedigung anfechtbar sein. Der Tatbestand der betrügerischen Krida (§ 156 Abs 1 StGB) verbietet es einem Schuldner, vorsätzlich sein Vermögen zu verringern und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen zu vereiteln oder zu schmälern. Daneben ist auch das Delikt der grob fahrlässigen Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit (§ 159 StGB) zu beachten.

⁴⁰⁸ Abgedruckt bei *Krejci*, Kommentar zum UGB § 155.

⁴⁰⁹ Dazu *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 63 f; *ders*, wbl 1997, 416 f, mwN.

3.2.3. GmbH

Die Liquidation der GmbH ist in den §§ 89 bis 95 GmbHG geregelt. Gemäß § 90 Abs 1 GmbHG sind die §§ 149, 150 Abs 1 und 153 UGB bei der GmbH anzuwenden.

§ 89 GmbHG bestimmt, dass nach Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich eine Liquidation verpflichtend ist. Ausnahmsweise unterbleibt die Liquidation, wenn die GmbH durch übertragende Umwandlung, Aufspaltung oder Verstaatlichung aufgelöst ist⁴¹⁰. In diesen Fällen kommt es in der Regel zur Gesamtrechtsnachfolge, weshalb nichts zu liquidieren bleibt⁴¹¹. Die GmbH ist auch dann nicht zu liquidieren, wenn sie wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde⁴¹². Die grundsätzlich zwingende Vornahme einer Liquidation bei GmbHs hat ihren Grund darin, dass kein Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ist daher primär zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu verwenden⁴¹³.

Hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesellschaft sowie der Gesellschaft zu dritten Personen kommen die Bestimmungen des GmbHG ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft bis zum Ende der Liquidation zur Anwendung, soweit sich aus den besonderen Bestimmungen und dem Zweck der Liquidation nichts anderes ergibt⁴¹⁴.

Als Liquidatoren treten gemäß § 89 Abs 2 GmbHG die Geschäftsführer der GmbH ein, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter andere Personen dazu bestellt werden. Auf Antrag des Aufsichtsrates oder von Gesellschaftern können unter bestimmten Voraussetzungen auch Liquidatoren durch das Gericht bestellt werden⁴¹⁵. Nach § 92 Abs 1 GmbH sind alle Bestimmungen betreffend die Geschäftsführer sinngemäß auch auf die Liquidatoren anzuwenden. Die Liquidatoren und ihre Vertretungsbefugnis sind durch die Geschäftsführer zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden⁴¹⁶. Nach § 90 Abs 1 GmbHG iVm § 149 UGB haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen. Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Bei ihrer Geschäftsführung haben die Liquidatoren den von

⁴¹⁰ § 96 GmbHG, § 1 Abs 2 UmwG; 95 Abs 3 GmbHG.

⁴¹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 6; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht¹, 697.

⁴¹² § 40 Abs 1 FBG; vgl OLG Wien NZ 1997, 228; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 7.

⁴¹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 3.

⁴¹⁴ § 92 Abs 2 GmbHG; *Borns*, GmbH-Recht 117; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 92 Rz 1.

⁴¹⁵ Siehe § 89 Abs 2.

⁴¹⁶ § 89 Abs 4 GmbHG.

den Gesellschaftern gefassten Beschlüssen Folge zu leisten⁴¹⁷. Aus § 90 Abs 1 iVm § 150 Abs 1 UGB ist zu entnehmen, dass mehrere Liquidatoren nur gesamtvertretungsbefugt sind. Passive Vertretungsmacht hat aber jeder einzelne Liquidator⁴¹⁸. Die Ausschreibung von Einzahlungen auf nicht voll eingezahlte Stammeinlagen ist nach Auflösung der GmbH nur insoweit zulässig, als es zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich scheint⁴¹⁹. Die Liquidatoren müssen sich aber primär an säumige Schuldner halten⁴²⁰. Nachschüsse können nach Auflösung der GmbH nicht mehr eingefordert werden. Dies folgt daraus, dass der Zweck von Nachschüssen die Finanzierung der Geschäftstätigkeit der werbenden Gesellschaft ist. Ist der Nachschussanspruch bereits vor der Auflösung entstanden, so kann er eingefordert werden, da es sich um einen Vermögensbestandteil der GmbH handelt, der zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehen muss⁴²¹.

§ 91 GmbHG ist die für das Liquidationsverfahren zentrale Bestimmung. Die dort enthaltenen Regeln bilden auch den entscheidenden Grund für den zwingenden Charakter der Liquidation⁴²². § 91 Abs 1 GmbHG betrifft die Rechnungslegungsvorschriften, die im Wesentlichen gleich sind wie bei werbender Gesellschaft⁴²³. Dadurch soll gesichert werden, dass die Vermögensabwicklung der Gesellschaft im Interesse der Gesellschafter und der Gläubiger auch im Abwicklungsstadium transparent bleibt⁴²⁴. Zur Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger haben die Liquidatoren die Auflösung der Gesellschaft in den Bekanntmachungsblättern zu veröffentlichen und dabei die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei ihnen zu melden. Daneben sind bekannte Gläubiger hiezu direkt aufzufordern⁴²⁵. Gemäß § 91 Abs 2 GmbHG sind die bei der Auflösung der GmbH vorhandenen und die während der Liquidation eingehenden Gelder zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Die für die Erfüllung noch nicht fälliger Verbindlichkeiten erforderlichen Beträge haben die Liquidatoren zurückzubehalten und daher nicht an die Gesellschafter zu verteilen. Resultieren solche Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, ist

⁴¹⁷ § 90 Abs 2 GmbHG.

⁴¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 7.

⁴¹⁹ § 90 Abs 3 GmbHG.

⁴²⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 11.

⁴²¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 12.

⁴²² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 2.

⁴²³ Dazu genauer *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 94 f.

⁴²⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 2.

⁴²⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 8; OGH RdW 2001, 153 = *ecolex* 2001, 50 mit Anm *Grave*; OLG Wien NZ 2000, 312; *Borns*, GmbH-Recht, 120; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 95.

es in der Regel zweckmäßig diese aus wichtigem Grund zu kündigen⁴²⁶. Stellt sich während des Liquidationsverfahrens heraus, dass es der Gesellschaft nicht möglich ist, sämtliche Gläubiger zu befriedigen, so ist die Eröffnung eines Ausgleichs- oder Konkursverfahrens zu beantragen⁴²⁷.

Zum Schutz der Gläubiger bestimmt § 91 Abs 3 GmbHG, dass das nach Berichtigung und Sicherstellung der Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen von den Liquidatoren erst nach Ablauf von drei Monaten ab dem Tag der Veröffentlichung der Aufforderung an die Gläubiger an die Gesellschafter verteilt werden darf. Durch diese Bestimmung soll erreicht werden, dass sich möglichst alle Gläubiger melden, also kein Gesellschaftsvermögen verteilt wird, bevor nicht sicher ist, was verteilt werden darf⁴²⁸. Die Liquidatoren haften der Gesellschaft gegenüber bei Verletzung dieser Gläubigerschutzvorschriften nach Maßgabe der §§ 92 und 25 GmbHG. Der OGH hat daneben anerkannt, dass § 91 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und 3 Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger sind, sodass die Gläubiger direkte Schadenersatzansprüche gegen die Liquidatoren haben⁴²⁹.

Die Verteilung des Liquidationsüberschusses hat – sofern im Gesellschaftsvertrag dazu nicht besondere Regelungen getroffen sind – nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen zu erfolgen. Dem hat die Rückzahlung von etwaigen Nachschüssen voran zu gehen⁴³⁰. Wurde der Liquidationsüberschuss rechtmäßig verteilt, so sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, das Empfangene zurückzugewähren falls ein unbekannter Gläubiger im Nachhinein auftaucht⁴³¹. Ist die Verteilung rechtswidrig, dann liegt nach einem Teil der Lehre ein Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG vor⁴³². Das Rückzahlungsverbot in dieser Bestimmung wird demnach erst dann außer Kraft gesetzt, wenn der Liquidationsüberschuss nach den Regeln des § 91 Abs 3 GmbHG verteilt werden darf. Daher müssen die Gesellschafter rechtswidrig erhaltene Beträge in das Gesellschaftsvermögen rückerstatten, soweit dies zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Der Anspruch der GmbH stützt sich dabei auf § 83

⁴²⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 10.

⁴²⁷ *Borns*, GmbH-Recht 121; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 12.

⁴²⁸ SZ 69/94; *Borns*, GmbH-Recht, 121; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 13.

⁴²⁹ OGH GesRZ 1998, 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 14; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 95 f.

⁴³⁰ § 91 Abs 3 GmbHG; *Borns*, GmbH-Recht, 121; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 14.

⁴³¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 18; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht¹, 718; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 95, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1205 f.

⁴³² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 19; siehe dazu auch *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 95; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1205; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht¹, 719 f.

Abs 1 GmbHG. Die Gesellschafter trifft keine direkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, jedoch können die Gläubiger den Anspruch der GmbH pfänden⁴³³.

3.3. Gläubigerschutz in der Liquidation der GmbH & Co KG

Wie bei verbender GmbH & Co KG ist auch in der Liquidation darauf zu achten, dass das Vermögen der Komplementär-GmbH zwingenden Kapitalschutzbestimmungen unterliegt. Daneben fehlt bei einer GmbH & Co KG ieS eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter, was für die Gesellschaftsgläubiger ein erhöhtes Risiko darstellen kann. Es ist daher zu untersuchen inwieweit die zwingenden Bestimmungen des GmbHG mittelbare Auswirkungen auf die KG haben und ob der Grundsatz der Dispositivität des Liquidationsrechtes bei Personengesellschaften im Falle der GmbH & Co KG zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger einzuschränken ist.

3.3.1. Zwingender Gläubigerschutz bei der Komplementär-GmbH

Wie bereits erwähnt sind bei der GmbH & Co KG zwei getrennte Liquidationsverfahren durchzuführen. Es besteht daher auch die Möglichkeit lediglich die KG aufzulösen und die Komplementär-GmbH weiterzuführen. Die KG ist nicht zwingend einem Liquidationsverfahren zu unterziehen, sondern könnte gemäß § 145 Abs 1 UGB auch auf eine andere Art abgewickelt werden. Für den Fall, dass sich die Gesellschafter nicht auf eine andere Art der Auseinandersetzung einigen und auch der Gesellschaftsvertrag nichts anderes ausdrücklich festlegt, bestimmt § 146 Abs 1 UGB, dass die Liquidation durch sämtliche Gesellschafter der KG zu erfolgen hat. Die Komplementär-GmbH wird dabei in der Regel durch ihre Geschäftsführer als deren vertretungsbefugte Organe repräsentiert. In einer GmbH & Co KG ieS mit einer großen Anzahl von Kommanditisten wird es in der Regel zweckmäßig sein gesellschaftsvertraglich die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als alleinige Liquidatoren zu bestimmen⁴³⁴.

⁴³³ Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG³ § 91 Rz 19; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1205.

⁴³⁴ Fritz/Schauer, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 123; Frizberger in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? 124.

Die Auflösung der Komplementär-GmbH hat nach in Österreich hM grundsätzlich die Auflösung der KG zur Folge (§ 131 Z 4 UGB – Tod eines Gesellschafters⁴³⁵, § 131 Z 5 UGB – Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters), weshalb sowohl die Liquidation der Komplementär-GmbH als auch die Auseinandersetzung der KG in zwei getrennten Verfahren zu erfolgen hat⁴³⁶. Aufgrund der unbeschränkten Haftung der GmbH für die Verbindlichkeiten der KG und der Tatsache, dass die Komplementär-GmbH vertreten durch ihre Organe Liquidatorin bei der KG ist, sollten die beiden Verfahren aber soweit wie möglich verbunden werden⁴³⁷.

Voraussetzung für die Liquidation der Komplementär-GmbH ist, wie bereits erwähnt, dass sie nicht überschuldet oder gar wegen Vermögenslosigkeit zu löschen ist⁴³⁸. Gemäß § 67 iVm § 69 KO hat bei Überschuldung der GmbH jeder ihrer Geschäftsführer einen Konkursantrag zu stellen. Rechnerisch überschuldet ist die GmbH wenn ihr Aktivvermögen bewertet nach den voraussichtlich erzielbaren Liquidationserlösen nicht ihre echten Verbindlichkeiten deckt⁴³⁹. Die Pflicht zur Einleitung des Konkursverfahrens bereits bei Überschuldung der Gesellschaft besteht gemäß § 67 KO auch bei Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter. Der Hauptanwendungsfall des § 67 KO ist die GmbH & Co KG ieS⁴⁴⁰.

Obwohl für die KG und ihre Komplementär-GmbH jeweils getrennte Liquidationsverfahren durchzuführen sind, haben die zwingenden GmbH-rechtlichen Bestimmungen dennoch Einfluss auf die Abwicklung der KG. Dies trifft selbst dann zu, wenn neben der GmbH noch eine natürliche Person ein Komplementär der GmbH & Co KG ist⁴⁴¹. Diese Auswirkungen des GmbH-Rechts gründen primär darin, dass die Liquidatoren der Komplementär-GmbH auch bei Beschlussfassungen der Gesellschafter der KG, an denen sie

⁴³⁵ Schon die Auflösung einer GmbH soll dem Tod eines Gesellschafters gleichstehen, weil sonst die Vollbeendigung der GmbH wegen aufrechter Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft dauernd blockiert wäre; dazu OGH GesRZ 1976, 126; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 123; kritisch *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 131 Rz 41.

⁴³⁶ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 65; siehe dazu auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1659.

⁴³⁷ *Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG, SWK-Sonderheft 2001, 123.

⁴³⁸ § 40 Abs 1 FBG; vgl OLG Wien NZ 1997, 228; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 7; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 65; *ders*, JBl 1991 634.

⁴³⁹ Auf die sonst zusätzlich durchzuführende Fortbestehensprognose kommt es nach der Auflösung nicht mehr an, weil die Gesellschaft gerade nicht fortbestehen soll, die vorhandenen Verbindlichkeiten daher auch nicht aus den künftigen Erträgen einer werbenden Tätigkeit begleichen kann. Dazu *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 65 f und Fn 66; zur Maßgeblichkeit von Liquidationswerten für den Überschuldungsstatus siehe SZ 59/216; JBl 1989, 53 mit Anm *Schumacher*; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 67 Rz 36, 43 ff.

⁴⁴⁰ *U. Torggler* in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 10; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 66.

⁴⁴¹ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 66.

als Vertreter der GmbH teilnehmen, die Pflicht haben auf die Erhaltung der Liquidationsmasse der Komplementär-GmbH zu achten⁴⁴². Das ergibt sich aus § 91 GmbHG, dem bei teleologischer Interpretation nicht nur das Verbot von Auszahlungen an die Gesellschafter vor Gläubigerbefriedigung zu entnehmen ist, sondern auch das Verbot, das Gesellschaftsvermögen zu Lasten der GmbH-Gläubiger unmittelbar oder mittelbar zu schmälern⁴⁴³. Eine derartige Interpretation ist ganz im Sinne des grundsätzlichen Verbots der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 Abs 1 GmbHG, das einen ausreichenden Haftungsfonds der GmbH im Interesse der Gesellschaftsgläubiger sichern soll.

Wie schon zur Kapitalerhaltung bei werbender GmbH & Co KG erörtert⁴⁴⁴, können Ausschüttungen aus der KG mittelbar auch das Vermögen und damit die Liquidationsmasse der Komplementär-GmbH negativ beeinträchtigen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Komplementär-GmbH Kapitalanteile an der KG hält oder ob sie reine Arbeitsgesellschafterin und daher nicht substantiell an der KG beteiligt ist⁴⁴⁵.

Ist die GmbH an der KG auch vermögensmäßig beteiligt, können Ausschüttungen aus dem Vermögen der KG, die nicht dem Stand der Kapitalkonten entsprechen, zu einer Entwertung der Vermögensbeteiligung der GmbH an der KG führen. Dabei kommt es im österreichischen Recht nicht darauf an, ob eine vermögensmindernde Auszahlung an einen Kommanditisten dazu führt, dass beim Ansatz der KG-Beteiligung in der Bilanz der Komplementär-GmbH eine Wertberichtigung vorgenommen werden muss, die in der Folge zu einer Unterbilanz der GmbH führt. Das Vermögen der GmbH ist durch die bloße Wertminderung der Beteiligung auch dann in gegen § 82 GmbHG verstoßender Weise vermindert, wenn der Beteiligungsansatz so große stille Reserven enthält, dass eine Wertberichtigung trotz der Auszahlung an den Kommanditisten nicht erforderlich ist. Auf eine Unterbilanz kommt es bei § 82 GmbH, der das gesamte Vermögen der GmbH schützt, nicht an⁴⁴⁶.

Unabhängig von einer Vermögensbeteiligung besteht für die Komplementär-GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafterin immer die Gefahr gemäß § 128 UGB für Verbindlichkeiten der KG eintreten zu müssen. Spätestens bei Überschuldung der KG

⁴⁴² Dellinger, JBl 1991 634 f; ders, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 66 f; K. Schmidt in Scholz, GmbHG⁹, § 73 Rz 39.

⁴⁴³ Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 67; Schmidt in Scholz, GmbHG⁹, § 73 Rz 39.

⁴⁴⁴ Siehe III. 3.3.1 Erweiterter Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH.

⁴⁴⁵ Karollus in FS Kropff 671; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 67; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶, § 30 Rz 46 ff; Wenger, RWZ 11/2005, 326 ff; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1657.

⁴⁴⁶ Anders die deutsche Rechtslage, denn § 30 dGmbHG schützt das Gesellschaftsvermögen nur in satzungsgemäß bestimmter Mindesthöhe; siehe dazu ausführlich 2. Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG in Deutschland.

müssen für diese potentiellen Haftungsverbindlichkeiten in der Bilanz der GmbH Rückstellungen gebildet werden, die zu einer Verminderung des Vermögens der GmbH führen. Darüber hinaus kommt es in der Folge wegen der meist geringen Kapitalausstattung von Komplementär-GmbHs meist auch bei dieser zu einer Überschuldung.

*Dellinger*⁴⁴⁷ führt als mögliches Beispiel einer erheblichen Verminderung des GmbH-Vermögens an, dass die Gesellschafter der GmbH & Co KG auf Gläubigerbefriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichten, das Aktivvermögen nach Maßgabe der Beteiligungsverhältnisse endgültig unter sich verteilen und so versuchen könnten, die Vollbeendigung der KG herbeizuführen. In diesem Fall würde sich nicht nur das Risiko der Inanspruchnahme der Komplementär-GmbH für die Verbindlichkeiten der KG vergrößern, sondern es entfalle auch – zumindest wenn man die Vollbeendigung bejaht – die Rückgriffsmöglichkeit gegen die KG gemäß § 110 Abs 1 UGB. Ob werthaltige Rückgriffsansprüche gegen die Mitgesellschafter bestehen, die den sonst nach § 110 UGB gegebenen Aufwendungsersatzanspruch ersetzen könnten, hänge von den Umständen des Einzelfalles und den getroffenen Vereinbarungen ab⁴⁴⁸. Wenn nicht, hätte die Komplementär-GmbH eine Rückstellung für die KG-Verbindlichkeiten zu passivieren, wodurch sich die Vermögensschmälerung auch bilanziell niederschlagen würde. *Dellinger* weist folgerichtig darauf hin, dass aus den vorstehenden Gründen die Liquidatoren der Komplementär-GmbH einer endgültigen Verteilung des KG-Vermögens vor Befriedigung der KG-Gläubiger nicht zustimmen dürfen⁴⁴⁹. Die Liquidatoren haften der Komplementär-GmbH gegenüber gemäß § 92 Abs 1 iVm § 25 Abs 2 GmbHG auf Schadenersatz, wenn sie entgegen dem Verbot die Liquidationsmasse der GmbH zu schmälern, einer endgültigen Verteilung des KG-Vermögens zustimmen. Der OGH hat daneben anerkannt, dass § 91 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und Abs 3 Schutzgesetze zugunsten der GmbH-Gläubiger sind, sodass die Gläubiger direkte Schadenersatzansprüche gegen die Liquidatoren geltend machen können⁴⁵⁰.

Neben der Pflicht der GmbH-Liquidatoren die Erhaltung der Liquidationsmasse der Komplementär-GmbH im Interesse ihrer Gläubiger sicherzustellen, besteht für jene Gesellschafter, die sowohl an der Komplementär-GmbH als auch als Kommanditisten an der KG beteiligt sind, das GmbH-Rechtliche Ausschüttungsverbot gemäß §§ 82 und 91

⁴⁴⁷ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 67.

⁴⁴⁸ Dazu auch *Dellinger*, JBl 1991 635.

⁴⁴⁹ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68.

⁴⁵⁰ OGH GesRZ 1998, 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 14; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 95 f; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68.

GmbHG⁴⁵¹. Es macht dabei keinen Unterschied, ob eine Leistung dem Empfänger in seiner Rolle als Kommanditist oder als GmbH-Gesellschafter zufließen würde⁴⁵². An einen Doppelgesellschafter darf daher in seiner Rolle als Kommanditist weder eine Rückzahlung seiner Hafteinlage noch seiner, unter Umständen die Hafteinlage erheblich übersteigenden, Pflichteinlage erfolgen, soweit dadurch das Vermögen der Komplementär-GmbH geschmälert würde. Gesellschafterbeschlüsse die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) verstoßen sind nach hA nichtig, weil die Verbotsgrundlage dem Gläubigerschutz dient⁴⁵³. Gesellschafter, die verbotswidrige Auszahlungen empfangen haben, sind der GmbH gegenüber nach § 83 Abs 1 GmbHG zu Rückerstattung verpflichtet.

Ein Teil der Lehre will bei der GmbH & Co KG ohne natürlicher Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter das Ausschüttungsverbot des GmbHG auch auf die nicht an der Komplementär-GmbH beteiligten Kommanditisten anwenden⁴⁵⁴. Für *Dellinger* ist die Konsequenz dieser Erstreckung des Ausschüttungsverbots, dass ein Verteilungsbeschluss in der GmbH & Co KG ieS vor Gläubigerbefriedigung nichtig wäre und alle ausgeschütteten Beträge von der GmbH & Co KG ieS zurückgefordert werden könnten⁴⁵⁵.

Die Ausdehnung der GmbH-rechtlichen Ausschüttungssperre auf Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG ist meiner Ansicht nach aber nicht notwendig und auch nicht schlüssig zu begründen⁴⁵⁶. An der Komplementär-GmbH ist der Nur-Kommanditist gerade nicht – nicht einmal mittelbar – beteiligt, weshalb es auch keine Rechtsgrundlage dafür gibt, ihn dem Kapitalerhaltungsregime des GmbHG (§§ 82, 91) zu unterwerfen. Erhält ein Nur-Kommanditist seine Einlage bis zur Höhe seiner gesellschaftsvertraglich festgelegten Haftsumme zurück, so stellt dies für die Gläubiger der GmbH & Co KG kein erhöhtes Risiko dar, da der Kommanditist in diesem Umfang gemäß § 172 Abs 3 UGB persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftet. Man könnte hier einwenden, dass für die Gesellschaftsgläubiger

⁴⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 20; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68.

⁴⁵² *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶, § 30 Rz 48.

⁴⁵³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 19; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 133 ff, 158 ff; *Borns*, GmbH-Recht 44; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 293; OGH wbl 2004, 192; OGH 12.03.1992, 6 Ob 5/91, ecolex 1992, 563; OGH vom 25.06.1996 idF des Berichtigungsbeschlusses vom 17.09.1996, 4 Ob 2078/96 h – *Fehrer*, SZ 69/149=JBl 1997, 108 mit Anm *Hügel*; OGH vom 22.10.2003, 3 Ob 287/02 f, GesRZ 2004, 57.

⁴⁵⁴ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68; BGHZ 110, 342 (355 ff); *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶, § 30 Rz 50; wohl auch OGH SZ 69/166, dazu *Karollus*, ecolex 1996, 860 ff; *ders* in FS Kropff 671 ff.

⁴⁵⁵ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68.

⁴⁵⁶ So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 20; siehe III 3.3.1 Erweiterter Schutz des Kapitals der Komplementär-GmbH.

immer noch ein Risiko besteht, da die Ausschüttungen an einen Nur-Kommanditisten dessen Haftsumme unter Umständen erheblich übersteigen, wogegen das Wiederaufleben der persönlichen Haftung von Kommanditisten nach hA⁴⁵⁷ mit der Höhe der Haftsumme begrenzt ist. Mit der Einführung des UGB wurde diese Situation für verbundene KGs insofern bis zu einem gewissen Grad entschärft, als der Gesetzgeber in § 171 Abs 1 Satz 2 eine besondere Informationspflicht der Kommanditisten normierte. Danach hat jeder Kommanditist auf Verlangen eines Gläubigers, diesem über die Höhe seiner geleisteten Einlage binnen angemessener Frist Auskunft zu erteilen. Ob diese Bestimmung die Gesellschaftsgläubiger nach Auflösung der GmbH & Co KG allerdings noch schützen kann, ist zu bezweifeln.

Die Problematik eines unmittelbaren Gläubigerschutzes bei der GmbH & Co KG iS führt meiner Ansicht nach zu der noch zu beantwortenden Frage, ob die Liquidationsbestimmungen des UGB im Falle der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter einen zwingenden Charakter haben oder nicht. Würde man insbesondere die Bestimmungen betreffend die Gläubigerbefriedigung (§§ 149, 155 UGB) als zwingend ansehen, so wären alle Gesellschafter der KG also auch die Nur-Kommanditisten davon betroffen.

Betreffend den mittelbaren Kapitalschutz der Komplementär-GmbH ist mE aber daran festzuhalten, dass die Nur-Kommanditisten einer GmbH & Co KG diesem nicht unterliegen. Ausschüttungen aus der KG an einen Kommanditisten bedürfen immer der Zustimmung der Komplementär-GmbH. An dieser ist der Nur-Kommanditist aber nicht beteiligt, weshalb auch nicht anzunehmen ist, dass er großen Einfluss auf die Gesellschafter oder Liquidatoren der GmbH nehmen könnte⁴⁵⁸. Die Gesellschafter der Komplementär-GmbH werden wohl in der Regel keiner Kapitalauszahlung an Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG zustimmen (insbesondere über die Hafteinlage hinaus), wenn sie dadurch der GmbH und damit unter Umständen sich selbst schaden. Abgesehen davon dürfen die Liquidatoren der Komplementär-GmbH einer derartigen Auszahlung nicht zustimmen, wenn dadurch gegen zwingende Bestimmungen des Gläubigerschutzrechts bei der GmbH verstoßen würde. Wie

⁴⁵⁷ BGHZ 60, 324 (327 f); *Wenger*, RWZ 11/2005, 326; zweifelnd *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 69, mwN; aA *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395, Danach müsse der Kommanditist in voller Höhe der rückgewährten Einlage haften, auch wenn diese seine Haftsumme übersteigt. § 172 Abs 4 HGB (§ 172 Abs 3 UGB) verfolge den Zweck, die den Gläubigern gegenüber zugesagte und kundgemachte Kapitalgrundlage der KG zu sichern und bei Auszahlungen durch den Haftungsanspruch wieder herzustellen.

⁴⁵⁸ Wie bereits erwähnt, besteht bei einem Naheverhältnis (zB Familienangehöriger) zwischen einem GmbH-Gesellschafter und einem Nur-Kommanditisten die Möglichkeit, dass der GmbH-Gesellschafter durch die Leistung an den Nur-Kommanditisten, selbst einen Vorteil erlangt und dadurch eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt.

bereits erörtert würden die Liquidatoren in diesem Fall der GmbH und deren Gläubigern gegenüber haftbar⁴⁵⁹.

Ganz allgemein ist noch zu erwähnen, dass auch eine gesetzestypische KG nicht davor geschützt ist in das Stadium der Zahlungsunfähigkeit zu geraten, wenn übermäßig hohe Ausschüttungen an die Gesellschafter getätigt werden. Ein natürlicher Komplementär haftet in diesem Fall zwar unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen, doch ist nicht gesichert, dass er über ein ausreichendes Vermögen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verfügt.

3.3.2. Zwingender Vorrang der Gläubigerbefriedigung bei der GmbH & Co KG

Wie bereits erörtert sind die Liquidationsbestimmungen des UGB für die gesetzestypische KG dispositiv und dienen ausschließlich den Interessen der Gesellschafter⁴⁶⁰. Ein gesetzliches Kapitalerhaltungsgebot im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist daher bei Kommanditgesellschaften mit zumindest einer natürlichen Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter nicht gegeben.

Für die GmbH & Co KG ieS nimmt die Judikatur⁴⁶¹ im Anschluss an die hL⁴⁶² an, dass zumindest die §§ 149 und 155 UGB über die vorrangige Gläubigerbefriedigung und Zurückbehaltung der dafür erforderlichen Beträge zwingend sind.

Dellinger führt dazu aus, dass mangels unbeschränkter Haftung einer natürlichen Person, die Dispositivität des Vorrangs der Gläubigerbefriedigung in der Liquidation einer GmbH & Co KG ieS keine innere Rechtfertigung mehr hat⁴⁶³. Zwar hafte die Komplementär-GmbH ihrerseits unbeschränkt, aber die Insolvenz der Komplementär-GmbH werde von den Gesellschaftern tendenziell eher in Kauf genommen, als die persönliche Insolvenz. Die mit der persönlichen Haftung des Komplementärs bezweckte präventive Verhaltenssteuerung in Richtung einer wirtschaftlich vernünftigen Unternehmensführung sei daher weit wirksamer,

⁴⁵⁹ § 91 Abs 1 iVm § 25 Abs 2 GmbHG.

⁴⁶⁰ *U. Torggler in Straube*, HGB³ § 145 Rz 4; *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 145 Rz 4; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 50 ff; ders, wbl 1997, 408.

⁴⁶¹ OGH 21. 12. 1995, 2 Ob 594/95 = SZ 68/244; OGH 9. 10. 1997 = 2 Ob 184/97s = SZ 70/196.

⁴⁶² *Dellinger*, JBl 1991, 634 f; ders, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68 f; *Torggler/Kucsko in Straube*, HGB² § 145 Rz 15, § 149 Rz 14, § 155 Rz 13a; *U. Torggler in Straube*, HGB³ § 145 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 4a; weitergehend *Jabornegg in Jabornegg*, HGB § 145 Rz 7; *Mahr*, wbl 1996, 304 f; ders, GesRZ 1995, 185.

⁴⁶³ *Dellinger*, JBl 1991, 635; ders, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68 f, mwN.

wenn es sich beim Komplementär um eine natürliche Person handelt. Der Gesetzgeber habe bei der Konkursantragspflicht erkannt, dass ein Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG ieS erforderlich ist, und deshalb den Konkursgrund der Überschuldung auf sie erstreckt⁴⁶⁴. Ihre Teilnahme am Rechtsverkehr sei gemäß §§ 67, 69 KO nur solange legal, als ihr Vermögen wenigstens ihre Schulden deckt. Auf diesem Niveau gäbe es auch für die GmbH & Co KG ieS selbst zwingende Kapitalsicherungsbestimmungen, die in der Liquidation zu beachten seien. Wollte man dagegen die endgültige Verteilung des Aktivvermögens ohne vorherige Gläubigerbefriedigung bei der GmbH & Co KG ieS für zulässig halten, wenn dem alle Gesellschafter zustimmen, und gäbe es diesfalls keine Rückforderungsansprüche der KG, so könnten nach Ansicht von *Dellinger*⁴⁶⁵ die Gesellschafter der GmbH & Co KG ieS sogar diese auf niedrigem Niveau angesetzte Kapitalsicherung umgehen. Dies und der Umstand, dass für die Komplementär-GmbH zwingendes kapitalgesellschaftsrechtliches Liquidationsrecht gilt, sprechen für *Dellinger* dafür, den Vorrang der Gläubigerbefriedigung nach § 149 HGB (UGB) und die Zurückbehaltung des dafür Erforderlichen nach § 155 HGB (UGB) bei der GmbH & Co KG ieS als zwingend anzusehen⁴⁶⁶. Dasselbe gelte für die Nachschusspflicht der Gesellschafter gemäß Art 7 Nr 19 EVHGB⁴⁶⁷, soweit diese zur Gläubigerbefriedigung notwendig ist⁴⁶⁸. Die Beachtung dieses Vorrangs schließe das Abgehen von anderen Liquidationsbestimmungen oder das gänzliche Absehen von der Liquidation nicht von vornherein aus, solange für die vorrangige Gläubigerbefriedigung bzw die Erhaltung des Vermögens gesorgt sei.

Der OGH hat sich in SZ 68/244 im Anschluss an *Dellinger* erstmals dafür ausgesprochen, dass das Befriedigungs- und Zurückhaltungsgebot der §§ 149, 155 HGB (UGB) bei der GmbH & Co KG ieS zwingendes Recht seien. Der Gerichtshof geht aber in besagter Entscheidung noch einen Schritt weiter und meint, dass das Befriedigungs- und Zurückhaltungsgebot im Falle der GmbH & Co KG ieS Schutzgesetze zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger sind, deren Verletzung einen direkten deliktischen Schadenersatzanspruch der Gläubiger gegen die Liquidatoren der Gesellschaft ermöglicht. Der OGH verweist als Begründung auf das Schrifttum zum Schutzgesetzcharakter des § 91

⁴⁶⁴ § 67 KO; *Dellinger* verweist auch auf die Behandlung der GmbH & Co KG ieS als verdeckte Kapitalgesellschaft im Rechnungslegungsrecht § 221 Abs 5 HGB (ebenso § 221 Abs 5 UGB), Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68 f.

⁴⁶⁵ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 69.

⁴⁶⁶ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 70, 310 f, 373.

⁴⁶⁷ Jetzt § 155 Abs 4 UGB mit geändertem Norminhalt.

⁴⁶⁸ Andere Ansicht *U. Torggler* in *Straube*, HGB³ § 145 Rz 11.

Abs 2 GmbHG⁴⁶⁹. Nach Ansicht von *Mahr* will der Gerichtshof dadurch zum Ausdruck bringen, dass eine Erstreckung des gläubigerschutzorientierten Liquidationsrechts der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS dazu führt, dass § 155 HGB (UGB) als funktionsgleiche Gläubigerschutznorm zu § 91 Abs 2 GmbHG anzusehen ist⁴⁷⁰.

Mahr begrüßt den erweiterten Ansatz des OGH, jedoch hält er § 155 Abs 2 HGB (UGB) ganz allgemein für ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger jeder handelsrechtlichen Personengesellschaft⁴⁷¹. Bei der GmbH & Co KG seien wie ganz allgemein bei allen handelsrechtlichen Personengesellschaften die Gläubigerbefriedigung⁴⁷² und die Zurückbehaltung der dafür erforderlichen Beträge⁴⁷³ auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und daher zwingend angeordnet.

3.3.3. Stellungnahme

Entgegen der hL und Rechtsprechung erscheint mir die Notwendigkeit eines zwingenden Gläubigerschutzes bei der Liquidation der GmbH & Co KG ieS nicht gegeben. Primär ist zu erwähnen, dass der Gesetzgeber bei der Erlassung des UGB die Möglichkeit gehabt hätte Bestimmungen im Sinne des § 221 Abs 5 UGB (Rechnungslegung) einzuführen, in denen der zwingende Charakter des Liquidationsrechtes für Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter festgelegt wird⁴⁷⁴. Dies wurde aber unterlassen, sodass das UGB wie auch schon das HGB keinerlei Hinweis für einen zwingenden Gläubigerschutz bei der GmbH & Co KG ieS enthält.

Weiters besteht für die Komplementär-GmbH ein zwingendes Liquidationsrecht, welches vor allem den Zweck hat, das Vermögen der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger zu schützen. Die Liquidationsmasse der Komplementär-GmbH ist wie bereits erörtert auch vor indirekten Beeinträchtigungen zu bewahren⁴⁷⁵. Diese können dadurch entstehen, dass Vermögen der GmbH & Co KG an deren Gesellschafter ausgeschüttet wird und dadurch entweder die Kapitalbeteiligung der GmbH an der KG im Wert verkleinert wird oder das

⁴⁶⁹ OGH GesRZ 1998, 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 14; *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschafts-, Umgründungs-, Übernahmerecht, Skriptum 7/2006, 95 f.

⁴⁷⁰ *Mahr*, wbl 1996, 304 f.

⁴⁷¹ *Mahr*, GesRZ 1995, 185; *Mahr*, wbl 1996, 304 f; so auch *K. Schmidt*, ZHR 153 (1989) 270 (284); *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 145 Rz 6.

⁴⁷² §§ 149, 155 Abs 1 UGB.

⁴⁷³ § 155 Abs 2 UGB.

⁴⁷⁴ § 221 Abs 5 UGB verweist bezüglich der Rechnungslegung von Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter auf das Recht der Kapitalgesellschaften.

⁴⁷⁵ Siehe IV 3.3.1. Zwingender Gläubigerschutz bei der Komplementär-GmbH.

Haftungsrisiko der GmbH für die Verbindlichkeiten der KG steigt. Die Liquidatoren der Komplementär-GmbH haben daher auch bei Beschlussfassungen der KG-Gesellschafter, an denen sie als Vertreter der GmbH teilnehmen, darauf zu achten, dass das Vermögen der Komplementär-GmbH nicht verkleinert wird.

Außerdem besteht für jene Gesellschafter der GmbH & Co KG, die sowohl Kommanditisten der KG als auch Gesellschafter der GmbH sind, das GmbH-Rechtliche Ausschüttungsverbot gemäß §§ 82 und 91 GmbHG. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Doppelgesellschafter die Leistung in seiner Rolle als Kommanditist oder als GmbH-Gesellschafter erhält. Im Rahmen der KG sind daher sowohl Rückzahlungen der Hafteinlage als auch der unter Umständen erheblich höheren Pflichteinlage an einen Doppelgesellschafter unzulässig, wenn dadurch die Gefahr einer Beeinträchtigung des Vermögens der Komplementär-GmbH entsteht. Gesellschafterbeschlüsse, die gegen das in § 82 GmbHG normierte Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, sind nichtig. Verbotswidrig erfolgte Auszahlungen sind gemäß § 83 Abs 1 GmbHG vom empfangenden Gesellschafter zurückzuerstatten⁴⁷⁶.

Eine zwingende vorrangige Gläubigerbefriedigung und Zurückbehaltung der dafür erforderlichen Beträge gemäß den §§ 149 und 155 UGB steht meiner Ansicht nach im Widerspruch zum Grundgedanken der persönlichen Haftung bei Personengesellschaften. Es besteht auch bei verbender GmbH & Co KG kein zwingendes Kapitalerhaltungsrecht und ein daran als Voraussetzung gebundenes Kapitalaufbringungsrecht. Wenn man den KG-Gesellschaftern bei verbender Gesellschaft zugesteht, ihr Kapital aus der Gesellschaft abziehen und dafür eine persönliche Haftung in Kauf zu nehmen, dann sollte dies im Rahmen der Liquidation nicht anders sein. Für die Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG ieS besteht ohnedies eine fünfjährige Nachhaftung gemäß § 159 Abs 1 UGB und jene Kommanditisten, die auch an der Komplementär-GmbH beteiligt sind, haben deren zwingendes Kapitalerhaltungsrecht zu beachten.

Die Liquidatoren der Komplementär-GmbH haben sich wie erwähnt strikt an die zwingenden Liquidationsbestimmungen und damit das Kapitalerhaltungsgebot des GmbHG zu halten, weshalb sie verpflichtet sind Ausschüttungen aus dem Gesellschaftsvermögens der GmbH & Co KG an deren Gesellschafter zu verhindern, sofern sich dadurch das Haftungsrisiko für die Komplementär-GmbH erhöht. Gemäß § 92 Abs 1 GmbHG gelten für die Liquidatoren der GmbH dieselben Bestimmungen wie für die Geschäftsführer, soweit die

⁴⁷⁶ Siehe IV. 3.3.1. Zwingender Gläubigerschutz bei der Komplementär-GmbH.

Liquidationsvorschriften nicht abweichende Anordnungen enthalten. Die Liquidatoren haften der Komplementär-GmbH gegenüber daher gemäß § 92 Abs 1 iVm § 25 Abs 2 GmbHG auf Schadenersatz, wenn sie entgegen dem Verbot die Liquidationsmasse der GmbH zu schmälern, einer Verteilung des KG-Vermögens zustimmen. Soweit die Leistung des Schadenersatzes zur Befriedigung der GmbH-Gläubiger erforderlich ist, wird die Haftung der Liquidatoren auch nicht dadurch aufgehoben, dass sie gemäß § 90 Abs 2 GmbHG in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter erfolgt ist⁴⁷⁷. Wegen der zentralen Bedeutung von Gläubigerinteressen im Abwicklungsverfahren sind Weisungen als nichtig anzusehen, wenn sie zu diesen Interessen klar im Widerspruch stehen⁴⁷⁸. Das bedeutet, dass die Liquidatoren derartige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nicht befolgen dürften. Umso mehr gilt dies für Weisungen der Gesellschafter an die Liquidatoren, welche gegen zwingende gesetzliche Regelungen verstoßen. Diese sind jedenfalls nichtig und haben daher keine entlastende Wirkung für die Liquidatoren. Der OGH hat daneben anerkannt, dass § 91 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und Abs 3 GmbHG Schutzgesetze zugunsten der GmbH-Gläubiger sind, sodass die Gläubiger direkte Schadenersatzansprüche gegen die Liquidatoren geltend machen können⁴⁷⁹.

Zusammengefasst machen sich die GmbH-Liquidatoren daher ihrer Gesellschaft sowie den Gläubigern der GmbH gegenüber schadenersatzpflichtig, wenn sie gesetzwidrige Ausschüttungen an die Gesellschafter vornehmen. Das kommt den Gläubigern der GmbH & Co KG zugute, da sich diese zu ihrer Befriedigung auch direkt an die Komplementär-GmbH als unbeschränkt haftende Gesellschafterin wenden können und deren Schadenersatzansprüche pfordern und sich überweisen lassen können. Soweit sollte es allerdings gar nicht kommen, da das Vermögen der GmbH & Co KG erst an die Gesellschafter verteilt werden darf, wenn die Gesellschaftsgläubiger in einem solchen Umfang befriedigt sind, dass keine Gefahr für eine Beeinträchtigung der Liquidationsmasse der Komplementär-GmbH besteht.

Daneben gilt für alle Doppelgesellschafter das GmbH-rechtliche Ausschüttungsverbot auch für Auszahlungen aus dem Vermögen der KG, falls dadurch die Liquidationsmasse der Komplementär-GmbH beeinträchtigt wird. Gesetzwidrige Verteilungsbeschlüsse sind nichtig und die Gesellschafter, die aufgrund eines solchen Beschlusses eine Auszahlung erhalten haben, haben diese rückzuerstatten. Die Gesellschaftsgläubiger können diese Ansprüche

⁴⁷⁷ Die Befolgung eines nichtigen – weil gegen zwingende Gläubigerschutzbestimmungen verstoßenden – Beschlusses entlastet nie.

⁴⁷⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 90 Rz 6; Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG⁴ (2000) § 90 Rz 6.

⁴⁷⁹ OGH GesRZ 1998, 97.

pfänden und sich überweisen lassen. Die einzige Ausnahme besteht bezüglich Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG. Diese unterliegen meiner Ansicht nach nicht dem GmbH-Rechtlichen Kapitalschutz und müssen daher nicht rückerstattet werden. Derartige Ausschüttungen bedürfen aber immer der Zustimmung der Komplementär-GmbH, die deren Liquidatoren nicht geben dürfen, wenn dadurch das GmbH-Vermögen potentiell geschmälert würde.

Bezüglich der ehemals in Art 7 Nr 19 EVHGB geregelten Nachschusspflicht der Gesellschafter der KG stellt die Nachfolgenorm § 155 Abs 4 UGB nun ausdrücklich klar, dass es sich dabei um keine Gläubigerschutznorm, sondern um einen Schutz zu Gunsten der Gesellschafter handelt. Anstatt der bisherigen Formulierung, in der es hieß, „Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden und der Kapitalanteile der Gesellschafter nicht aus ...“, heißt es in § 155 Abs 4 UGB nur noch, „Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Guthaben von Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht aus ...“. Diese Formulierung legt unzweifelhaft fest, dass es sich bei der Nachschusspflicht nur um einen internen Ausgleich unter den Gesellschaftern handelt. Aber auch schon bezüglich Art 7 Nr 19 EVHGB war meiner Ansicht nach eine zwingende Nachschusspflicht der Gesellschafter der GmbH & Co KG im Interesse der Gläubiger zu verneinen⁴⁸⁰. Die Kommanditisten kann gemäß § 171 Abs 1 UGB nach Einzahlung ihrer Einlage in Höhe der Haftsumme keine weitere Haftung und damit auch keine Nachschusspflicht mehr treffen und die Komplementär-GmbH haftet den Gesellschaftsgläubigern der KG gegenüber ohnedies unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen. Bei einer GmbH & Co KG ieS wäre eine derartige Nachschusspflicht daher auch praktisch nicht sinnvoll gewesen.

Die Klarstellung des Gesetzgebers in § 155 Abs 4 UGB, dass die Nachschusspflicht nur dem Ausgleich im Innenverhältnis der KG dient, verstärkt meiner Ansicht nach die traditionelle Auffassung, nach welcher die Vorschriften über die Liquidation bei Personengesellschaften ausschließlich den Interessen der Gesellschafter dienen und nicht jenen der Gläubiger. Will man Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter anerkennen und auch rechtlich zulassen, so sollte der von der überwiegenden hM anerkannte dispositive Charakter der Liquidationsbestimmungen des UGB meiner Ansicht nach für diese Gesellschaften nicht einfach gegenteilig interpretiert werden. Wenn bei der GmbH & Co KG ieS tatsächlich ein nachweisbar größeres

⁴⁸⁰ Wie auch bei Art 7 Nr 15 Abs 5 EVHGB sollte es sich um einen Anspruch der Gesellschaft handeln. Dazu U. Torggler in *Straube*, HGB³ Art 7 Nr 19 Rz 5.

Ausfallsrisiko für die Gesellschaftsgläubiger besteht, dann wäre es Aufgabe des Gesetzgebers dementsprechende zwingende Gläubigerschutzbestimmungen im UGB zu normieren.

Das eben beschriebene zwingende Kapitalerhaltungsrecht bei der Komplementär-GmbH, sowie die Pflicht der Liquidatoren oder Geschäftsführer der GmbH die Einhaltung dieses Kapitalschutzes im Rahmen der Liquidation der GmbH & Co KG sicherzustellen, gewährleistet meiner Ansicht nach einen ausreichenden Schutz für die Gläubiger der KG. Dieses Gläubigerschutzniveau entspricht jenem beiwerbender GmbH & Co KG, da das UGB auch dort keine zwingende Kapitalerhaltung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorsieht⁴⁸¹.

3.3.4. Anwendung der GmbH-rechtlichen Sperrfrist und des Gläubigeraufrufs auf die GmbH & Co KG

Befürwortet man entgegen der hier vertretenen Meinung eine zwingende Anwendung der UGB-rechtlichen Gläubigerschutzbestimmungen bei der Liquidation der GmbH & Co KG ieS, so könnte man noch einen Schritt weiter gehen und auch für eine analoge Anwendung des Gläubigeraufrufes gemäß § 91 Abs 1 GmbHG und der Sperrfrist gemäß § 91 Abs 3 GmbHG auf die GmbH & Co KG plädieren. Dadurch würde die Liquidationsmasse der KG auf noch effektivere Weise im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geschützt.

Wie bereits zur Kapitalerhaltung erwähnt, befürwortet *K. Schmidt* eine derartige Analogie für die deutsche GmbH & Co KG ieS⁴⁸². Seine Argumentation beruht auf der Ansicht, dass die Kapitalerhaltungsbestimmungen des GmbHG (§§ 30 f dGmbHG) ganz generell auf die GmbH & Co KG als solche anzuwenden sind⁴⁸³. Folgt man dem und wendet die GmbH-rechtliche Sperrfrist (§ 73 dGmbHG; § 91 Abs 3 GmbHG) analog auf die KG an, so wären Auszahlungen aus dem Vermögen der GmbH & Co KG erst nach vollständiger Gläubigerbefriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger und nach Ablauf der Sperrfrist zulässig. Die Sperrfrist beträgt in Österreich gemäß § 91 Abs 3 GmbHG drei Monate ab dem Tag der Veröffentlichung der Aufforderung an die Gesellschaftsgläubiger (in Deutschland

⁴⁸¹ Abgesehen von den Sonderbestimmungen für Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter im UGB und anderen Gesetzen wie §§ 19 Abs 2, 189, 221 UGB, § 67 KO, § 22 URG, §§ 4 Z 3, 11 EKEG.

⁴⁸² Siehe III. 2.1.2.; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141, 144; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG⁹, § 73 Rz 39.

⁴⁸³ Siehe III. 2.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1655 ff; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 143; *Karollus* in FS Kropff 673.

gemäß § 73 dGmbHG ein Jahr ab der dritten Aufforderung an die Gläubiger in den öffentlichen Blättern).

Für das österreichische Recht vertritt *Reich-Rohrwig* die Meinung, dass eine Gleichstellung der GmbH & Co KG ieS mit den Kapitalgesellschaften bezüglich der Liquidation gerechtfertigt ist. Insbesondere plädiert er für die zwingende Durchführung eines Liquidationsverfahrens und darüber hinaus dafür, den Gläubigeraufruf nach § 91 Abs 1 GmbHG auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter analog anzuwenden⁴⁸⁴. Auch er begründet dies damit, dass nur mit einem beschränkten Haftungsfonds ausgestattete Personengesellschaften schon als solche Kapitalgesellschaften gleichzustellen und daher den für diese Kapitalgesellschaften geltenden Gläubigerschutzvorschriften zu unterwerfen seien. Dabei ist es für ihn am naheliegendsten die Bestimmungen des GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS anzuwenden.

Wie bereits zur Kapitalerhaltung ausgeführt spricht sich *Dellinger*⁴⁸⁵ gegen eine analoge Anwendung der GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsbestimmungen auf die GmbH & Co KG als solche aus. Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass es sich dabei um eine Rechtsfortbildung handeln würde und den Ausgangspunkt für eine Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG immer noch das KG-Recht bilden müsse. Dementsprechend meint er, dass auch eine analoge Anwendung der Sperrfrist gemäß § 91 Abs 3 GmbHG auf die GmbH & Co KG als solche abzulehnen sei.

3.3.5. Stellungnahme

Eine analoge Anwendung der GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsbestimmungen (insbesondere §§ 74, 82 f und 93 GmbHG) auf die GmbH & Co KG ieS als solche wäre eine Rechtsfortbildung, die der Gesellschaft ihren personengesellschaftlichen Charakter weitgehend nehmen würden. Die Gesellschafter könnten sich nicht mehr zwischen persönlicher Haftung und Kapitalbeteiligung entscheiden, da einmal eingelegtes Kapital dem Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 Abs 1 GmbHG analog) unterliegen würde.

Die in Österreich bestehenden gesellschaftsrechtlichen Normen bilden meiner Ansicht nach keine Basis für eine derartige Rechtsanalogie. Eher im Gegenteil ist davon auszugehen, dass die Sonderbestimmungen für Personengesellschaften ohne natürlich Person als

⁴⁸⁴ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 400, 404 f.

⁴⁸⁵ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

unbeschränkt haftenden Gesellschafter wie die Konkursantragspflicht bereits bei Überschuldung gemäß § 67 KO, die Einbeziehung in das Eigenkapitalersatzgesetz gemäß § 4 EKEG oder die Behandlung als Kapitalgesellschaft bei der Rechnungslegung gemäß § 221 Abs 5 UGB, genau definierte Ausnahmen sind, die gegen darüber hinaus gehende Analogien sprechen. Der Gesetzgeber hätte jederzeit die Möglichkeit bei Bedarf das Kapitalerhaltungsrecht und den Gläubigerschutz sowohl für die werbende als auch die sich in Liquidation befindliche GmbH & Co KG iES durch zwingende und umfangreichere Bestimmungen zu ergänzen.

Für die Gesellschafter einer GmbH & Co KG macht es einen großen Unterschied, ob die KG in den eben erwähnten Spezialfällen einer Kapitalgesellschaft gleichgestellt wird oder ob das gesamte GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsrecht zu beachten ist. Eine Konsequenz dieser Analogie wäre zum Beispiel, dass ein Geschäft zwischen einem Nur-Kommanditisten und der KG, das einem Fremdvergleich nicht standhält, auch dann eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung darstellt, wenn das Vermögen der Komplementär-GmbH davon in keiner Weise berührt ist, weil die KG über ausreichendes Vermögen zur Deckung der Verbindlichkeiten verfügt, sodass die Komplementär-GmbH selbst bei Inanspruchnahme durch einen Gläubiger nach § 128 UGB einen vollwertigen Aufwandersatzanspruch nach § 110 UGB hätte⁴⁸⁶. Würde man jede Auszahlung außerhalb der Verteilung des bilanziellen Reingewinns aus dem Vermögen der GmbH & Co KG an einen Gesellschafter verbieten, dann hätte § 172 Abs 3 UGB keine Bedeutung mehr. Dadurch wäre aber die Rolle des Kommanditisten obsolet, denn § 172 Abs 3 UGB gewährt einem Gesellschafter, der sich als Kommanditist an einer KG beteiligt, eben die Wahl zwischen der Zufuhr von liquiden Mitteln an die Gesellschaft oder der Übernahme von persönlicher Haftung. Speziell bei großen GmbH & Co KGs (Publikums-KG) mit vielen Kommanditisten, die an der Komplementär-GmbH nicht beteiligt sind und nur als – unter Umständen vorübergehende – Kapitalgeber fungieren, ist nicht einzusehen, dass diese das Kapitalerhaltungsrecht der GmbH beachten müssen und bei der Liquidation der Gesellschaft einer drei-monatigen Sperrfrist ausgesetzt sind.

Darüber hinaus ist zu erwähnen, dass einer zwingenden Kapitalerhaltung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger eine zwingende Kapitalaufbringung vorauszugehen hat. Es wäre wohl schwer zu rechtfertigen, wenn man einem Kommanditisten entsprechend § 171 Abs 1 UGB die Wahl zwischen Kapitaleinlage und persönlicher Haftung ließe, dieses Wahlrecht aber als verbraucht ansähe, sobald er einmal eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hätte. Wer den Kommanditisten den Abzug des einmal eingelegten Kapitals analog dem

⁴⁸⁶ Siehe auch *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

GmbHG verbieten wollte, müsste sie konsequenterweise auch zur unbedingten und sofortigen Einlage dieses Kapitals verpflichten⁴⁸⁷.

Die GmbH & Co KG ist eine vom Gesetzgeber und den Höchstgerichten akzeptierte Ausformung der Kommanditgesellschaft. Es sollte deshalb abgesehen von klar definierten Sonderbestimmungen grundsätzlich das UGB die gesetzliche Grundlage für diese Gesellschaft bilden. Die Einführung von darüber hinausgehenden, durch Analogie oder extensive Interpretation gewonnenen Regeln ist meiner Ansicht nach nicht erforderlich. Das zwingende Kapitalerhaltungsrecht bei der Komplementär-GmbH gewährleistet für die Gesellschaftsgläubiger der GmbH & Co KG ein Schutzniveau, das jenem bei der gesetzestypischen KG nicht nachsteht. Bei einer normalen KG ist der Komplementär in der Regel dazu veranlasst, für die vorrangige Gläubigerbefriedigung zu sorgen, um nicht einer persönlichen Haftung ausgesetzt zu sein. Dies ist bei der GmbH & Co KG ieS aber nicht viel anders zu sehen. Die Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH haben ebenfalls dafür zu sorgen, dass die Gläubiger der GmbH & Co KG aus dem Gesellschaftsvermögen der KG befriedigt werden, da ihnen bei Inanspruchnahme der GmbH eine Haftung aus Verletzung des zwingenden GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes droht. Eine analoge Anwendung von Bestimmungen des GmbHG auf die GmbH & Co KG ist daher abzulehnen.

Bei Bedarf eines zwingenden Gläubigerschutzes bei der GmbH & Co KG ieS sollte es Aufgabe des Gesetzgebers sein, dafür Sorge zu tragen. Dies würde Rechtsunsicherheiten bei den betroffenen Gläubigern beseitigen.

⁴⁸⁷ Siehe ausführlich III. 3.3.2. a).

3.4. Exkurs: Kapitalerhaltung im Zusammenhang mit Realteilungen von GmbH & Co KGs

3.4.1. Allgemeines zur Realteilung von Personengesellschaften

Gemäß § 27 Abs 1 UmgrStG versteht man unter Realteilung die Übertragung von Vermögen von Personengesellschaften auf Nachfolgeunternehmen zum Ausgleich für untergehende Gesellschafterrechte. Die Realteilung ist daher im Bereich der Personengesellschaften der dem Zusammenschluss entgegengesetzte Vorgang. Der Realteilung entspricht die Spaltung bei Kapitalgesellschaften. Die rechtsgeschäftliche Grundlage für die Realteilung bildet der Teilungsvertrag⁴⁸⁸. Der Teilungsvertrag regelt die Leistung und Gegenleistung der Realteilung, enthält die genaue Beschreibung der übertragenen Vermögen und eine Auflistung der sich aus der Realteilung ergebenden Auswirkungen auf die Gesellschafterrechte an der übertragenden Personengesellschaft. Ein weiterer Bestandteil des Teilungsvertrages ist die Teilungsbilanz, in der die an die Nachfolgeunternehmer übertragenen Vermögensgegenstände angeführt sind. Zum Vermögen zählen nach § 27 Abs 2 UmgrStG nur Betriebe, Teilbetriebe und Mitunternehmeranteile⁴⁸⁹.

Die Realteilung bildet einen Einzelrechtsnachfolgetatbestand⁴⁹⁰. Die Vermögensgegenstände sowie Rechte und Pflichten des übertragenen Objekts werden nicht gesamthaft auf die Nachfolgeunternehmer übertragen. Mit der Übertragung des Vermögens enden die Vertragsverhältnisse mit der übertragenden Gesellschaft und bedürfen einer neuen Begründung durch die Nachfolgeunternehmer. Durch Übertragung des Vermögens auf Nachfolgeunternehmer soll die übertragende Personengesellschaft jedoch nicht die Möglichkeit haben, ihrer Haftung gegenüber ihren Gläubigern und Vertragspartnern zu entgehen. Vertragsverhältnisse können daher nur mit Zustimmung der Vertragspartner von der Personengesellschaft auf Nachfolgeunternehmer übertragen werden.

Es werden drei Arten von Realteilungen unterschieden⁴⁹¹:

⁴⁸⁸ Dazu Huber/Zöchling in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz⁴ (2007) § 27 Rz 4.

⁴⁸⁹ Die Definition von Mitunternehmeranteilen ist in § 12 Abs 2 Z 2 UmgrStG festgelegt.

⁴⁹⁰ Hügel/Mühlehner/Hirschler, Umgründungssteuergesetz-Kommentar (2000) § 27 Rz 23; Huber/Zöchling in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz⁴ § 27 Rz 5.

⁴⁹¹ Hügel/Mühlehner/Hirschler, Umgründungssteuergesetz-Kommentar § 27 Rz 23; Huber/Zöchling in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz⁴ § 27 Rz 6; Szep, eolex 2001, 806 f.

Bei der Aufteilung wird das Vermögen der übertragenden Personengesellschaft zur Gänze auf die Nachfolgeunternehmer aufgeteilt. Die teilende Personengesellschaft bleibt selbst nicht bestehen.

Bei der Abteilung bleibt die übertragende Personengesellschaft bestehen. Gegen Übertragung von Vermögen wird entweder der Gesellschafterbestand oder die Anteile einzelner Gesellschafter vermindert.

Oder aber es werden die Beteiligungsverhältnisse an mehreren Personengesellschaften, an denen die gleichen Personen als Gesellschafter beteiligt sind, gegenläufig verändert. Scheiden dabei Gesellschafter aus, so führt dies bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters dazu, dass sich die Mitunternehmerschaften in Einzelunternehmen verwandeln.

Die Möglichkeit der Realteilung besteht für Mitunternehmerschaften und damit für einen weiteren Kreis von Gesellschaften als die Personengesellschaften iSd Gesellschaftsrechts. Im UGB ist die Realteilung als Übertragungsvorgang von organisatorischen Sachgesamtheiten zwar nicht geregelt, doch haben die Gesellschafter gemäß § 145 UGB die Möglichkeit eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren⁴⁹². Eine derartige andere Art der Auseinandersetzung ist auch die Realteilung der Gesellschaft. Andere Arten der Auseinandersetzung müssen gesellschaftsvertraglich festgelegt sein⁴⁹³. Dies kann schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag geschehen sein oder die Gesellschafter beschließen später mittels einstimmigem Beschluss die Auseinandersetzung auf eine andere Art vorzunehmen. Die Realteilung kann zur Vollbeendigung der Gesellschaft führen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass nur ein Teil des Vermögens abgeteilt wird und die Personengesellschaft weiter besteht⁴⁹⁴. Diese Grundsätze über die Realteilung gelten selbstverständlich auch bei der GmbH & Co KG ieS.

Die Realteilung hat regelmäßig einen Vermögensabgang aus der Personengesellschaft zur Folge. Bei einer GmbH & Co KG ieS ist dabei zu beachten, dass ein solcher Vermögensabfluss vor dem Hintergrund der zwingenden Kapitalerhaltung bei der Komplementär-GmbH, nur innerhalb sehr enger Grenzen erfolgen darf⁴⁹⁵. Es stellt sich daher

⁴⁹² Huber/Zöchling in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz⁴ § 27 Rz 2; Szep, ecolex 2001, 807.

⁴⁹³ Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 105 f.

⁴⁹⁴ § 27 Abs 1 UmgrStG; Szep, ecolex 2001, 807; Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 104.

⁴⁹⁵ Szep, ecolex 2001, 807.

die Frage, ob die Realteilung von GmbH & Co KGs ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter gewissen unternehmensrechtlichen Beschränkungen zu unterliegen hat.

3.4.2. Kapitalerhaltung bei der Realteilung einer GmbH & Co KG ieS

Wie schon zur allgemeinen Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG gilt es zu klären in welchem Umfang die GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsnormen auf die GmbH & Co KG – in diesem Fall bei der Realteilung – einwirken. Eine analoge Anwendung der Kapitalschutzbestimmungen der §§ 82 f GmbHG würde auch bei der Realteilung einer GmbH & Co KG ieS zu erheblichen praktischen Problemen führen. *Szep*⁴⁹⁶ führt dazu aus, dass weder die Übertragung zB eines Betriebes aus einer bestehenden GmbH & Co KG auf eine neu errichtete GmbH & Co KG, an der die bisherigen Gesellschafter analog beteiligt sind, noch auch die Übertragung eines Betriebes einer GmbH & Co KG auf einen ihrer Gesellschafter als Nachfolgeunternehmer zulässig wären, wenn nicht die entsprechenden von Lehre und Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung von Kapitalgesellschaften entwickelten Begleitmaßnahmen gesetzt würden. Dementsprechend wäre auch bei der GmbH & Co KG zur Ermöglichung der Realteilung das Vermögen im Wege der Sachdividende auszukehren oder ein Zuschuss im Ausmaß des aus der Gesellschaft abgehenden Vermögens in die Gesellschaft zu leisten⁴⁹⁷ oder das Kapital der Gesellschaft – wohl nach den für die Kapitalherabsetzung von Kapitalgesellschaften maßgeblichen Grundsätzen – herabzusetzen⁴⁹⁸.

Nach Ansicht von *Szep* ist der Ansatz, wonach auch das Kapital der GmbH & Co KG selbst ebenso wie das der GmbH geschützt ist, nicht zwingend⁴⁹⁹. Ansatzpunkt der Überlegung für eine KG im weiteren Sinn – also eine KG, bei der eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter vorhanden ist – keinen Kapitalschutz zu verlangen sei, dass das Korrektiv der persönlichen Haftung einer natürlichen Person besteht. Zuzugeben sei, dass dann, wenn bei einer GmbH & Co KG durch einen Vermögensabgang die persönliche Haftung der GmbH tangiert wird, der Sachverhalt Relevanz aus Kapitalerhaltungsgesichtspunkten hat, da eben auch das Kapital der Komplementär-GmbH

⁴⁹⁶ *Szep*, *ecolex* 2001, 807 f.

⁴⁹⁷ Dazu OLG Wien 29. 3. 1996, RdW 1997, 597; *Hügel*, Anm zu OLG Wien zur Einlagenrückgewähr und Kapitalaufbringung bei Umgründungen, RdW 1997, 597.

⁴⁹⁸ Dazu OGH 11. 3. 1999, GesRZ 1999, 128 = RdW 1999, 411 = wbl 1999/253; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 404.

⁴⁹⁹ *Szep*, *ecolex* 2001, 808.

betroffen ist. Insofern durch einen Vermögensabgang aber die persönliche Haftung der GmbH gar nicht tangiert werde, spiele es von vornherein keine Rolle, ob eine natürliche Person persönlich haftet oder eine GmbH. Daraus sei abzuleiten, dass diesfalls auch kein Anlass besteht, für die GmbH & Co KG strengere Kapitalerhaltungsregeln zu fordern als bei einer gesetzestypischen KG.

3.4.3. Stellungnahme

Bei der Realteilung einer GmbH & Co KG besteht die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Vermögens der Komplementär-GmbH grundsätzlich in zwei Fällen⁵⁰⁰. Erstens wenn die GmbH an der GmbH & Co KG substanzbeteiligt ist. Der Wert der Beteiligung könnte durch einen Vermögensabgang aus der GmbH & Co KG geschmälert werden, wenn die GmbH keinen angemessenen Ausgleich erhält. Zweitens besteht bei einem Abgang von Vermögen aus der GmbH & Co KG eine erhöhte Gefahr der Haftungsinanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger. Die Komplementär-GmbH hat allerdings bei Inanspruchnahme durch die Gläubiger der KG nach § 128 UGB einen Aufwandsersatzanspruch gemäß § 110 UGB⁵⁰¹. Solange dieser Anspruch aus dem Vermögen der KG befriedigt werden kann, besteht für das Vermögen der Komplementär-GmbH keine Gefahr einer Beeinträchtigung. Ganz besonders für diesen Fall lässt sich kaum argumentieren, dass eine analoge Anwendung des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes auf die GmbH & Co KG als solche erforderlich wäre. Verfügt die KG allerdings über kein ausreichendes Vermögen um der GmbH ihre Aufwendungen gemäß § 110 UGB zu ersetzen, so liegt ein Verstoß gegen den zwingenden Kapitalschutz bei der Komplementär-GmbH vor. Ausschüttungen aus dem Vermögen der GmbH & Co KG, wozu in diesem Fall auch die Realteilung unter Fortbestand der ursprünglichen Gesellschaft zu zählen ist, dürfen das Kapital der Komplementär-GmbH nicht in einer Weise beeinträchtigen, die gegen die §§ 82 f verstößt.

Gemäß § 25 GmbHG obliegt es den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH dafür zu sorgen, dass das Kapital der GmbH in gesetzeskonformer Weise erhalten bleibt. Andernfalls haften die Geschäftsführer gegenüber ihrer Gesellschaft für den aus der

⁵⁰⁰ Siehe ausführlich 3.3.1.; *Karollus* in FS Kropff 671; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁶, § 30 Rz 46 ff; *Wenger*, RWZ 11/2005, 326 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1657; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 67; *Szep*, *ecolex* 2001, 808.

⁵⁰¹ *Szep*, *ecolex* 2001, 808; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 71.

Verletzung ihrer Obliegenheiten entstandenen Schaden. Die Komplementär-GmbH vertreten durch ihre Geschäftsführer darf daher einer Realteilung der GmbH & Co KG nur dann zustimmen, wenn bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes eine Schmälerung des Kapitals der GmbH nicht vorherzusehen ist.

Jene Gesellschafter, die sowohl an der Komplementär-GmbH als auch an der KG beteiligt sind, verstoßen selbst gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG, wenn sie durch die Realteilung eine Ausschüttung erhalten, die das Kapital der GmbH beeinträchtigt. Dies gilt wie schon erwähnt allerdings nicht für die Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG. Von diesen kann nicht verlangt werden, dass sie das Kapital einer Gesellschaft schützen müssen, an der sie weder beteiligt sind noch einen Anspruch auf einen Gewinnanteil haben. *Szep* ist betreffend die Realteilung der Ansicht, dass auch die Nur-Kommanditisten der GmbH & Co KG dem Ausschüttungsverbot betreffend die Komplementär-GmbH unterliegen⁵⁰². Er begründet dies damit, dass im GmbH-Recht anerkannt sei, dass nicht nur Leistungen der Gesellschaft an den Gesellschafter selbst, sondern auch Leistungen an ihm nahe stehende Personen unzulässig sind. Als Beispiele führt er Leistungen an nahe Familienangehörige oder Leistungen an konzernverbundene Unternehmen an. Meiner Ansicht nach trifft diese Interpretation von nahe stehenden Personen aber nicht auf alle Nur-Kommanditisten einer GmbH & Co KG zu. Speziell bei GmbH & Co KGs mit sehr vielen Nur-Kommanditisten (zB Publikums-GmbH & Co KG), haben diese meist nur die Funktion eines Kapitalgebers der in keinerlei Beziehung zu der Komplementär-GmbH steht. Ein derartiger Kommanditist hat wie bereits erwähnt auch keinerlei Gesellschafterrechte betreffend die GmbH. Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten sind daher nicht automatisch vom Kapitalschutz der Komplementär-GmbH zu erfassen sondern nur, wenn aufgrund eines Naheverhältnisses zu einem GmbH-Gesellschafter, nachweisbar ist, dass der GmbH-Gesellschafter durch die Ausschüttung an den Nur-Kommanditisten selbst einen (zumindest einen mittelbaren) Vorteil erlangt hat.

*Grossmayer*⁵⁰³ möchte die von *Szep* aufgezeigten Probleme bei der Anwendung von GmbH-Recht auf die Realteilung einer GmbH & Co KG damit vermeiden, indem er sich dafür ausspricht das spaltungsrechtliche Kapitalerhaltungs- und Gläubigerschutzkonzept auf die Realteilung einer GmbH & Co KG anzuwenden. Ausgehend von der Prämisse, dass einerseits die Realteilung einer Personengesellschaft der Spaltung einer Kapitalgesellschaft entspreche, andererseits der GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsgrundsatz auf die GmbH &

⁵⁰² *Szep*, *ecolex* 2001, 808.

⁵⁰³ *Grossmayer*, *ecolex* 2008, 1025.

Co KG direkt anzuwenden sei, könne man bei Anwendung der §§ 3, 15 SpaltG die ansonsten erforderlichen Begleitmaßnahmen vermeiden. § 3 Abs 2 S 1 SpaltG erlaube bei Einhaltung des Summengrundsatzes die Herabsetzung des Nennkapitals bei der übertragenden Gesellschaft – in dieser Konstellation der GmbH & Co KG –, ohne dass die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung einzuhalten seien. Für die Einhaltung des Summengrundsatzes sei anstatt auf die Nennkapitalien und die gebundenen Rücklagen der zu spaltenden Gesellschaft auf die Summe von (i) Haftsummen der Kommanditisten und (ii) Nennkapital und gebundenen Rücklagen des Komplementärs abzustellen. Die Nachhaftung nach § 15 SpaltG solle nur zu Gunsten jener Gläubiger zur Anwendung kommen, die beim übertragenden Rechtsträger verbleiben.

Nach dieser Meinung werden neben den GmbH-Bestimmungen auch noch die Regeln des SpaltG analog auf die GmbH & Co KG angewendet. Die Rechtsform der GmbH & Co KG würde dadurch noch mehr an die GmbH angeglichen und es stellt sich die Frage, ob die vom Gesetzgeber für die KG vorgesehenen Bestimmungen überhaupt noch Bedeutung haben, zumal *Grossmayer*⁵⁰⁴ auch die Meinung vertritt, dass das KG-Recht nicht neben dem Recht der Kapitalgesellschaften angewendet werden soll um eine Besserstellung der Gläubiger einer GmbH & Co KG gegenüber jenen einer GmbH zu vermeiden. Das SpaltG ist nach seinem § 1 ausdrücklich auf Kapitalgesellschaften anzuwenden. Wenn man die GmbH & Co KG vollkommen mit den Kapitalgesellschaften gleichstellt, gehen meiner Meinung nach die Argumente aus, sich überhaupt noch für die Gesellschaftsform der GmbH & Co KG zu entscheiden. Rechtsfortbildungen in diesem Umfang führen überdies zu großer Rechtsunsicherheit, denn solange es keine klaren gesetzlichen Verweise auf Bestimmungen wie jene des SpaltG oder zumindest gut begründete höchstgerichtliche Judikatur gibt, sind derartige Rechtsfortbildungen sehr spekulativ und führen in der Praxis lediglich zu Verwirrung.

⁵⁰⁴ *Grossmayer*, *ecolex* 2008, 1025.

4. Exkurs: Die Limited & Co KG

4.1. Allgemeines zu Private Limited Companies in Österreich

Seit den EUGH-Entscheidungen *Centros*⁵⁰⁵, *Überseering*⁵⁰⁶ und *Inspire Art*⁵⁰⁷ steht fest, dass für Gesellschaften innerhalb der EU Niederlassungsfreiheit besteht. In *Centros* urteilte der EUGH, dass ein Mitgliedstaat, der die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. In *Überseering* stellte der Gerichtshof fest, dass nach den Art 43 und 48 EGV jeder Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates wirksam gegründeten Gesellschaft auch dann anerkennen muss, wenn diese Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt. Nochmals konkretisiert wurde diese Rechtsprechung durch das Urteil *Inspire Art*, in dem der Gerichtshof entschied, dass es gegen die Art 43 und 48 EGV verstößt, wenn ein Mitgliedstaat die Errichtung einer Zweigniederlassung von Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind.

Österreichischen Unternehmen stehen daher nicht nur inländische gesellschaftsrechtliche Rechtsformen zur Verfügung, sondern es können auch EU-ausländische Rechtsformen gewählt werden, obwohl die Geschäfte der Gesellschaft ausschließlich im Inland geführt werden. Besonders oft wurden dabei englische private companies limited by shares gewählt⁵⁰⁸. Das wichtigste Gesetz für die private company limited by shares ist der Companies Act 1985⁵⁰⁹. Daneben kommen noch zahlreiche Spezialgesetze zur Anwendung⁵¹⁰.

Nach der Auffassung des OGH⁵¹¹ und den Entscheidungen des EUGH ist auf die in Österreich tätige Limited materielles englisches Gesellschaftsrecht anzuwenden. Dies gilt für

⁵⁰⁵ EUGH 9. 3. 1999, C-212/97 Centros, Slg 1999, I-1459.

⁵⁰⁶ EUGH 5. 11. 2002, C-208/00 Überseering, Slg 2002, I-9919.

⁵⁰⁷ EUGH 30. 9. 2003, C-167/01 Inspire Art, Slg 2003, I-10155.

⁵⁰⁸ Eckert/Lembeck/Metzler, Private Limited Companies in Österreich, SWK 2005, W 148.

⁵⁰⁹ Just, Die englische Limited in der Praxis (2006) Rz 16.

⁵¹⁰ Company Directors Disqualification Act 1986; Business Names Act 1985; Insolvency Act 1986; etc.

⁵¹¹ „Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der in einem Mitgliedstaat rechtswirksam errichteten ausländischen juristischen Person ist im Zusammenhang mit der Errichtung einer Zweigniederlassung in Österreich nach jenem Recht zu beurteilen, nach dem die juristische Person gegründet wurde, sofern sich ihr satzungsmäßiger Sitz oder

alle Fragen des Gesellschaftsrechts, wie zB Vertretungsmacht, Bestellung und Abberufung der Organe, Haftung der Organe, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie Rechnungslegung⁵¹². Welche Bestimmungen zur Anwendung kommen, wenn es nicht um gesellschaftsrechtliche Fragen geht, ist nach dem jeweiligen Einzelfall zu beurteilen. Beispielsweise richtet sich die Konkursantragspflicht und deren Haftungsrechtliche Sanktionierung bei Konkursverschleppung nach materiellem österreichischem Recht⁵¹³. Bezüglich strafrechtlich sanktionierbarer Delikte ist in der Regel das Recht jenes Staates anzuwenden, in dem das Delikt begangen wurde.

4.4.1. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen zur Limited

Private Limited Companies können auf zwei Arten gegründet werden. Durch Neugründung der Gesellschaft oder durch Erwerb einer Vorratsgesellschaft⁵¹⁴. Derartige Vorratsgesellschaften werden üblicherweise bei einem Solicitor oder einer Servicegesellschaft erworben und ermöglichen eine sehr schnelle Gesellschaftsgründung. Um eine Limited neu zu gründen, müssen vier Dokumente beim zuständigen Gesellschaftsregister eingereicht werden. Diese sind der Gesellschaftsvertrag, der aus zwei getrennten Teilen besteht, dem Memorandum und den Articles of Association, sowie zwei Formblätter. Die Dokumente werden vom Registrar formell geprüft. Entsprechen die Dokumente den Anforderungen, so unterfertigt der Registrar als Bestätigung eine Gründungsbescheinigung, ein certificate of incorporation. Das Ausstellungsdatum auf der Gründungsbescheinigung ist das Gründungsdatum der Gesellschaft. Die Gesellschaft kann damit als juristische Person, deren Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, am Rechtsverkehr teilnehmen⁵¹⁵.

Eine in Österreich errichtete Zweigniederlassung einer Limited muss gemäß § 13 UGB und § 107 GmbHG beim zuständigen österreichischen Firmenbuch angemeldet werden. Die Anmeldung der Zweigniederlassung ist aber nicht Voraussetzung für die Entstehung der Gesellschaft und die Teilnahme am Rechtsverkehr in Österreich⁵¹⁶. Die Limited entsteht

die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat befindet.“ OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 123/99b und 6 Ob 124/99b, RdW 1999, 719 f; siehe auch OGH 29. 4. 2004; 6 Ob 43/04y.

⁵¹² Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 16.

⁵¹³ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 343 ff.

⁵¹⁴ Es handelt sich dabei um den Mantel einer Limited; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 29 f;

Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

⁵¹⁵ Dazu ausführlich Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 34; Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

⁵¹⁶ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 42; Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

bereits durch die Ausstellung des certificate of incorporation und kann daher auch ohne Anmeldung einer Zweigniederlassung in Österreich rechtsgeschäftlich tätig werden. Seit den EUGH-Entscheidungen Centros und Inspire Art steht fest, dass die Errichtung einer Zweigniederlassung das Bestehen einer Hauptniederlassung nicht voraussetzt. Die österreichische Zweigniederlassung kann also auch zugleich Hauptniederlassung sein⁵¹⁷.

Gesetzliche Anforderungen an ein Mindestkapital für die Limited gibt es im englischen Gesellschaftsrecht nicht⁵¹⁸. Die Gesellschaft kann daher theoretisch auch mit einem Kapital von nur einem Pfund gegründet werden. Für die Gesellschafter besteht auch nicht die Pflicht einer Mindesteinzahlung. Im englischen Recht ist keine strenge Kapitalaufbringungskontrolle bei Sacheinlagen vorgesehen. In die Gesellschaft kann daher alles eingelegt werden, was zur Steigerung des Gesellschaftsvermögens führt. Die Bewertung von Sacheinlagen wird nicht von externen Prüfern kontrolliert. Im Nachhinein besteht zwar die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung der Sacheinlagebewertung, doch ist diese auf Fälle extremer Überbewertung beschränkt. Das Gesellschaftskapital und seine Stückelung in Anteile sind im memorandum anzugeben. Dabei bezeichnet das im memorandum angeführte Kapital das Nominalkapital, dh den Gesamtbetrag der Anteile, die die Gesellschaft ausgeben darf⁵¹⁹.

Die englischen Kapitalerhaltungsvorschriften beziehen sich primär auf das gezeichnete Kapital der Limited, da dies die Haftungssubstanz der Gesellschaft bildet⁵²⁰. Das gebundene Kapital der Gesellschaft umfasst neben dem Nominalkapital auch gebundene Rücklagen. Grundlegend für die Kapitalerhaltung bei der Limited war die Entscheidung *Trevor v. Whitworth*⁵²¹, in der geurteilt wurde, dass die Gesellschaft keine eigenen Anteile erwerben kann, weil ansonsten das gezeichnete Gesellschaftskapital zurückgezahlt würde. Die Untersagung des Erwerbs eigener Anteile wurde in Section 143 Companies Act 1985 festgeschrieben. In bestimmten Fällen werden aber Ausnahmen zu diesem Grundsatz gemacht⁵²². Ebenfalls verboten ist die finanzielle Unterstützung (financial assistance) der Gesellschaft an einen Erwerber eigener Anteile, denn auch dadurch wird das Kapital der Gesellschaft beeinträchtigt⁵²³. Dies bedeutet, dass sowohl die direkte Unterstützung an den Erwerber als auch die indirekte Unterstützung an eine Tochtergesellschaft des Erwerbers

⁵¹⁷ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 43; Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

⁵¹⁸ Dazu Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 91.

⁵¹⁹ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 90.

⁵²⁰ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 225; Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

⁵²¹ (1887) 12 App. Cas 409.

⁵²² Ausführlich Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 227 ff.

⁵²³ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 231 ff.

verboten sind. Unter dieses Verbot fallen alle Formen von Darlehen und Vereinbarungen sowie Geschenke, Garantien, Freistellungen, etc.

Im Normalfall können Auszahlungen an die Gesellschafter der Limited nur dann getätigt werden, wenn Gewinne erwirtschaftet wurden⁵²⁴. Die Entscheidung, ob Gelder aus der Gesellschaft ausgeschüttet werden, obliegt den Direktoren. Ihre Aufgabe ist es etwaige ausschüttbare Gewinne auf Basis des letzten festgestellten Jahresabschlusses zu erheben. Maßgeblich für eine mögliche Ausschüttung sind aber nicht die Gewinne des letzten Geschäftsjahres, sondern es müssen die (thesaurierten) Gewinne seit Bestehen der Gesellschaft die Verluste seit Bestehen der Gesellschaft übersteigen⁵²⁵. Werden Gelder an die Gesellschafter ausgeschüttet, ohne dass ein ausschüttbarer Gewinn vorhanden ist, so haften die Direktoren der Gesellschaft gegenüber für den gesamten ausgeschütteten Betrag⁵²⁶. Gemäß Section 277 Companies Act 1985 hat ein Gesellschafter, der wusste oder hätte wissen müssen, dass die Auszahlung an ihn nicht gerechtfertigt ist, den erhaltenen Betrag rückzuerstatten. Neben der Haftung für die Auszahlung nicht vorhandener Gewinne haften die Direktoren der Gesellschaft gegenüber, wenn sie diese gegenüber gutgläubigen Dritten zu Geschäften verpflichten, die außerhalb des Unternehmensgegenstandes der Gesellschaft liegen⁵²⁷. Jeglicher der Limited dadurch entstandene Schaden und darüber hinaus etwaige Gewinne, die die Direktoren erzielt haben, müssen der Gesellschaft ersetzt werden. Die deliktische Haftung der Direktoren gegenüber Dritten bestimmt sich weitgehend nach dem nationalen Deliktsrecht der Zweigniederlassung⁵²⁸. Ebenso kommen bei Insolvenzverschleppung in Österreich die Haftungsnormen des österreichischen Insolvenzrechts zur Anwendung⁵²⁹. Die Direktoren der Limited sind daher verpflichtet die österreichischen Fristen bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft zu beachten.

4.1.2. Die Limited & Co KG

Die Limited & Co KG ist eine österreichische Kommanditgesellschaft mit einer Limited als persönlich und unbeschränkt haftendem Gesellschafter. Bei dieser Gesellschaftsform sind auf die Kommanditgesellschaft, die Kommanditisten und die Limited als Komplementärin das

⁵²⁴ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 242.

⁵²⁵ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 242.

⁵²⁶ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 174; 243.

⁵²⁷ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 173.

⁵²⁸ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 178.

⁵²⁹ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

österreichische UGB anzuwenden. Für die Limited als eigenständige Gesellschaft gilt englisches Recht. Die Limited & Co KG stellt eine Möglichkeit dar, um die Probleme und das Informationsdefizit, die mit der Anwendung des englischen Gesellschaftsrechts verbunden sind, weitgehend zu umgehen⁵³⁰. Dies lässt sich dadurch erreichen, dass die Limited lediglich als Komplementärin eingesetzt wird, die selbst nicht operativ tätig ist. Sind die Gesellschafter sowohl an der Komplementär-Limited als auch an der KG als Kommanditisten beteiligt, so richtet sich deren Verhältnis untereinander als Gesellschafter der Limited nach englischem Recht und als Kommanditisten nach dem UGB. Die Limited & Co KG hat für alle Gesellschafter den Vorteil, dass sie nahezu kein Kapital aufbringen müssen. Im Gegenzug besteht für die Gesellschaftsgläubiger der Nachteil eine KG als Geschäftspartner zu haben, bei der der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter möglicherweise über kein Kapital verfügt. All dies ist aber nur der Fall, wenn neben der Limited keine natürliche Person als Komplementär eingesetzt wird.

Um eine Limited & Co KG zu gründen, muss die als Komplementärgesellschaft vorgesehene Limited bereits bestehen, also im englischen Gesellschaftsregister eingetragen sein und es muss ein certificate of incorporation für die Gesellschaft ausgestellt sein⁵³¹. Darüber hinaus ist es empfehlenswert auch für die Komplementär-Limited eine Zweigniederlassung zum österreichischen Firmenbuch anzumelden. Die Limited & Co KG entsteht gemäß § 161 Abs 2 iVm § 123 Abs 1 UGB mit der Eintragung im Firmenbuch. Die Eintragung hat konstitutive Wirkung⁵³².

Die Geschäftsführung bei der Limited & Co KG obliegt gemäß § 164 iVm §§ 114 ff UGB grundsätzlich der Limited als Komplementärin. Die Limited kann nur durch ihre Direktoren handeln, die daher mittelbar die Geschäfte der KG zu führen haben⁵³³. Werden die Kommanditisten als Direktoren der Limited bestellt, ist zu beachten, dass sich deren Verhältnis untereinander als Direktoren und Vertreter der Limited und damit indirekte Vertreter der KG nach englischem Recht richtet⁵³⁴. Um auch die Verhältnisse der Geschäftsführer und Gesellschafter der Limited nach österreichischem OG-Recht regeln zu können, bietet sich die Möglichkeit, dass jeder Gesellschafter eine eigene Komplementär-Limited gründet bei der er Gesellschafter wird⁵³⁵. Das Verhältnis der Komplementär-Limiteds würde sich dann nach österreichischem OG-Recht richten.

⁵³⁰ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

⁵³¹ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 356.

⁵³² Schummer, Personengesellschaften⁶, 26.

⁵³³ Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 360.

⁵³⁴ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148; Just, Die englische Limited in der Praxis Rz 360.

⁵³⁵ Eckert/Lembeck/Metzler, SWK 2005, W 148.

4.2. Kapitalerhaltung bei der Limited & Co KG

Bei der Limited & Co KG gelten grundsätzlich dieselben Kapitalerhaltungs- und Haftungsbestimmungen wie bei einer gesetzestypischen KG. Die Komplementär-Limited haftet daher für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft gemäß § 128 UGB unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen. Die Kommanditisten haften gemäß § 171 Abs 1 UGB den Gesellschaftsgläubigern gegenüber jedoch nur bis zur Höhe ihrer im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme. Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. Eine Mindesthöhe für die Haftsumme legt das Gesetz nicht fest⁵³⁶. Wird einem Kommanditisten seine einmal eingezahlte Hafteinlage wieder zurückerstattet, so lebt seine Haftung nach § 172 Abs 3 UGB wieder auf. Das gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, obwohl frühere Verlustzuweisungen noch nicht durch spätere Gewinne ausgeglichen wurden (§ 172 Abs 3 Satz 2). Von der Hafteinlage ist die Pflichteinlage des Kommanditisten zu unterscheiden. Das ist jene Leistung, zu der sich der Kommanditist im Innenverhältnis verpflichtet hat. Rückzahlungen des die Hafteinlage übersteigenden Teils der Pflichteinlage führen nicht zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung, da der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfond mit der im Firmenbuch einzutragenden Haftsumme beschränkt ist. Nach herrschender Meinung ist das Wiederaufleben der Haftung generell mit der Haftsumme beschränkt und zwar auch wenn die KG einen weit höheren Betrag an den Kommanditisten auszahlt⁵³⁷. Eine Rückzahlung der Hafteinlage oder einer darüber hinausgehenden Summe bedarf gemäß § 116 Abs 2 UGB allerdings der Zustimmung aller anderen Gesellschafter. Der Komplementär wird bei derartigen Entscheidungen naturgemäß vorsichtig sein, da er unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

Für die Limited & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Kapitalerhaltungsrecht der Komplementär-Limited Auswirkungen auf die Haftungs- und Kapitalerhaltungsbestimmungen des UGB hat.

⁵³⁶ Schummer, Personengesellschaften⁶, 65 f; Weigand in Krejci/Dehn, Das neue UGB, SWK Sonderheft 2005, 70 ff.

⁵³⁷ Koppensteiner in Straube, HGB³ § 172 Rz 9; K. Schmidt, MK-HGB² §§ 171, 172 Rz 65; Schilling in Großkommentar zum HGB⁴ § 172 Rz 10; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 395; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1560 f.

Wie bereits beschrieben beziehen sich die englischen Kapitalerhaltungsvorschriften auf das gezeichnete Kapital (issued share capital), da dies die Haftungssubstanz der Limited bildet. Ausschüttungen an die Gesellschafter der Limited dürfen in der Regel nur vorgenommen werden, wenn diese im Gewinn der Gesellschaft Deckung finden. Werden Gelder an die Gesellschafter ausgeschüttet, ohne dass ein ausschüttbarer Gewinn vorhanden ist, so haften die Direktoren der Limited gegenüber für den gesamten ausgeschütteten Betrag. Daneben ist für die Kapitalerhaltung vor allem das Verbot des Erwerbs eigener Anteile wesentlich. Die Limited darf keine eigenen Anteile erwerben, da dadurch de facto das gezeichnete Gesellschaftskapital zurückgezahlt würde.

Für die Komplementär-Limited einer Limited & Co KG besteht die hauptsächliche Gefahr einer Vermögensbeeinträchtigung im Falle ihrer Inanspruchnahme als unbeschränkt haftende Gesellschafterin durch die KG-Gläubiger (§ 128 UGB). Spätestens bei Überschuldung der KG müssen für diese potentiellen Haftungsverbindlichkeiten in der Bilanz der Limited Rückstellungen gebildet werden. Darüber hinaus kommt es in der Folge wegen der im Regelfall wohl geringen Kapitalausstattung von Komplementär-Limiteds auch bei diesen zu einer Überschuldung.

Bei der Limited obliegt es primär deren Direktoren dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft keine Ausschüttungen tätigt, die nicht in Gewinnen gedeckt sind. Das muss bei der Limited & Co KG daher zur Folge haben, dass die Direktoren als Vertreter der Komplementärin Ausschüttungen an die Kommanditisten nicht zustimmen dürfen soweit diese nicht in Gewinnen der Limited & Co KG Deckung finden.

Die Limited wird als einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin in Österreichischen und Deutschen Kommanditgesellschaften vorwiegend deshalb eingesetzt, weil bei ihr keine Mindeststammkapitalerfordernisse bestehen. Um das englische Recht weitgehend zu umgehen, werden Komplementär-Limiteds in der Regel selbst nicht operativ tätig. Das bedeutet, dass Komplementär-Limiteds auch normalerweise keine Gewinne erwirtschaften. Die Direktoren dürfen daher Ausschüttungen an die Kommanditisten nur gestatten, wenn diese nicht zu einer Unterbilanz oder Überschuldung bei der Kommanditgesellschaft führen, da es andernfalls zu einer wahrscheinlichen Inanspruchnahme der Komplementär-Limited als unbeschränkt haftendem Gesellschafter kommt. Meiner Ansicht nach müssten die Direktoren der Limited in diesem Fall ihrer Gesellschaft gegenüber für den entstandenen Schaden insoweit haften, als die Forderungen der KG-Gläubiger nicht in Gewinnen der Limited Deckung finden. Da die Limited als Komplementärin im Normalfall nicht selbst geschäftlich

tätig ist und keine Gewinne erwirtschaftet, müssten die Direktoren regelmäßig für den gesamten zur Gläubigerbefriedigung erforderlichen Betrag haften.

Darüber hinaus gilt gemäß Section 277 Companies Act 1985, dass ein Gesellschafter, der wusste oder hätte wissen müssen, dass eine Auszahlung aus der Limited an ihn nicht gerechtfertigt ist, den erhaltenen Betrag zurückzuerstatten hat. Diese Bestimmung wird auch für Ausschüttungen an Kommanditisten anwendbar sein, wenn diese auch an der Limited beteiligt sind. Erhält ein Doppelgesellschafter in seiner Rolle als Kommanditist eine Ausschüttung aus der KG, die mittelbar das Kapital der Limited beeinträchtigt, so müsste er demnach diesen Betrag zurückerstatten, wenn die Limited keine zur Deckung ausreichenden Gewinne vorweisen kann und der Gesellschafter davon wusste. Dieses Rückzahlungsgebot kann sich meiner Ansicht nach allerdings nicht auf Nur-Kommanditisten der Limited & Co KG erstrecken, da diese keine Gesellschafter der Limited sind. Von einem Nur-Kommanditisten, der weder an der Substanz noch am Gewinn der Limited beteiligt ist und auch keinerlei Einsichtsrechte in deren Bücher hat, kann nicht verlangt werden, dass er für deren Kapitalerhaltung verantwortlich ist. Es obliegt vielmehr den Direktoren der Limited dafür zu sorgen, dass Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten nur stattfinden, wenn entsprechende Gewinne vorhanden sind oder wenn die Ausschüttung die Haftsumme des Kommanditisten nicht übersteigt. Bis zur Höhe seiner Haftsumme haftet der Kommanditist ohnehin unmittelbar mit seinem gesamten Vermögen (§ 171 Abs 1 UGB), sodass eine Ausschüttung bis zu diesem Betrag weder für die Komplementär-Limited noch für die Gläubiger der KG ein erhöhtes Risiko darstellt.

*Reich-Rohrwig*⁵³⁸ geht einen Schritt weiter und meint, dass es nach österreichischem Recht für alle Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter einen den Kapitalgesellschaften angeglichenen Kapitalschutz geben muss. Dieser Kapitalschutz dürfe nicht von der Rechtsform des Komplementärs und dem für diesen geltenden in- oder ausländischen Schutzsystem abhängen. Dafür bestünde insofern ein Bedürfnis, als sonst für Sonderformen wie die „ausländische juristische Person & Co KG“, kein adäquater Kapitalschutz entwickelt werden könnte. Demzufolge sei auch die „ausländische juristische Person & Co KG“ den besonderen Kapitalerhaltungsvorschriften für Kapitalgesellschaften zu unterstellen. Diese seien aus einer Rechtsanalogie zu den §§ 82 f, 74 GmbHG sowie §§ 52, 56, 65 ff AktG zu gewinnen.

⁵³⁸ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 404.

Folgt man dieser Meinung, so müsste man auf die österreichischen Limited & Co KG die Kapitalerhaltungsbestimmungen des GmbHG oder des AktG analog anwenden. Dies würde meiner Ansicht nach zu erheblichen Komplikationen führen. Auf die Limited & Co KG wären dann nämlich die Regeln des UGB betreffend die KG und die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG oder AktG anzuwenden und gleichzeitig wäre das Kapital der Komplementär-Limited nach den englischen Kapitalerhaltungsregeln zu schützen. Noch komplexer würde die Situation, wenn die Limited über eigenes Vermögen verfügt, welches sie in die KG einlegt. Dieses Kapital würde dann zugleich dem Kapitalerhaltsrecht der österreichischen Kapitalgesellschaften und jenem der englischen Limited unterliegen. Ebenso kompliziert wäre die Lage eines Kommanditisten der gleichzeitig Gesellschafter der Limited ist. Dieser müsste bei Erhalt von Ausschüttungen aus der Limited & Co KG primär die Haftungsbestimmungen des UGB und des GmbHG oder AktG analog beachten und sekundär müsste er sich, wenn die Ausschüttung das Kapital der Komplementär-Limited beeinträchtigt, auch an die Kapitalschutzbestimmungen für die englische Limited halten. Die Anwendung der GmbH-rechtlichen oder Aktienrechtlichen Kapitalerhaltungsbestimmungen auf die Limited & Co KG und alle ihre Gesellschafter wäre mit ziemlicher Sicherheit auch europarechtswidrig⁵³⁹. Die Komplementär-Limited würde bei Anwendung österreichischen Kapitalerhaltsrechts nicht mehr als englische Gesellschaftsform behandelt. Dies widerspricht der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes. Eine Anwendung von Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG oder AktG ist daher abzulehnen.

Etwas Anderes ist jedoch für die Rechtsfolgen betreffend eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen anzunehmen. § 4 Z 3 EKEG zählt zu den erfassten Gesellschaften „Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“. Daher sind gemäß § 1 EKEG Kredite, die Gesellschafter der Limited & Co KG ihrer Gesellschaft in der Krise gewähren, Eigenkapital ersetzend. Dies trifft gemäß § 11 EKEG auch auf Kredite von Nur-Kommanditisten an die Limited & Co KG zu.

Ebenso unterliegt eine Limited & Co KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter dem österreichischen Rechnungslegungs- und Insolvenzrecht. Gemäß § 67 KO findet die Konkurseröffnung über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, bereits bei Überschuldung statt. Nach §§ 189 Abs 1 Z 1, 221 Abs 5 UGB sind die

⁵³⁹ Just, Die englische Limited in der Praxis, Rz 364.

Rechnungslegungsvorschriften auf unternehmerisch tätige Personengesellschaften anzuwenden, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

Zusammengefasst sind die Gesellschaftsgläubiger der Limited & Co KG durch die Haftungsbestimmungen des UGB, die Sonderbestimmungen für Personengesellschaften ohne natürlich Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter und den mittelbaren Kapitalschutz der Komplementär-Limited geschützt. Der Nachteil gegenüber einer GmbH & Co KG liegt für die Gläubiger darin, dass ihnen meist ein geringerer Haftungsfonds zur Verfügung steht, da die Limited (nahezu) kein Stammkapital aufweisen muss. Die potentiellen Gläubiger einer Limited & Co KG werden daher tendenziell stärker als bei den klassischen österreichischen Gesellschaftsformen dazu neigen, sich vor einem Geschäftsabschluss ausführlich über die wirtschaftliche Lage ihres Geschäftspartners zu informieren und keine zu großen Risiken einzugehen.

V. Ergebnis und Ausblick

Ausgangspunkt dieser Arbeit war, dass die GmbH & Co KG ieS eine Personengesellschaft ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter ist. Der Gesetzgeber hat dem Fehlen eines natürlichen „Vollhafters“ insofern Rechnung getragen, als auf die GmbH & Co KG einige – insbesondere den Gläubigerschutz betreffende – Bestimmungen anzuwenden sind, die sonst nur für Kapitalgesellschaften gelten. Teile der Lehre und dem folgend auch der OGH in seiner vor kurzem ergangenen Entscheidung 2 Ob 225/07p sehen allerdings die Notwendigkeit der Erweiterung des Kapitalschutzes bei der GmbH & Co KG ieS. Insbesondere sollen die GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsregeln auf die GmbH & Co KG und alle ihre Gesellschafter – also auch die Nur-Kommanditisten – angewendet werden. Dem ist meiner Ansicht nach aber nicht zuzustimmen. Die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen sind ausreichend, zumal Ausschüttungen aus der KG an Doppelgesellschafter auch nicht gegen das Kapitalerhaltungsgebot bei der Komplementär-GmbH verstoßen dürfen. Das Argument, dass eine natürliche Person als Komplementär weniger leichtfertig Kapitalrückzahlungen an Gesellschafter zulassen würde, ist mE auch nicht sehr schlagkräftig. Die regelmäßige Zielsetzung, sowohl von Kapital- als auch Personengesellschaften des UGB, ist wirtschaftlicher Erfolg. Die Gesellschafter haben Interesse die Gesellschaft in guter wirtschaftlicher Konstitution zu erhalten und zu fördern. In der Krise einer Personengesellschaft werden die persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschafter naturgemäß vorsichtig sein um durch ihre persönliche Inanspruchnahme nicht auch privat in finanzielle Schwierigkeiten zu kommen. Bei der GmbH & Co KG ieS ist der unbeschränkt haftende Gesellschafter zwar eine juristische Person, doch müssen hier die Geschäftsführer der GmbH und die Gesellschafter, die sowohl an der GmbH als auch an der KG beteiligt sind, ebenso vorsichtig sein, dass sie nicht gegen zwingendes GmbH-rechtliches Kapitalerhaltsrecht verstoßen. Die Konsequenz eines Verstoßes wäre ebenfalls eine persönliche Inanspruchnahme der Geschäftsführer und Gesellschafter in Form von Schadenersatzansprüchen und der Rückerstattungspflicht gesetzwidriger Ausschüttungen. Meines Erachtens steht daher auch bei der GmbH & Co KG ieS das menschliche Gewissen und die Furcht vor persönlicher Inanspruchnahme einem allzu leichtsinnigen Verhalten der Beteiligten entgegen.

Der Erfolg oder Misserfolg von Gesellschaftsformen wie der Limited & Co KG, bei der es keine natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter gibt und der Komplementär auch praktisch kein Stammkapital aufbringen muss, sollte für den Gesetzgeber als sehr guter Indikator für den Bedarf zusätzlicher Gläubigerschutzbestimmungen bei derartigen Kommanditgesellschaften dienen. Zur österreichischen GmbH gibt seit einiger Zeit eine angeregte Diskussion über Modifizierungen der gesetzlichen Bestimmungen, um im europäischen Wettbewerb konkurrenzfähig zu bleiben⁵⁴⁰. Dabei geht es konkret um die Verminderung der Höhe des Stammkapitals bei der bestehenden Form der GmbH und daneben auch um die Schaffung einer GmbH-Variante ohne Stammkapital (in Deutschland wird von der „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“ gesprochen).

Kommt es in Österreich tatsächlich zur Einführung einer GmbH ohne Mindeststammkapitalerfordernis, so wird es in der Folge wohl auch Kommanditgesellschaften mit derartigen GmbHs als Komplementären geben. Die Gläubiger einer solchen GmbH & Co KG müssten sich – wie die Gläubiger der Limited & Co KG – damit abfinden, dass der unbeschränkt haftende Komplementär in den meisten Fällen über kein Kapital verfügt. Anders wäre dies nur, wenn die Komplementär-GmbH am Gewinn der KG beteiligt ist oder selbst geschäftlich tätig wird. Um dennoch das Vertrauen zukünftiger potentieller Gläubiger zu gewinnen, wird man bei dieser Form der GmbH & Co KG auf andere Art sicherstellen müssen, dass die Gesellschaft nicht bei der ersten Investition überschuldet ist und einen Konkursantrag stellen muss. Das naheliegendste Mittel, um den Gläubigern Sicherheit zu bieten und ihr Vertrauen zu gewinnen, wäre die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung hoher Haftsummen für die Kommanditisten. Diese Haftsummen müssten zwar nicht – wie das Stammkapital bei der GmbH – tatsächlich eingezahlt werden, doch wären sie ins Firmenbuch einzutragen und die Kommanditisten würden persönlich mit ihrem gesamten Vermögen dafür haften. Dadurch könnte ein nach außen hin transparenter Mindesthaftungsfonds der KG geschaffen werden. Die Übernahme eine hohen Haftung wäre freilich ein Zugeständnis der Kommanditisten, zu dem sie in keiner Weise gesetzlich verpflichtet sind.

Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, Rechtssicherheit zu schaffen. Zu diesem Zweck könnte er in die gesetzlichen Bestimmungen für die GmbH ohne Stammkapital umfangreiche Kapitalerhaltungsregeln einführen, die sich auch auf Ausschüttungen aus der GmbH & Co KG auswirken. Alternativ könnten weitere spezifische Sonderbestimmungen für Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter

⁵⁴⁰ Siehe *Bachner*, GmbH-Reform (2008).

beschlossen werden. Im Rahmen der Kapitalerhaltungsregeln für die GmbH wäre zum Beispiel eine Bestimmung sinnvoll, die es den Geschäftsführern der GmbH – als deren Vertretern in der KG – verbietet, Ausschüttungen aus der KG zuzustimmen, die nicht in Gewinnen dieser Gesellschaft gedeckt sind. Im Falle des Verstoßes gegen diese Bestimmung sollten die GmbH-Geschäftsführer für den gesamten nicht im Gewinn gedeckten Betrag haften. Dies würde eine sehr effektive Kapitalsicherung bei der GmbH & Co KG gewährleisten. Wenn eine Gesellschaft kein Eigenkapital hat und nur mit Fremdkapital finanziert ist, geht jedes unternehmerische Risiko zu Lasten der Gläubiger. Den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH sollte bei der Führung der Geschäfte der KG bewusst sein, welchen Risiken die Gläubiger der KG ausgesetzt sind. Bei grober Missachtung der Gläubigerinteressen sollten die Geschäftsführer ebenfalls zur Haftung herangezogen werden. Um den GmbH-Geschäftsführern die praktische Möglichkeit zu geben, die Gläubigerinteressen in Bedacht zu nehmen, sollte bei der GmbH ohne Mindeststammkapital die Weisungsbefugnis der Gesellschafter insoweit eingeschränkt werden, als Weisungen die ganz offensichtlich die Interessen der Gläubiger gefährden, von den Geschäftsführern nicht beachtet werden müssen.

Ist einmal ein effektives Kapitalerhalterecht für die GmbH ohne Stammkapital normiert und wird eine derartige GmbH als Komplementärin in einer GmbH & Co KG ohne natürlicher Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter eingesetzt, so könnte man per Gesetz den Kapitalschutz auf die gesamte GmbH & Co KG erstrecken. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass man der KG damit weitgehend ihren Charakter als Personengesellschaft nimmt. Auch stellt sich die Frage, ob eine derartige Gesellschaftsform überhaupt noch sinnvoll wäre. Die Gesellschafter könnten anstatt sich als Kommanditisten zu beteiligen gleich Gesellschafter einer GmbH ohne Stammkapital werden und könnten dadurch jegliche persönliche Haftung vermeiden. Praktisch würde die Einführung einer GmbH ohne Stammkapital bei der derzeit bestehenden Judikatur des OGH⁵⁴¹, wonach das GmbH-Kapitalerhalterecht auf die GmbH & Co KG ieS und alle ihre Gesellschafter analog anzuwenden ist, zum Aussterben der GmbH & Co KG führen. Eine GmbH, bei der die Gesellschafter kein Kapital aufbringen müssen und auch nicht persönlich haften, wäre wohl weit attraktiver als eine KG, bei der die Kommanditisten eine Haftsumme ins Firmenbuch eintragen, für die sie persönlich mit ihrem gesamten Vermögen haften. Das in die Gesellschaft eingelegte Kapital ist nach Ansicht des OGH bei der GmbH und der GmbH & Co KG in

⁵⁴¹ OGH vom 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

gleicher Weise gebunden, weshalb der Kommanditist gegenüber einem GmbH-Gesellschafter betreffend dem Verbot der Einlagenrückgewähr keinen Vorteil hat.

Will man die Gesellschaftsform der GmbH & Co KG auch weiterhin erhalten, so kann dies im Hinblick auf die GmbH ohne Stammkapital auf keinen Fall durch eine rechtliche Gleichstellung mit der GmbH bewerkstelligt werden. Ein potentieller Gesellschafter einer GmbH & Co KG wird einen klaren Vorteil in dieser Gesellschaftsform sehen wollen, um sich daran zu beteiligen.

Abstract

Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG

1. Grundlagen

Kapitalerhaltung bei der GmbH:

- „Die Kapitalerhaltungsvorschriften dienen dem im Gesellschaftsrecht verankerten Schutz der Gläubiger vor künftigen negativen Entwicklungen der Gesellschaft und stellen den Ausgleich für die mangelnde persönliche Haftung der Gesellschafter von Kapitalgesellschaften dar.“ (OGH)
- Gem. § 82 GmbHG umfasst das Verbot der Einlagenrückgewähr das gesamte Gesellschaftsvermögen und verbietet grundsätzlich jede vermögensschmälernde Leistung der GmbH an ihre Gesellschafter. Ausgenommen sind Zahlungen aufgrund drittbüchlicher Austauschgeschäfte und die Ausschüttung des Bilanzgewinns.

Kapitalerhaltung bei der KG:

- Die Haftung eines Kommanditisten ist durch seine in das Firmenbuch einzutragende Haftsumme begrenzt.
- Wurde eine bereits geleistete Hafteinlage an den Kommanditisten zurückgezahlt, so lebt nach § 172 Abs 3 UGB die Haftung wieder auf.

2. Problemstellung

Die Ausgangssituation bezüglich der Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG ist die, dass keine natürliche Person unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

Da die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG und des UGB nur auf die jeweilige Gesellschaftsform zugeschnitten sind, besteht bei der GmbH & Co KG die Gefahr, dass diese Schutzvorschriften umgangen werden. Bei der GmbH & Co KG können aus dem KG-Vermögen geleistete Zahlungen mittelbar auch das Vermögen der Komplementär-GmbH beeinträchtigen. Diese Gefahr ist am größten, wenn die GmbH ihr gesamtes Stammkapital in die KG einlegt, da Auszahlungen aus dem KG-Vermögen dann zu Lasten des Stammkapitals der GmbH gehen könnten. Aber auch wenn die GmbH keine Kapitalbeteiligung an der KG besitzt, ist ihr Kapital aufgrund möglicher Inanspruchnahme als unbeschränkt haftende Komplementärin insbesondere dann gefährdet, wenn die KG ihr Gesellschaftsvermögen aufgebraucht hat.

Eine Umgehung der Kapitalerhaltungsregeln für die Komplementär-GmbH könnte auch ein größeres Risiko für die Gläubiger der GmbH & Co KG darstellen, da in diesem Fall der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter der KG unter Umständen vermögenslos ist.

3. Lösungsansätze

- *Karollus* möchte den die Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG analog auf die GmbH & Co KG als solche anwenden. Es geht ihm dabei nicht darum, mittelbar das Vermögen der Komplementär-GmbH zu schützen, sondern er will die „mit einer beschränkten Haftungsmasse ausgestattete Personengesellschaft“ als solche den

Kapitalgesellschaften gleichstellen und deren Kapitalerhaltungsrecht unterwerfen. Demnach sind bei der GmbH & Co KG nur die Verteilung von Reingewinn und Leistungen aus angemessenen Drittgeschäften zulässig. Dies gilt auch für Nur-Kommanditisten, die an der Komplementär-GmbH nicht beteiligt sind.

- *Wenger* ist ebenfalls der Ansicht, dass es eigenständige Kapitalerhaltensregeln für die GmbH & Co KG als solche geben soll. Diese sollten aber auf einer eingeschränkten Analogie zum GmbH-Recht beruhen. Demnach ist beim Kapitalschutz insbesondere zu berücksichtigen, ob Entnahmen der Kommanditisten zu Überschuldung oder Unterbilanz bei der KG (und unter Umständen auch bei der GmbH) oder zu anderen für die Gläubiger kritischen bis insolvenznahen Situationen führen können.
- *Dellinger* sieht in der analogen Anwendung der §§ 82 f auf die GmbH & Co KG einen Akt der Rechtsfortbildung, der nicht notwendig ist. Für ihn müssen die KG-Regeln der Ausgangspunkt bleiben, solange der Gesetzgeber die Beteiligung von Kapitalgesellschaften an Personengesellschaften zulässt.

4. Kommentar

Die kapitalerhaltungsrechtliche Gleichstellung der GmbH & Co KG mit der GmbH geht in mehrfacher Hinsicht zu weit und ist angesichts des vorhandenen Kapitalschutzes, den das UGB für die KG festlegt und den Sonderregeln die für die GmbH & Co KG gelten, auch nicht zu rechtfertigen. Den Gesellschaftern würde durch die Gleichstellung die Alternative von persönlicher Haftung statt Kapitalbeteiligung völlig genommen, obwohl persönlichen Haftung von der Konzeption her grundsätzlich gleichwertig ist.

Darüber hinaus ist auf den zwingenden Zusammenhang zwischen Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung zu verweisen. Es würde sich ein schwer zu rechtfertigender Wertungswiderspruch ergeben, wenn man den Kommanditisten der GmbH & Co KG zwar weiterhin die Wahl zwischen Einlage und Haftung ließe, dieses Wahlrecht aber dann als verbraucht ansähe, sobald sie einmal eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hätten. Wer den Kommanditisten den Abzug des einmal eingelegten Kapitals analog dem GmbHG verbieten wollte, müsste sie konsequenterweise auch zur unbedingten und sofortigen Einlage dieses Kapitals verpflichten. Im Ergebnis käme dies einem Verbot der GmbH & Co KG gleich.

ME ist es ausreichend, das Vermögen der Komplementär-GmbH, die ja einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin ist, zu schützen. Dabei wird das Ausschüttungsverbot (§ 82 GmbHG) und das Verbot der Rückgewähr von Nachschüssen (§ 74 GmbHG) auf Auszahlungen aus der GmbH & Co KG ausgedehnt, die mittelbar auch das Vermögen der Komplementär-GmbH beeinträchtigen und bei dieser eine Unterbilanz herbeiführen oder vertiefen. Nur-Kommanditisten sind davon nicht betroffen, da sie ja keine Gesellschafter der Komplementärin sind und Auszahlungen an sie ohnehin nur mit Zustimmung der Komplementär-GmbH erfolgen können.

Abstract

Capital Maintenance at the “GmbH & Co KG”

(GmbH & Co KG = Limited Partnership with a Limited Liability Company as Unlimited Partner)

1. Basics

Capital maintenance at companies with limited liability (“GmbH”):

- „The capital maintenance rules have the purpose to protect creditors from possible negative developments of the company in the future and they provide compensation for the lack of personal liability of the shareholders of the company with limited liability.“ (Austrian Supreme Court)
- According to Sec. 82 of the Companies with Limited Liability Act the shareholders may not claim back their initial contribution; as long as the company exists, they shall only be entitled to claim the balance sheet profits resulting from a surplus of the assets over the liabilities pursuant to the annual financial statements. Exempted are payments to shareholders based on transactions that are comparable to third party transactions (at market prices).

Capital maintenance at limited partnerships (“KG”):

- The liability of a limited partner is restricted with his guaranteed amount that is registered in the company register. If the limited partner has contributed the guaranteed amount to the company he/she is not liable vis-à-vis third parties any more.
- If the limited partner receives back his guaranteed amount from the company his third party liability revives.

2. Legal Problem

The basis for possible extended capital maintenance rules at the GmbH & Co KG is that no natural person is liable with his/her whole private property. In other words there is no natural person with unlimited liability.

The capital maintenance rules regarding the GmbH and the KG are very different and each set of rules is only designed for the respective type of corporation. At the GmbH & Co KG there is the danger that shareholders may circumvent the stricter capital maintenance rules of the GmbH by withdrawing funds from the assets of the KG. Withdrawals of assets from the KG could have a negative effect on the capital of the GmbH because it is the unlimited partner of the GmbH & Co KG and the less capital the KG has the greater is the risk that creditors claim their money back from the GmbH. The assets of the GmbH are especially exposed, if the GmbH has contributed its capital to the KG because then all withdrawals by shareholders of the KG may affect the capital of the GmbH. But also in the case that the GmbH has not contributed its capital to the KG there is always the mentioned risk that the GmbH is liable vis-à-vis third parties if all the capital has been withdrawn from the KG.

The risk for the GmbH to lose its assets because of withdrawals by limited partners of the KG is also a risk for the creditors of the GmbH & Co KG. If all the capital from the KG has been withdrawn and also the unlimited shareholder has no assets any more then the creditors may have a problem to get their money back. (One however has to keep in mind that the limited

shareholders are personally liable up to the amount of their guaranteed capital and that withdrawals that effect the capital of the GmbH are against its capital maintenance rules.)

3. Resolution of the Problem

- The solution of *Karollus* is that the strict capital maintenance rules of the GmbH-Act should apply to the GmbH & Co KG and all its shareholders (by analogy). This means that also the limited partners of the GmbH & Co KG, that are not shareholders of the GmbH, have to obey the strict capital maintenance rules of the GmbH-Act. According to this solution all shareholders of the GmbH & Co KG would only be entitled to claim the balance sheet profits resulting from a surplus of the assets over the liabilities pursuant to the annual financial statements of the KG.
- *Wenger* is also of the opinion that there should be capital maintenance rules for the GmbH & Co KG that apply to all its shareholders. But as opposed to *Karollus* he argues that these rules should not be as strict as the capital maintenance rules of the GmbH-Act because the legal basis for the GmbH & Co KG are the rules of the Austrian Business Code regarding the KG. According to this solution withdrawals from the KG by limited partners should only be prohibited if there is a negative effect on the capital of the GmbH. Thereby the capital basis of the unlimited shareholder would be preserved.
- *Dellinger* argues against the application of the capital maintenance rules of the GmbH-Act to the GmbH & Co KG because it is not necessary and it would be too much of an interference with the legislator's competence to create law. For him the rules of the Austrian business code regarding the KG have to remain the legal basis as long as the legislator allows the GmbH & Co KG as a type of corporation.

4. Comment

In my opinion the application of the capital maintenance rules of the GmbH-Act to the GmbH & Co KG and all its shareholders is not necessary to achieve an adequate protection of the KG's capital. Up to the amount of their guaranteed capital the limited partners of the GmbH & Co KG are personally liable to the creditors, if they have not contributed the amount of guaranteed capital to the KG. In addition the capital maintenance rules of the GmbH-Act prohibit any withdrawals from the KG by limited partners that are also shareholders of the GmbH, if the withdrawals are not covered by balance sheet profits. I do not see a reason why the limited partners of the KG that are not shareholders of the GmbH, should be responsible for the capital protection of the GmbH.

To apply the GmbH-Act to the GmbH & Co KG would mean that the shareholders have no choice any more to be either personally liable (up to the amount of their guaranteed capital) or to contribute their guaranteed capital to the KG and not be liable any more.

If the strict and mandatory capital maintenance rules of the GmbH-Act should be applied to the GmbH & Co KG it would only be consequent to also apply the rules regarding the mandatory initial capital contribution to the KG because before the capital can be maintained it first has to be contributed. But this extensive application of the rules of the GmbH-Act to the GmbH & Co KG would mean that the rules regarding the KG from the Austrian Business Code are void. I think that only the legislator should have the power to change and extend the rules regarding a certain type of corporation and that apart from that one should be very cautious with such extensive analogies of law.

Lebenslauf

Persönliche Informationen

Name	Frank Stefan, Mag. iur., LL.M. (UOP)
Adresse	Laurenzerberg 3/20 1010 Wien Österreich
E-mail	stef.frank@gmx.net
Geburtsdatum	24. Oktober 1980
Nationalität	Österreich

Praxiserfahrung

Seit Aug. 2008	Binder Grösswang Rechtsanwälte OG Konzipient
Nov. 2006 – Juli 2007	Oberlandesgericht Wien Gerichtsjahr
Aug. 2005	Rechtsanwältin Dr. Ingrid Weisz, LL.M. Internship
Juli 2006	KARASEK WIETRZYK Rechtsanwälte GmbH Internship

Ausbildung

15. Sep. 2007 – 10. Mai. 2008	University of the Pacific McGeorge School of Law in Kooperation mit der Universität Salzburg LL.M. in Transnational Business Practice Seminararbeit: “Factfinding in Civil Proceedings (A comparison between Austrian and US law)”
Nov. 2006	Universität Wien Start der Dissertation zum Thema “Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG”
1. März. 2005 – 4. Sep. 2006	Universität Wien Studium der Rechtswissenschaften Diplomarbeiten: „Konzerneingangskontrolle in der Obergesellschaft (Ausgliederungen im GmbH- Recht)“ „Aktuelle Rechtsprechung des EuGH“

1. März 2002 – 28. Feb. 2005	Universität Salzburg Studium der Rechtswissenschaften
1. Okt. 2001 – 31. Jän. 2002	Fachhochschule Steyr Produktion und Management
1. Okt. 2000 – 30. Juni. 2001	Technische Universität Wien Technische Chemie
Okt. 1999 – Mai 2000	Bundesheer
Sep. 1991 – Juni 1999	Bundesrealgymnasium (Salzburg) Naturwissenschaftlicher Zweig
Feb. – April 1995	Scotch College (Perth, Western Australia)
1987 – 1991	Volksschule Herrnau (Salzburg)
1984 – 1987	Kindergarten Herrnau (Salzburg)

Sprachen

Deutsch	Muttersprache
Englisch	Verhandlungssicheres Rechtsenglisch
TOEFL (Internet Based)	101 von 120 Punkten