

ARTMANN – RÜFFLER – TORGLER (Hrsg)

**Die GmbH & Co KG ieS  
nach OGH 2 Ob 225/07p –  
eine Kapitalgesellschaft?**

Gesellschaftsrechtliche Vereinigung Österreichs – GVÖ

Band 1

Wien 2011  
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**Die GmbH & Co KG  
ieS nach OGH 2 Ob 225/07p  
– eine Kapitalgesellschaft?**

Herausgegeben von

**Eveline Artmann  
Friedrich Rüffler  
Ulrich Torggler**

Wien 2011  
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

*Martin Trenker*

## Bericht über die Diskussion

Die Diskussion wurde von *Günter Roth* geleitet, der sie auf zwei wesentliche Fragen lenkte: Zuerst müsse die Richtigkeit der Entscheidung 2 Ob 225/07p aus methodischer Sicht beurteilt, also die Frage geklärt werden, ob die analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf eine GmbH & Co KG ieS die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreite. Die eigentlich entscheidende Frage sei aber jene nach der inhaltlichen Überzeugungskraft der Übertragung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf eine Kommanditgesellschaft ohne unbeschränkt haftende natürliche Person.

Dem wurde durch den ersten Diskutanten *Hanns Hügel* nicht zugestimmt. Die Frage nach der methodischen Legitimation des Analogieschlusses habe gerade deswegen große Bedeutung, weil sie symptomatisch für mehrere sehr weit vom Gesetz entfernte Rechtsansichten des OGH in den letzten Jahren sei. Schuld sei daran freilich in erster Linie das Schrifttum, allen voran jene Universitätsprofessoren, die kreativer Rechtsfortbildung den Vorzug vor methodenstrenger Gesetzestreue geben und an deren Stil sich auch die Judikatur orientiere. Inhaltlich kritisierte er zunächst die Ansicht, die §§ 82 f GmbHG wären auch auf die „Verein & Co KG“ oder die „Limited & Co KG“ anwendbar. Es sei unverständlich, dass für eine „Verein & Co KG“ GmbH-Recht zur Anwendung gelangen soll, das aber für einen Verein unstreitig nicht gelte. Methodisch sei zu beanstanden, dass weder *Martin Karollus* noch der OGH ihrer Beweislast in Bezug auf das Bestehen einer Gesetzeslücke nachgekommen seien. Auch die in der Literatur von *Susanne Kalss* befürwortete Möglichkeit, § 122 UGB bei der GmbH & Co KG als zwingend einzustufen, sei mit dem Gesetz nicht vereinbar. Außerdem setze diese Bestimmung einen offensichtlichen Schaden der Gesellschaft durch den Vermögensabfluss voraus, während § 82 GmbH jede Vermögensminderung erfasst. Die These, dass bei einer GmbH & Co KG jeder Wertabfluss *per se* mit einem offensichtlichen Schaden der Gesellschaft gleichzusetzen wäre, beruhe auf einer allzu freien Einstellung zum Gesetz. Schließlich mahnte *Hanns Hügel* vor allem auch im Interesse der Rechtssicherheit eine Rückbesinnung auf mehr Methodenstrenge bei der Gesetzesauslegung im Sinne der anschaulichen Formulierung *Philipp Hecks* vom „denkenden Gehorsam“ ein.

*Eveline Artmann* erwiderte auf die Kritik an der befürworteten Anwendung von GmbH-Recht auf Kommanditgesellschaften, bei denen zwar keine GmbH, aber eine andere juristische Person Komplementärin sei, dass diesfalls die KG *de facto* einem Rechtsträger mit beschränkter Haftung entspreche. Es sei daher naheliegend, sich am GmbH-Recht zu orientieren.

In Bezug auf die methodischen Ausführungen pflichtete *Friedrich Rüdfler* den Argumenten von *Hanns Hügel* bei. In der Sache betonte er die Tauglichkeit der Lösung des BGH, den mittelbaren Kapitalschutz der GmbH & Co KG über die Kapitalerhaltung in der GmbH zu bewerkstelligen. Zwar seien entgegen dem BGH-Modell Zuwendungen an „Nur-Kommanditisten“ nicht verboten. Das sei aber angesichts der mangelnden wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit für die GmbH und deren Geschäftsführer nicht bedrohlich. Gerade in dem sehr komplexen Sachverhalt, der der OGH-Entscheidung zugrunde liegt, hätte höchstwahrscheinlich auch ein Verstoß gegen § 82 GmbHG seitens der GmbH festgestellt werden können.

Zu den nachfolgenden Erläuterungen von *Günter Roth* zu den unterschiedlichen Kapitalerhaltungsvorschriften im deutschen (§§ 30 f dGmbHG) und österreichischen GmbH-Recht (§§ 82 f GmbHG), bemerkte *Thomas Wenger*, dass die deutsche Regelung im Wesentlichen krisenbezogen sei und auch im österreichischen KG-Recht eine Schutzlücke allenfalls für Krisensituation zu bejahen sei. Anhand eines Beispiels zeigte er auf, dass eine Einlagenrückgewähr keineswegs immer bedenklich sei. Der Analogieschluss sei daher überschießend, insb im Hinblick auf die nach wohl hM anzunehmenden Rechtsfolge der Nichtigkeit eines Verstoßes gegen §§ 82 f GmbHG.

*Peter Konwitschka* wies zunächst auf einen Widerspruch in der besprochenen Entscheidung zum Judikat 9 Ob 25/08d hin. Dort war anders als in 2 Ob 225/07p eine grobe Fahrlässigkeit der Bank/Leistungsempfängerin verneint worden, weil der zu beurteilende Sachverhalt zuvor in der Judikatur des OGH noch nicht als verbotene Einlagenrückgewähr eingestuft worden war. Außerdem betonte *Peter Konwitschka* die erheblichen Probleme, die sich für in der Vergangenheit geschlossene Vertragsbestimmungen und bereits geleistete Zahlungen ergeben. Im Hinblick auf das berechnete Vertrauen des Rechtsverkehrs verbiete sich eine Rechtsfortbildung durch die Rsp, die wie hier geeignet ist, eine Rechtsmaterie „völlig auf den Kopf zu stellen“.

Bezugnehmend auf die Aussage von *Hans-Georg Koppensteiner*, dass eine GmbH als Komplementärin nicht gefährlicher als eine mittellose natürliche Person sei, wies *Manfred Umlauf* darauf hin, dass sich eine GmbH bei der gebotenen typisierten Durchschnittsbetrachtung tatsächlich als weniger gläubigergünstig als eine natürliche Person erweise und die GmbH & Co KG haftungsrechtlich einer GmbH sehr nahe stehe. Dennoch sei es nicht gerechtfertigt, dass von der Rsp eine derart revolutionäre Rechtsfortbildung vorgenommen wurde, weil dies Aufgabe des Gesetzgebers sei. Diesem sei daher der hauptsächliche Vorwurf zu machen, zumal er es verabsäumt hat, im Zuge der Einführung des UGB auch den bereits damals bekannten Problembereich zu regeln. Spätestens jetzt sei es aber an der Zeit, dass der Gesetzgeber der geradezu unerträglichen Rechtsunsicherheit mit einer klaren Regelung entgegenrete, wie er dies auch kürzlich im Stiftungsrecht getan hat. Diesem Ruf nach dem Gesetzgeber schloss sich ein weiterer Diskutant an.

Bevor er das Wort an die Referenten übergab, konstatierte *Günter Roth*, dass die Rückwirkung die „Achillesferse“ jeglicher richterlichen Rechtsfortbildung sei. In diesem Sinne hätte der OGH im konkreten Fall auch die subjektiven Voraussetzungen auf Seiten der Bank verneinen können. Außerdem könne eine richterliche Rechtsfortbildung immer nur die zweitbeste Lösung sein, wobei zu

diagnostizieren sei, dass die Rechtspraxis zunehmend vom Gesetzgeber im Stich gelassen werde, der sich häufig nur noch zu Kompromisslösungen bereit zeige.

*Hans-Georg Koppensteiner* verdeutlichte seinen Standpunkt daraufhin dahingehend, dass es ausreichend sein müsse, wenn man die GmbH als Komplementärin einer KG vor den spezifischen Risiken dieser Rolle schütze. Dann sei nämlich die Position der KG-Gläubiger gleich stark wie bei einer gewöhnlichen GmbH. Die Annahme, es wäre ein stärkerer Gläubigerschutz als bei einer GmbH erforderlich, würde hingegen das gesamte Konzept der GmbH in Frage stellen. Das Verbot der Einlagenrückgewähr greife aber ohnehin bereits dann, wenn die GmbH am Vermögen der KG beteiligt ist oder wegen schlechter Vermögenslage der KG Rückstellungen für eine Inanspruchnahme nach § 128 UGB bilden müsse. Im Krisenfall sei die GmbH außerdem dadurch geschützt, dass Vermögensabflüsse an Kommanditisten als sittenwidrige Gläubigerschädigungen oder als Missbrauch der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der GmbH zu qualifizieren sein könnten. Zusammengefasst fehle es daher an „KG-spezifischen“ Risiken, die bestehende Gläubigerschutzmechanismen als lückenhaft erscheinen ließen.

Auch *Martin Karollus* war der Auffassung, dass die grobe Fahrlässigkeit der Bank in der OGH-Entscheidung gerade im Hinblick auf einige frühere Judikate verneint werden hätte können. Nach einer Analyse einzelner Sachverhaltselemente der Entscheidung 2 Ob 225/07p führte *Martin Karollus* aus, dass die von *Hans-Georg Koppensteiner* und *Friedrich Rüdfler* befürwortete Lösung für eine „Verein & Co KG“ nicht zum gewünschten Ergebnis kommen könne. Daraufhin nahm er Stellung zur Kritik, dass methodisch das Bestehen einer gesetzlichen Lücke noch nicht einwandfrei dargelegt worden sei und verwies ähnlich wie *Günter Roth* darauf, dass es primär schlicht darauf ankomme, ob die Rsp den rechtsfortbildenden Schritt setze oder nicht.

Bezugnehmend auf alternative Schutzmodelle, die erst bei einer vermögensgefährdenden Auszahlung eingreifen würde, wies *Günter Roth* auf die Nähe zur in Deutschland entwickelten Existenzvernichtungshaftung hin. Er stellte die Frage zur Debatte, ob es nicht sinnvoll wäre, eher die gesetzliche Wertung des § 82 GmbHG heranzuziehen als sich an dem Konstrukt der Existenzgefährdung zu orientieren, das hinsichtlich seiner genauen Anwendungsvoraussetzungen äußerst unklar sei.

In seinem Schlusswort bezweifelte *Ulrich Torggler* das Versagen des gesetzlichen Gläubigerschutzmodells der KG. Insb biete § 172 Abs 3 UGB ausreichende Handhabe bei Vermögensverlagerungen auf Kommanditisten, wenn man (wie vorgeschlagen) die Bestimmung so interpretiert, dass die Haftung des Kommanditisten seine Haftsumme auch übersteigen kann. Unberechtigt sei das Argument der Befürworter der Analogie, dass auch die Kritiker nicht ohne rechtsfortbildende Schritte auskämen. Denn auch bei der Rechtsfortbildung gebe es eine Pflicht zur Anwendung des gelindesten Mittels. Auch liefen die alternativ zur Lösung vorgestellten Auffassungen nicht auf dasselbe Ergebnis hinaus. Vielmehr lasse ein Vermögensschutz, der erst bei der Überschuldung ansetzt, viele unbedenkliche Maßnahmen weiterhin unberührt, die nach §§ 82 f GmbHG verboten wären.

*Martin Trenker*

## Bericht über die Diskussion

1.) Der Diskussionsleiter *Ulrich Torggler* schlug als ersten Schwerpunkt für die nachfolgende Debatte die Klärung der Frage vor, wonach sich das gebundene Kapital einer GmbH & Co KG richtet. Die vorangegangenen Vorträge hatten hierfür einerseits die Haftsummen der Kommanditisten und andererseits die Pflichteinlagen angeboten. Die erste Lösung laufe aber in den Fällen, in denen die Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, auf eine problematische Nachschusspflicht der Gesellschafter hinaus. Bei Heranziehung der Pflichteinlage stelle sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Kapitalerhaltungspflicht ohne korrelierende Pflicht zur Kapitalaufbringung einer veröffentlichten, ziffernmäßig bestimmten Summe. Nur darauf könne sich schließlich das Vertrauen des Rechtsverkehrs stützen. Denkbar wäre es deshalb, im Wege einer weiteren Analogie die Eintragung der Pflichteinlagen ins Firmenbuch vorzuschreiben.

Zum umgekehrten Fall einer Pflichteinlage, die die Haftsumme übersteigt, äußert *Thomas Wenger* die „Befürchtung“, dass jeglicher Vermögenswert, der in die KG eingebracht wurde, vom Rückzahlungsverbot umfasst sei. Die Ansicht, dass ein über die Haftsumme hinausgehender Teil der Pflichteinlage in eine ungebundene Rücklage eingestellt werden könne, sei zu bezweifeln. Denn diese Lösung werde dem umfassenden Vermögensschutz nicht gerecht, der in der OGH-Entscheidung postuliert wurde. Die von *Eveline Artmann* befürwortete analoge Anwendung von § 6a GmbHG auf die Leistung von Sacheinlagen sei ebenfalls zu hinterfragen, zumal gar kein Mindestkapital aufgebracht werden müsse. Außerdem ziele die genannte Bestimmung wertungsmäßig auf die Aufbringung eines Mindeststammkapitals in Höhe von € 35.000,- ab. Ergänzend merkte *Peter Konwitschka* an, dass die analoge Anwendung der Sachgründungsvorschriften in der Praxis zu vermehrten verdeckten Sacheinlagen führen könnte.

*Manfred Umlauft* befürwortete hingegen, auf die Haftsumme als den vom Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs erfassten Betrag abzustellen. Auch das angesprochene Problem einer Haftsumme, welche die Pflichteinlage übersteigt, sei angesichts der GmbH-rechtlichen Parallele bei nicht zur Gänze geleisteten Stammeinlagen kein zwingendes Argument gegen diese Lösung. *Ulrich Torggler* replizierte, dass sich Kommanditisten nicht zur Aufbringung der Haftsumme verpflichten und deshalb die Haftsummen nicht mit der Stammeinlage einer GmbH vergleichbar seien.

Der Kritik, dass die Anwendung von Sachgründungsvorschriften ohne ein bestimmtes Mindestkapital nicht konsequent sei, wurde von *Eveline Artmann* entgegnet, dass es auch bei einer GmbH oberhalb einer bestimmten Mindestschwelle die Entscheidung der Gesellschafter sei, wie viel Vermögen sie in die Ge-

sellschaft einbringen. Aus dem fehlenden Mindeststammkapital folge daher nicht zwingend die Unanwendbarkeit der Sachgründungsvorschriften. Für die Höhe des gebundenen Vermögens sei auf die Pflichteinlagen abzustellen. Davon müsse man strikt die der Außenhaftung unterliegenden Haftsummen unterscheiden. Die GmbH & Co KG sei somit eine „Quasi-Kapitalgesellschaft“, bei der zusätzlich ein Teil der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern hafte.

*Peter Konwitschka* führte zu diesem Themenkomplex ins Treffen, dass die Vereinbarung eines Agios im GmbH-Recht nicht der Kapitalaufbringungskontrolle unterliege. Die Heranziehung einer höheren Pflichteinlage als relevanten Betrag für die Kapitalaufbringungsvorschriften im Recht der GmbH & Co KG führe somit zu einem Wertungswiderspruch zum GmbH-Recht. Es zeige sich folglich, dass es für Kapitalaufbringungspflichten ohne vorgeschriebenes Mindestkapital keine Grundlage gebe. In diesem Zusammenhang wurde insb von *Sebastian Bergmann* darauf hingewiesen, dass seit dem AktRAG 2009 gem § 221 Abs 5 iVm § 229 Abs 2 Z 1 und Abs 4 UGB ein Agio auch bei einer großen „Kapitalgesellschaft & Co KG“ als gebundene Rücklage auszuweisen sei. Diese Auslegung wurde kontrovers diskutiert und schließlich von *Ulrich Torggler* als Folgefrage des am Vormittag erörterten Grundsatzproblems eingeordnet, also der Berechtigung der Rechtsfortbildung durch den OGH.

*Eveline Artmann* ergänzte schließlich, dass man sich angesichts der möglichen Umgehung der Sacheinlagevorschriften durch Festlegung einer sehr niedrigen Pflichteinlage und der Ergänzung durch ein entsprechend hohes Agio überlegen müsse, ob nicht auch für die GmbH & Co KG ein Mindeststammkapital erforderlich sei. Zum Argument der mangelnden Publizität der Pflichteinlage verwies sie darauf, dass deren Höhe immerhin aus den Jahresabschlüssen ersichtlich sei.

2.) Als zweiter Aspekt wurde die von *Hanns Hügel* vertretene Auffassung diskutiert, dass bei einer Sachausschüttung (Sachdividende) nicht die Buchwerte der ausgekehrten Gegenstände, sondern ihr Verkehrswert maßgeblich sei. Insb sei die Frage interessant, ob dies auch für eine Einpersonengesellschaft oder bei Zustimmung aller anderen Gesellschafter gelte. *Hanns Hügel* führte hierzu aus, dass es sich primär um ein Problem des Gläubigerschutzes und nicht der Gesellschaftergleichbehandlung handle, auch wenn asymmetrische Gewinnausschüttungen unter dem zuletzt genannten Gesichtspunkt problematisch sein könnten. § 82 GmbHG und § 52 AktG hätten nämlich auch den Zweck, nur die offene Ausschüttung realisierter Gewinne zuzulassen; die verdeckte Verteilung stiller Reserven sei unzulässig. *Friedrich Rüffler* wandte dagegen ein, dass es aus Gläubigerschutzgründen keinen Unterschied mache, ob ein Grundstück als Gewinnausschüttung (Sachdividende) ausgekehrt oder dieses eine „juristische Sekunde“ zuvor verkauft und der daraus resultierende Erlös an den Gesellschafter ausgeschüttet wird. Darauf erwiderte *Hanns Hügel*, dass auch in diesem Beispiel eine Unterscheidung gerechtfertigt sei, weil es beim Verkauf einer Liegenschaft zu einer Realisation des marktgerechten Preises komme und andernfalls der Gesellschaft ein betragsmäßig nicht offengelegter Wert entzogen wird.

3.) Das dritte, besonders kontrovers diskutierte Problem betraf die von *Friedrich Rüffler* angesprochenen Vertragsklauseln, die für ausscheidende Kommanditisten eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen vorsehen. Derartige

Vereinbarungen müssten in vielen Fällen wegen Verstoßes gegen § 82 GmbHG (*per analogiam*) nichtig sein. Insb wurde der Vorschlag des Referenten diskutiert, solche Klauseln im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in eine Abfindungsverpflichtung der Mitgesellschafter umzudeuten.

*Manfred Umlauf* sah eine Parallele dieser Situation zum GmbH-Recht, in dem nach der gesetzlichen Konzeption eine Gesellschafterkündigung nicht möglich ist. Als Ausgleich hierfür habe der Gesetzgeber in § 77 GmbHG Erleichterungen für die Veräußerung vinkulierter Anteile vorgesehen. Da angesichts der nichtigen Abfindungsklausel auch in der GmbH & Co KG eine Kündigung des Kommanditisten *de facto* nicht möglich sei, sei der Inhalt von § 77 GmbHG im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung heranzuziehen. Der Gesellschafter könne sich daher um die gerichtliche Zustimmung zur Veräußerung des Anteils bemühen; die übrigen Gesellschaftern hätten aber daraufhin die Möglichkeit, die Übernahme des Anteils durch einen von ihnen bezeichneten Erwerber zu bewirken. So werde gewährleistet, dass es zu keiner (zwangsweisen) finanziellen Belastung der übrigen Gesellschafter komme und ihnen auch kein beliebiger Dritter als Mitgesellschafter aufgedrängt werden könne. Dem stimmte *Friedrich Rüffler* zwar grundsätzlich zu, wies aber gleichzeitig darauf hin, dass das Verfahren nach § 77 GmbHG stets einen Kaufinteressenten voraussetze. Praktisch sei ein Käufer aber oftmals kaum zu finden.

Eine Verpflichtung der übrigen Gesellschafter zur Leistung der Abfindung wurde auch von *Thomas Wenger* abgelehnt. Vielmehr sei das Kündigungsrecht zwingend vorgesehen, weshalb es mangels Einigung über die Abfindung zur Liquidation der Gesellschaft kommen müsse. *Friedrich Rüffler* meinte hierzu, dass das Recht zur Kündigung gesellschaftsvertraglich in aller Regel als Austrittskündigung festgelegt ist. Wenn man die gesamte Austrittsklausel und die damit verbundene Abfindung als nichtig qualifizierte, hätte der ausscheidende Gesellschafter die Möglichkeit, die Auflösung zu erzwingen. Das wäre aufgrund des damit verbundenen Erpressungspotentials aber ein noch schwerer wiegender Eingriff in die Rechte der Mitgesellschafter als die Verpflichtung, den ausscheidenden Gesellschafter abzufinden. Denn immerhin wachse ihnen im Gegenzug dessen Gesellschaftsanteil zu. Zuzugeben sei, dass sich in der Praxis erhebliche Liquiditätsprobleme ergeben könnten.

*Hanns Hügel* wies darauf hin, dass eine Abfindung des Gesellschafter unter Einhaltung der Kapitalherabsetzungsvorschriften möglich sein müsse. Hierzu könne man die übrigen Gesellschafter sogar klagsweise verpflichten. Auch *Peter Konwitschka* hielt die ergänzende Vertragsauslegung für den im Ansatz richtigen Lösungsweg. Allerdings laufe der hypothetische Parteiwille in aller Regel auf ein möglichst kosteneffizientes und steuerschonendes Vorgehen hinaus. In diesem Sinne müsse versucht werden, die Abfindung durch eine Kapitalherabsetzung, die Auflösung stiller Reserven oder durch Umgründungsmaßnahmen aufzubringen. Eine Umdeutung der nichtigen Klausel in eine Verpflichtung der Mitgesellschafter zur Abfindungsleistung sei höchstens als *ultima ratio* denkbar.

Abschließend dankte *Ulrich Torggler* im Namen der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung Österreichs allen Referenten, Teilnehmern, den Mitarbeitern seines Lehrstuhls sowie allen Unterstützern der Veranstalterin.