

## Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG

von o. Univ.-Prof. Dr. Friedrich Harrer, Salzburg

*Die GmbH & Co KG ist eine Gesellschaftsform, die personengesellschaftsrechtliche und kapitalgesellschaftsrechtliche Elemente verbindet. Der Gesetzgeber hat einzelne Normen (Arbeitsverfassungsrecht, Firmenrecht, Konkursrecht, Eigenkapitalersatzrecht, etc) geschaffen, eine Gesamtregelung fehlt jedoch. Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Weiterentwicklung dieser Materie durch Richterrecht standen bislang – im Grundsatz – außer Zweifel. In einer kürzlich veröffentlichten Studie wird hingegen die Auffassung vertreten, dass die GmbH & Co KG auf der Ebene des Vermögensrechtes eine Lücke nicht aufweise. Daher sei eine Rechtsfortbildung – entgegen der neueren Judikatur des OGH – nicht zulässig. Der nachfolgende Beitrag legt dar, dass diese Kritik auf Missverständnissen beruht.*

**Deskriptoren:** Gesetzeslücke; Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung; Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht; „Schweigen des Gesetzgebers“.  
GmbHG: §§ 82, 83; AktG: § 52.

- I. Einleitung
- II. Gläubigerschutz bei Personengesellschaften und bei Kapitalgesellschaften
- III. GmbH & Co KG
- IV. Vermögensbindung im Recht der GmbH & Co KG
- V. Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter
- VI. Konsequenzen
- VII. Zusammenfassung

### I. Einleitung

In einer neueren Entscheidung hat der OGH die Auffassung vertreten, dass §§ 82 Abs 1, 83 Abs 1 GmbHG (Verbot der Einlagenrückgewähr) bei der GmbH & Co KG analog anzuwenden sind<sup>1)</sup>. Verschiedene Indizien ließen diese Entwicklung nahe liegend erscheinen<sup>2)</sup>. Von einer überraschenden Rechtsfortbildung kann man nicht sprechen. Gleichwohl sind kürzlich grundsätzliche Bedenken gegen die neue Rsp erhoben worden. Die Ausgestaltung der Kapitalerhaltung „nach dem Sondervermögensmodell der Kapitalgesellschaften“ würde „kaum überschaubare Folgeänderungen“ nach sich ziehen. Für die GmbH & Co KG müsste „faktisch ein eigenes Gesellschaftsrecht“ entwickelt werden<sup>3)</sup>.

Der nachstehende Beitrag geht der Frage nach, ob einer sinngemäßen Anwendung der §§ 82, 83 GmbHG auf die GmbH & Co KG prinzipielle Einwände entgegenstehen<sup>4)</sup>. Es wird sich zeigen, dass die gegen eine Analogie ins Treffen geführten Argumente näherer Prüfung nicht standhalten.

<sup>1)</sup> OGH GesRZ 2008, 310.

<sup>2)</sup> Zahlreiche Autoren haben für eine Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG plädiert. Der OGH zitiert repräsentative Belege und verweist insb auf BGHZ 110, 342 (GesRZ 2008, 311 ff).

<sup>3)</sup> Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ 2009, 65 ff.

<sup>4)</sup> Das Problem, ob bzw unter welchen Voraussetzungen das Verbot der Einlagenrückgewähr rechtliche Relevanz für Dritte (zB für eine Bank; s dazu den Sachverhalt GesRZ 2008, 310) entfalten kann, ist nicht Thema dieses Aufsatzes; aus der Rsp des OGH vgl dazu etwa SZ 69/149.

### II. Gläubigerschutz bei Personengesellschaften und bei Kapitalgesellschaften

Die Regeln über den Gläubigerschutz bei den Personengesellschaften divergieren von den Vorgaben betreffend Kapitalgesellschaften. Auffallende Unterschiede bestehen zunächst bei der Gesellschaftsgründung. Die Kapitalgesellschaft hat ein bestimmtes Mindestvermögen vorzuweisen<sup>5)</sup>. Das Gericht prüft, ob das Mindestvermögen tatsächlich zur Verfügung steht. Diese „Eingangskontrolle“ fehlt bei den Personengesellschaften. Die Kapitalausstattung der Gesellschaft ist den Gesellschaftern überlassen<sup>6)</sup>.

Das Vermögen einer Personengesellschaft ist nicht gebunden<sup>7)</sup>. Einem Vermögenstransfer zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern stehen Hindernisse nicht entgegen. Die Gesellschafter können zB den Beschluss fassen, dass Teile des Vermögens der Gesellschaft auf die Gesellschafter übertragen werden sollen. – Im Recht der Kapitalgesellschaften gilt hingegen das Verbot der Einlagenrückgewähr<sup>8)</sup>. Bei der rechtlichen Ausgestaltung bestehen Unterschiede. Eine Gesellschafterhaftung (im Fall einer Einlagenrückgewähr) ist etwa im Recht der AG nicht vorgesehen<sup>9)</sup>. Man kann von einem Grundsatz der Kapitalerhaltung sprechen, der das Recht der Kapitalgesellschaften prägt<sup>10)</sup>.

Ein ähnlich konträres Bild zeigt sich bei der Haftung der Gesellschafter. Der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich nicht<sup>11)</sup>. Bei der Personengesellschaft gewährleistet hingegen vor allem die Gesellschafterhaftung den Schutz der Gläubigerinteressen. Der Gesellschafter der

<sup>5)</sup> §§ 6 ff GmbHG; 6 ff AktG.

<sup>6)</sup> Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 294.

<sup>7)</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (2004) 374 ff.

<sup>8)</sup> §§ 82 Abs 1 GmbHG, 52 AktG.

<sup>9)</sup> S demgegenüber § 83 Abs 2 und 3 GmbHG

<sup>10)</sup> Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht<sup>6</sup> (2005) 157 ff.

<sup>11)</sup> §§ 61 Abs 2 GmbHG, 48 AktG.

offenen Gesellschaft und der Komplementär haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt und unbeschränkbar<sup>12)</sup>.

Auch die Haftung des Kommanditisten<sup>13)</sup> dient Gläubigerinteressen. Aus dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes gesehen ist der Kommanditist gleichwohl eine Randerscheinung. Mehrere Gründe sind zu nennen. Die Rechtsverfolgung gegen einen Kommanditisten ist ein dornenvoller Weg<sup>14)</sup>. Der Außenstehende kann im Allgemeinen nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Kommanditisten überhaupt vorliegen<sup>15)</sup>. – Hinzu kommt, dass der Begriff *Prozesserfolg* in diesem Kontext eine geradezu schillernde Bedeutung hat. Vielleicht zahlt der Kommanditist an den Kläger; möglicherweise leistet der Kommanditist jedoch an die Gesellschaft. Auch in diesem Fall erlischt die Außenhaftung<sup>16)</sup>.

In neuerer Zeit hat vor allem der Gesetzgeber dazu beigetragen, die Relevanz der Kommanditistenhaftung als Element des Gläubigerschutzes zur relativieren. Ein Gläubiger kann den (ehemaligen) Kommanditisten, der bei Geschäftsabschluss der Gesellschaft angehört hatte, nicht in Anspruch nehmen, wenn die Einlage an den Rechtsnachfolger rückgewährt wurde<sup>17)</sup>.

Hervorzuheben sind weiter die Unterschiede zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften in Bezug auf das Insolvenzrecht und das Eigenkapitalersatzrecht. Konkursöffnungstatbestand ist im Recht der Personengesellschaften nur die Zahlungsunfähigkeit, nicht auch die Überschuldung<sup>18)</sup>. Bei den Kapitalgesellschaften begründet hingegen auch eine Überschuldung die Verpflichtung, das Insolvenzverfahren einzuleiten<sup>19)</sup>. – Eine Besonderheit ist jedoch für die GmbH & Co KG zu beachten. Bei der GmbH & Co KG bildet auch die Überschuldung – ebenso wie bei der GmbH und der Aktiengesellschaft – einen Konkursstatbestand<sup>20)</sup>. – Eine ähnliche Lage zeigt sich im Eigenkapitalersatzrecht. Das EKEG gilt nicht für gesetzestypische Personengesellschaften, wohl aber für „Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“<sup>21)</sup>.

<sup>12)</sup> §§ 128 ff, 161 UGB.

<sup>13)</sup> §§ 171 ff UGB.

<sup>14)</sup> Harrer, GesRZ 2004, 85 ff.

<sup>15)</sup> Die HGB-Reform hat immerhin eine Verpflichtung zur Auskunfterteilung in das Gesetz aufgenommen, vgl § 171 Abs 1 S 2 UGB.

<sup>16)</sup> Siehe etwa Karsten Schmidt, in MünchKommHGB<sup>2</sup> (2007) §§ 171, 172 Rz 41 ff.

<sup>17)</sup> § 172 Abs 3 S 3 UGB; kritisch dazu Harrer, wbl 2003, 209 ff; der neue § 176 UGB sollte hingegen nicht als eine Einschränkung des Gläubigerschutzes gewertet werden; von einem sinnvollen Instrument des Gläubigerschutzes konnte bei § 176 HGB nicht die Rede sein (Harrer, wbl 1992, 10 ff).

<sup>18)</sup> § 66 KO.

<sup>19)</sup> § 67 KO.

<sup>20)</sup> § 67 Abs 1 1. Var KO.

<sup>21)</sup> § 4 EKEG.

Eine zusammenfassende Würdigung ergibt, dass der Gesetzgeber in der Tat zwei Modelle des Gläubigerschutzes konzipiert hat. Bei der Personengesellschaft steht die persönliche Haftung des Gesellschafters (Gesellschafter der offenen Gesellschaft, Komplementär) im Vordergrund. Die unbeschränkte Verantwortlichkeit eines Beteiligten ist ein einfaches, aber effektives Instrument des Gläubigerschutzes. Demgegenüber beruht die Interessenwahrung der Gläubiger bei den Kapitalgesellschaften vornehmlich auf dem Gedanken einer Vermögensbindung. Vermögen der Gesellschaft darf nicht an die Gesellschafter ausgefolgt werden; es gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr. – Fraglich ist, ob diese Grundsätze auch im Recht der GmbH & Co KG anzuwenden sind.

### III. GmbH & Co KG

Die GmbH ist am Ende des 19. Jahrhunderts bzw am Anfang des 20. Jahrhunderts geschaffen worden<sup>22)</sup>. Damals war die GmbH – im Vergleich zu den Personengesellschaften – steuerlich benachteiligt. Findige Juristen haben sich deshalb bemüht, die haftungsrechtlichen Vorzüge der GmbH und die steuerlichen Vorteile der Personengesellschaft zu verknüpfen. Das Ergebnis war die GmbH & Co KG<sup>23)</sup>.

Die neue Gesellschaft konnte sich alsbald etablieren. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass kautelarjuristische Phantasie<sup>24)</sup> zwei Gesellschaftsformen verknüpft hatte, die für diese Verbindung nicht konzipiert waren. In der Tat sind Stimmigkeit und Harmonie nicht jene Charakteristika, die diese Konstruktion auszeichnen<sup>25)</sup>. Hätte es den steuerlichen Anreiz nicht gegeben, dann wäre wohl niemand auf den Gedanken gekommen, eine GmbH & Co KG zu konzipieren.

Ein Beispiel illustriert die Lage: Ein Unternehmen plant eine größere Investition. Aus dem Blickwinkel der Geschäftsführung steht somit (im Allgemeinen) eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme zur Diskussion. Ist das Unternehmen als GmbH & Co KG organisiert, so öffnen sich für den Geschäftsführer zwei juristische Welten, die gegensätzlicher kaum gestaltet sein könnten.

Der Geschäftsführer der GmbH & Co KG ist Geschäftsführer einer GmbH. Die Generalversammlung kann dem Geschäftsführer, insb auch in Angelegenheiten der Geschäftsführung, Weisungen erteilen. Die Generalversammlung entscheidet mit einfacher Mehrheit. Die Generalversammlung kann also dem Geschäftsführer die Weisung ertei-

<sup>22)</sup> Schubert, FS 100 Jahre GmbHG (1992) 1 ff; Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 4 ff.

<sup>23)</sup> Kalss/Eckert/Schörghofer, GesRZ, 2009, 65, mit Belegen.

<sup>24)</sup> Kritisch zu dieser Wertung H.P. Westermann, FS Karsten Schmidt (2009) 1709; die „verbreitete Betrachtung“ (der GmbH & Co KG) als „listiges Kunststück“ treffe nicht den Kern.

<sup>25)</sup> Karsten Schmidt, FS Röhrich (2005) 511 ff.

len, das außergewöhnliche Geschäft durchzuführen oder nicht durchzuführen<sup>26)</sup>.

Eine andere Situation ergibt sich hingegen für die Kommanditgesellschaft. Die außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme bedarf eines Gesellschafterbeschlusses nach §§ 116 Abs 2, 164 UGB; es gilt der Grundsatz der Einstimmigkeit<sup>27)</sup>. – In Bezug auf *ein Thema* (außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme) konkurrieren gleichsam zwei unterschiedliche Lösungsmodelle. Der Geschäftsführer der GmbH & Co KG ist uU mit unvereinbaren Vorgaben konfrontiert: Die Generalversammlung der GmbH erteilt (mit einfacher Stimmenmehrheit) die Weisung, die Investition durchzuführen, die Maßnahme ist aber rechtswidrig, wenn und soweit auch nur ein Gesellschafter bei der Beschlussfassung nach §§ 116 Abs 2, 164 S 1 2. Var UGB nicht mitwirkt.

Im Bereich des Innenrechts ist die GmbH & Co KG vor allem eine Aufgabe für Rechtsberater und Vertragsgestalter. Diese sind bemüht, die nicht zusammenpassenden Elemente des Personengesellschaftsrechts und des Kapitalgesellschaftsrechts zu verbinden. Man spricht von der Notwendigkeit einer *Verzahnung* des GmbH-Rechts mit dem KG-Recht<sup>28)</sup>. Praktikabilität und Lebensfähigkeit erlangt die GmbH & Co KG erst durch die Ausformung *des* Gesellschaftsvertrages bzw. *der* Gesellschaftsverträge.

Das Fehlen einer „legistischen“ Konstruktion belastet nicht nur das Innenrecht der GmbH & Co KG. Auch haftungsrechtlich bietet die GmbH & Co KG vor allem eine breite Palette ungelöster Fragen. Die GmbH & Co KG ist eine Personengesellschaft<sup>29)</sup>. Das Charakteristikum der Personengesellschaft bildet jedoch – nach der gesetzlichen Ausgangslage – die natürliche Person, deren Privatvermögen mit dem Schicksal der Gesellschaft untrennbar verknüpft ist. Der Gedanke, dass die historische Konzeption der Personengesellschaft lange Zeit zurück liege und für die Lösung aktueller Fragen nicht maßgeblich sei, liegt neben der Sache, oder besser: neben der Norm. Richtigkeit und fortwirkende Aktualität der historischen Beurteilung sind nicht zweifelhaft<sup>30)</sup>. Die offene Handelsgesellschaft ist deshalb gleichsam *die* seriöse Gesellschaftsform, weil die Gefahr einer unbeschränkten persönlichen Einstandspflicht der Beteiligten offensichtlich alle Kräfte mobilisiert, um ein Scheitern des Unternehmens zu verhindern.

<sup>26)</sup> § 35 Abs 1 Z 5 GmbHG.

<sup>27)</sup> §§ 119 Abs 1, 161 Abs 2 UGB; die Vielfalt der Koordinationsprobleme belegt anschaulich OGH 1 Ob 192/08d (erscheint im nächsten Heft der wbl).

<sup>28)</sup> Karsten *Schmidt*, FS Röhrich 512 f.

<sup>29)</sup> Gleichwohl bereitet auch die systematische Zuordnung Schwierigkeiten. In dem Lehrbuch von *Roth/Fitz* (Unternehmensrecht<sup>2</sup> 2006) wird die GmbH & Co KG in dem Kapitel „Die Kapitalgesellschaften“ unter „Sonderprobleme der GmbH“ (Rz 579 ff) erörtert.

<sup>30)</sup> Vgl *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II 729: Die „umfassende Gesellschafterhaftung war und ist Symbol der Eigenverantwortlichkeit der beteiligten Kaufleute“.

Diese mit dem Schicksal des Unternehmens verbundene Person gibt es bei der GmbH & Co KG nicht. Darin liegt der Sinn der Erfindung. Die Frage nach einer plausiblen Ausgestaltung des Gläubigerschutzes erscheint mithin offen. Die Prüfung der analogen Anwendbarkeit kapitalgesellschaftsrechtlicher Vorgaben ist eine legitime, ja unabwendbare Aufgabe.

Gegen das Vorliegen einer Lücke und mithin gegen die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung sind kürzlich auch Aktivitäten des Gesetzgebers ins Treffen geführt worden<sup>31)</sup>. – Das ist eine neue und überraschende Argumentation. Bislang konnte man die GmbH & Co KG als ein eindrucksvolles Beispiel für das Scheitern der Kodifikationsidee<sup>32)</sup> nennen. Fehlenden Regelungsbedarf wird niemand, der mit praktischen Problemen einer GmbH & Co KG befasst war, behaupten wollen<sup>33)</sup>. Gleichwohl ist eine Kodifikation des Rechts der GmbH & Co KG<sup>34)</sup> – etwa im Zuge der HGB-Reform – gar nicht erwogen worden. Die Legistik hat sich mit punktuellen Eingriffen (Arbeitsverfassungsrecht, Insolvenzrecht, Eigenkapitalersatzrecht etc) begnügt<sup>35)</sup>.

Die GmbH & Co KG ist nur ein Beispiel. In Wahrheit hat der Gesetzgeber den Kodifikationsgedanken im Handels- oder Unternehmensrecht längst nicht mehr vor Augen. Andere Belege bieten die modernen Vertragstypen<sup>36)</sup>, etwa Leasing, Factoring, Franchising; auch Managementverträge sind hier zu nennen.

Das ist weithin bekannt und bedürfte neuerlicher Hervorhebung nicht. Andere Akzente finden sich hingegen in dem bereits mehrfach zitierten Beitrag. „In stimmiger Weise“ habe der Gesetzgeber „von einer Angleichung (an das GmbH-Recht) Abstand genommen“<sup>37)</sup>. Die Rolle der Gesetzgebung wird also in einem neuen Licht gesehen. Von legistischen Säumnissen, dem Fehlen einer gesetzgeberischen Konzeption und dem Scheitern der Kodifikationsidee ist nicht mehr die Rede. Stattdessen rückt die Weisheit des Gesetzgebers in den Vordergrund. Die Tatsache, dass es ein Recht, also eine gesetzliche Ordnung der GmbH & Co KG nicht gibt, beruht offenbar nicht auf Säumnissen, sondern auf planvoller Zurückhaltung der Legislative<sup>38)</sup>.

<sup>31)</sup> *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 72 ff.

<sup>32)</sup> Zu dieser *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft<sup>5</sup> (1991) 42 ff, 46 f; Karsten *Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee (1985) und *Kübler*, FS Karsten Schmidt (2009) 1041 ff.

<sup>33)</sup> Dazu schon oben bei Fn 26 f.

<sup>34)</sup> Möglichkeiten und Grenzen einer „kleinen“ Kodifikation erörtert Karsten *Schmidt*, Zukunft der Kodifikationsidee 48 ff.

<sup>35)</sup> Vgl auch Karsten *Schmidt*, JZ 2008, 425, 426: Die Entwicklungen im Recht der GmbH & Co KG fanden „weitgehend im Wege der Rechtsfortbildung statt“.

<sup>36)</sup> *Martinek*, Moderne Vertragstypen I (1991); II (1992); *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht (2001).

<sup>37)</sup> *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 81.

<sup>38)</sup> *Bollenberger* hat kürzlich (in anderem Zusammenhang) hervorgehoben, dass das Schweigen des Gesetzgebers im Allgemeinen eine brauchbare Argumentationshilfe nicht darstellt (ÖBA 2008, 650, 652 f).

Die Prüfung dieser These sollte bei den Vorgaben des Gesetzgebers im Insolvenzrecht ansetzen<sup>39)</sup>. Die Konkursstatbestände sind Regelungen im Interesse des Gläubigerschutzes. Nach § 67 Abs 1 KO ist die Überschuldung auch für die GmbH & Co KG ein Insolvenztatbestand. Der Gesetzgeber hat die GmbH & Co KG in Bezug auf die Überschuldung den Kapitalgesellschaften gleichgestellt, eine Regelung betreffend die Vermögensbindung (Verbot der Einlagenrückgewähr) ist jedoch unterblieben. Es erhebt sich die Frage, ob man diese Position des Gesetzgebers als eine – bewusste – Entscheidung zu werten hat, die im Wege einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung nicht korrigiert werden dürfe.

Der Gedanke, das Insolvenzrecht als abschließende Wertung oder Regelung des Gesetzgebers zu deuten, liegt aus verschiedenen Gründen fern. Zunächst ist festzuhalten, dass die Materialien<sup>40)</sup> keine Anhaltspunkte liefern. Der Gesetzgeber wollte die GmbH & Co KG in Bezug auf den Tatbestand der Konkursreife der GmbH und der Aktiengesellschaft gleich stellen. – C'est tout! Über die Frage, ob der Gesetzgeber das Problem der Kapitalerhaltung vor Augen hatte, ob er das Thema Lehre und Rsp überlassen wollte oder ob er über die Kapitalbindung bei Schaffung des § 67 Abs 1 KO gar nicht reflektiert hat, kann man nur spekulieren. Auf dieser Grundlage wird man die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung nicht in Frage stellen können.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass § 67 Abs 1 KO nicht im Sinne einer abschließenden Äußerung des Gesetzgebers verstanden wurde. Beispielhaft kann etwa auf das Recht des Eigenkapitalersatzes verwiesen werden. Das Eigenkapitalersatzrecht beruhte zunächst auf einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung<sup>41)</sup>. Die Intention ist nicht strittig. Das Eigenkapitalersatzrecht sollte den Interessen der Gläubiger dienen<sup>42)</sup>. Hätte man § 67 Abs 1 KO als abschließende Wertung interpretiert, dann hätte man konsequenterweise die GmbH & Co KG in den Rechtsfortbil-

dungsprozess nicht einbeziehen dürfen. – Dieses Gesetzesverständnis ist begrifflicherweise nicht vertreten worden.

Das Recht der GmbH & Co KG ist, wie bereits betont, nicht kodifiziert; der Gesetzgeber hat sich auf punktuelle Eingriffe und Änderungen beschränkt. Diese Ausgangslage lässt es nicht zu, einer einzelnen Regelung einen abschließenden Sinn beizulegen. Der Gedanke, das Schweigen des Gesetzgebers zur neuen Richtlinie im Recht des Gläubigerschutzes zu erheben, stünde auch in einem Widerspruch zur Rechtsfortbildung in vergleichbaren Materien. Beispielhaft kann man den durch Rechtsfortbildung entwickelten Standard des Gläubigerschutzes beim Down-Stream-Merger nennen. Der Down-Stream-Merger ist ein Verschmelzungsvorgang. Im Gegensatz zur GmbH & Co KG beruht das Recht der Verschmelzung auf einer Kodifikation<sup>43)</sup>. Diese Kodifikation regelt auch den Gläubigerschutz<sup>44)</sup>. Die Äußerung oder Wertung des Gesetzgebers betreffend den Schutz der Gläubiger (§ 226 AktG) hat die Rsp<sup>45)</sup> nicht gehindert, im Wege einer Rechtsfortbildung einen Gläubigerschutz zu schaffen, der weit über die positivierten Vorgaben hinausreicht. – Auch die Berufung auf die stimmigen Unterlassungen des Gesetzgebers sollten demnach nicht weiter verfolgt werden.

Das Außenrecht und das Innenrecht der GmbH & Co KG bieten ein ähnliches Bild. Im Vordergrund stehen Regelungslücken und Ungereimtheiten. Die Beobachtung, dass der Gläubigerschutz, den die Legistik für die (gesetzstypische) Kommanditgesellschaft konzipiert hat, den Besonderheiten einer GmbH & Co KG nicht Rechnung trägt, erlaubt allein freilich nicht die analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr. Die innere Berechtigung einer Analogie ist im Folgenden zu diskutieren.

#### IV. Vermögensbindung im Recht der GmbH & Co KG

Im Recht der Personengesellschaften fehlt eine Vermögensbindung<sup>46)</sup>. Es steht den Beteiligten frei, Gesellschaftsvermögen von der Gesellschaftsebene auf die Gesellschafterebene zu transferieren. Die persönliche Haftung der Beteiligten lässt diesen Freiraum verständlich und konsequent erscheinen. Für die Gläubiger der A, B, C, D-OG ist es in der Tat nicht entscheidend, ob Vermögensteile von der Gesellschaft auf die Gesellschafter verlagert werden. Die Klagsführung der Gläubiger erfolgt stets gegen die Gesellschaft und sämtliche Gesellschafter. Die Frage, ob eine Vollstreckungsmaßnahme gegebenenfalls bei der Gesellschaft oder

<sup>39)</sup> § 67 Abs 1 KO.

<sup>40)</sup> Der Vorschlag, die Überschuldung zum Konkursstatbestand für die GmbH & Co KG zu erheben, findet sich in der Regierungsvorlage eines Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 3 BlgNR 15. GP (Juni 1979). Die Wirtschaft hat zustimmend reagiert (vgl etwa *Jelinek*, in *Kreditschutzverband von 1870*, Hrsg, Internationales Symposium für Kreditschutz, 1980, 118, 122). Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz BGBl 1982/370 ist am 1.1.1983 in Kraft getreten (eine Übersicht bietet *Rummelhardt*, *Anwbl* 1983, 171 ff). Eine vertiefte Auseinandersetzung zur Überschuldung als Konkursgrund für die GmbH & Co KG findet sich in den *Mat* (RV BlgNR 15. GP 27) nicht. Das Thema ist auch in der Folge wenig erörtert worden; *Schumacher* (in *Buchegger*, Hrsg, *Österr Insolvenzrecht II/2*, § 67 KO Rz 4) verweist auf den bereits zitierten Beitrag von *Jelinek*.

<sup>41)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> (2008) Anh § 74 Rz 2 („freie Rechtsfindung ohne Grundlage im Gesetz“).

<sup>42)</sup> Dazu die Darstellung von *Schummer*, *Das Eigenkapitalersatzrecht* (1998) 53 ff.

<sup>43)</sup> §§ 219 ff AktG.

<sup>44)</sup> § 226 AktG.

<sup>45)</sup> OGH SZ 72/172; dazu auch *Kalss*, *ZGR* 2009, 74, 97, mit weiteren Nachweisen „aus dem tendenziell zustimmenden Schrifttum“.

<sup>46)</sup> *Schauer*, in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österr Gesellschaftsrecht* (2008) Rz 2/360.

bei einem Gesellschafter verwirklicht wird, kann dahinstehen.

Eine variierte Ausgangslage begegnet bei der Kommanditgesellschaft. Dieser gehören unbeschränkt haftende und beschränkt, oder besser: nicht haftende Gesellschafter<sup>47)</sup> an. Eine Vermögensverlagerung von der Gesellschaft auf einen Kommanditisten liefert eine neue Konstellation. Aus der Perspektive der Gläubiger gesehen erscheint der Vorgang nicht unbedenklich.

Die nähere Analyse zeigt indessen, dass Gefahren für die Gläubiger (einer gesetzestypischen Kommanditgesellschaft) kaum zu befürchten sind. Weiterhin sorgt der *Komplementär* – mittelbar – für die Wahrnehmung der Gläubigerinteressen. Ein Transfer von Gesellschaftsvermögen setzt Konsens der Gesellschafter voraus. Ein Konsens über einen Vermögenstransfer auf einen Kommanditisten erscheint bei einer gesetzestypischen Kommanditgesellschaft als geradezu ausgeschlossen. Die Gesellschaft ist Schuldnerin; der Komplementär ist nicht Schuldner, er haftet jedoch für die Verbindlichkeiten der Schuldnerin. Das Bestreben des Komplementärs geht daher dahin, die Bonität der Gesellschaft aufrecht zu erhalten und nach Möglichkeit zu fördern. Seine persönliche Einstandspflicht und die Bonität der Gesellschaft sind verknüpft. Eine Maßnahme, die die Bonität der Gesellschaft schwächt, ist ein Schritt, der die Gefahr einer Inanspruchnahme des Komplementärs erhöht. Die Möglichkeit, dass der Komplementär einer gesetzestypischen Kommanditgesellschaft einem Vermögenstransfer von der Gesellschaft auf einen Kommanditisten zustimmen könnte, kann man als lebensfern vernachlässigen.

Eine andere Lage zeigt der Blick auf die GmbH & Co KG. Eine dem Komplementär der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft vergleichbare Person, die einen Vermögenstransfer nicht zulassen wird, ist nicht vorhanden. Die Entscheidungsträger, die Kommanditisten, sind Gesellschafter, die den Status der Nichthaftung für sich in Anspruch nehmen. Aus der Perspektive dieser Gesellschafter gesehen erscheint es verständlich, wenn das Fehlen der persönlichen Verantwortlichkeit und das Fehlen der Vermögensbindung verbunden werden sollen. Fraglich ist, ob die *lex lata* eine Grundlage für dieses Modell bietet.

Es ist bereits hervorgehoben worden, dass die innere *ratio* der Freiheit betreffend den Vermögenstransfer zwischen der Personengesellschaft und den Gesellschaftern in der persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter gesehen werden muss. Der Zusammenhang ist bei der offenen Gesellschaft evident. Bei der (gesetzestypischen) Kommanditgesellschaft sind es vornehm-

lich die persönlichen Interessen des Komplementärs, die einen Vermögenstransfer von der Gesellschaft auf Kommanditisten verhindern werden. Bei der GmbH & Co KG fehlt die Person, deren persönliches Schicksal mit jenem des Unternehmens untrennbar verknüpft ist. Die Voraussetzungen, die den Gesetzgeber veranlasst haben, den Beteiligten die Vermögenszuordnung zu überlassen, sind nicht erfüllt. Mithin erscheint das Fehlen einer Vermögensbindung im Recht der GmbH & Co KG als ein Gefahrenpotential für Gesellschaftsgläubiger, das der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat bzw berücksichtigen konnte.

Zu prüfen bleibt der Einwand, dass das Fehlen einer Vermögensbindung auch bei der GmbH & Co KG hingenommen werden könne, weil die *lex lata* (KG-Recht) geeignete Korrekturinstrumente biete. In der Tat wird diese Position in der Literatur vertreten<sup>48)</sup>. Man verweist auf die Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs 3 S 1 UGB. Der Ansatz führt indes nicht weiter. Nach § 172 Abs 3 S 1 UGB bewirkt die Rückzahlung an den Kommanditisten das Wiederaufleben der Außenhaftung. Die Haftung ist jedoch nach Maßgabe der Haftsumme beschränkt<sup>49)</sup>. Wortlaut und Systematik lassen dieses Verständnis als nicht zweifelhaft erscheinen. Ein Rückforderungsanspruch der Gesellschaft kommt in Betracht, wenn die Auszahlung im Widerspruch zu gesellschaftsinternen Vorgaben erfolgt ist. Geht man jedoch von fehlender Vermögensbindung aus, dann entfallen Ansprüche der Gesellschaft, sofern die Auszahlung einvernehmlich erfolgt ist. Aus § 172 Abs 3 S 1 UGB ergibt sich lediglich das Wiederaufleben der Außenhaftung im Rahmen der Haftsumme.

Man kann demnach festhalten, dass die GmbH & Co KG ein Konstrukt darstellt, das sich von der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft tief greifend unterscheidet. Jene Kriterien, die bei der gesetzestypischen Personengesellschaft Vermögensbewegungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter als unproblematisch erscheinen lassen, fehlen bei der GmbH & Co KG. Brauchbare Korrekturmechanismen bietet die *lex lata* (KG-Recht) nicht. – Vor diesem Hintergrund erscheint es nahe liegend, die sinngemäße Anwendung kapitalgesellschaftsrechtlicher Wertungen und Vorgaben zu prüfen.

Eine Vermögensbindung (Verbot der Einlagenrückgewähr) normiert die *lex lata* für die GmbH und die AktG<sup>50)</sup>, also für Gesellschaften, deren Ge-

<sup>47)</sup> Ein Kommanditist, der seine Einlageverpflichtung erfüllt hat, haftet dem Gläubiger nicht; der Kommanditist haftet beschränkt, nämlich bis zur Höhe der Haftsumme, wenn und soweit er die Einlage nicht geleistet hat. Der Text geht von der Annahme aus, dass Gesellschafter Einlageverpflichtungen erfüllen. In diesem Fall haftet der Kommanditist *nicht* (nicht etwa beschränkt).

<sup>48)</sup> *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 78.

<sup>49)</sup> Herrschende und richtige Auffassung; vgl BGHZ 60, 327; *Jabornegg*, in *Jabornegg*, HGB (1997) § 172 Rz 14 ff; Karsten *Schmidt*, in *MünchKomm HGB*, §§ 171, 172 Rz 62; *Hopt*, in *Baumbach/Hopt*, HGB § 172 Rz 6; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht* II 812; aM namentlich *Reich-Rohrwig*, *Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG* (2004) 395 f, der sich auf eine „erst-Recht-Argumentation“ stützen will (die Geltendmachung der Haftung in voller Höhe müsse „erst Recht bei der GmbH & Co KG“ möglich sein).

<sup>50)</sup> S oben Fn 8.

sellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht haften. Einer gesetzestypischen Kommanditgesellschaft gehören neben dem Komplementär oder den Komplementären auch Kommanditisten, also nicht haftende Gesellschafter an. Auch bei dieser Gesellschaftsform können die Beteiligten frei über die Vermögenszuordnung entscheiden. Die Interessenlage des Komplementärs lässt Vermögensverlagerungen auf Kommanditisten als wenig realistische Varianten erscheinen.

Haftungsrechtlich ist die GmbH & Co KG nicht eine Variante der Kommanditgesellschaft, sondern eine gleichsam auf den Kopf gestellte Personengesellschaft. Zwar hat auch die GmbH & Co KG einen Komplementär. Diesen verbindet mit dem Komplementär der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft aber nur noch die Bezeichnung: Aus der unternehmensleitenden, die Gesellschaft prägenden Persönlichkeit ist ein stimmrechtsloser Statist geworden<sup>51)</sup>. Auch dieser Komplementär haftet für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG, aber nur als juristische Person; für die Eigentümer der juristischen Person gilt der Grundsatz der Nichthaftung.

Vor diesem Hintergrund erscheint es einsichtig, dass die Rsp die Interessen der Gläubiger nicht nach jenen Maßstäben konkretisiert, die das Recht der Personengesellschaften vorgibt. Die GmbH & Co KG ist erfunden worden, um das Haftungsmodell des Personengesellschaftsrechts zu überwinden. Eine Rechtsfortbildung, die eine Regelungslücke<sup>52)</sup> annimmt und im Rahmen des Gläubigerschutzes Lösungsansätze des Kapitalgesellschaftsrechts prüft, hat Kritik nicht verdient.

Die Besonderheiten, die eine GmbH & Co KG aufweist, haben den Gesetzgeber veranlasst, Regelungen auch im Sinne des Gläubigerschutzes zu schaffen. Hervorzuheben sind namentlich das Insolvenzrecht und das Eigenkapitalersatzrecht. Indizien für die Annahme, dass diese Regelungen als abschließende oder endgültige Wertungen aufzufassen seien, die eine richterrechtliche Rechtsfortbildung hinderten, sind nicht ersichtlich.

Im Rahmen des Gläubigerschutzes hat die Kapitalerhaltung zentrale Bedeutung erlangt. Vor allem auch die Rechtsvergleichung stützt diesen Befund: „Die Kapitalerhaltung, der ursprünglich im System des gesetzlichen Garantiekapitals eine eher ergänzende Aufgabe zugeordnet war, hat zwischen-

zeitlich – auch aus rechtsvergleichender Sicht – eine eigenständige und vielleicht schon die führende Rolle übernommen“<sup>53)</sup>. Die sinnngemäße Anwendung des Grundsatzes der Kapitalerhaltung auf die GmbH & Co KG ist eine plausible Ergänzung des lückenhaften und unzureichenden Gläubigerschutzes, den die *lex lata* bietet. Die neue Rsp<sup>54)</sup> liefert ein Beispiel für wohlüberlegte und verantwortungsvolle richterliche Rechtsfortbildung.

## V. Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter

Die Rechtsfolge einer unzulässigen Vermögensverlagerung ist die Verpflichtung des Empfängers zur Rückzahlung. Darüber hinausgehend normiert das GmbHG – nicht hingegen das AktG – eine subsidiäre Gesellschafterhaftung<sup>55)</sup>. Die analoge Anwendung dieser Regelung sollte aus verschiedenen Gründen *nicht* erwogen werden<sup>56)</sup>.

Zunächst ist zu bedenken, dass nicht die sinnngemäße Anwendung einer Norm des GmbH-Rechts zur Diskussion steht, sondern eine Orientierung im Recht der Kapitalgesellschaften<sup>57)</sup>. Jene Wertung, die *dem Kapitalgesellschaftsrecht* entnommen werden kann, ist die Vermögensbindung im Interesse des Gläubigerschutzes. Das Fehlen einer Gesellschafterhaftung bei der Aktiengesellschaft (im Zusammenhang mit Rückzahlungen) zeigt jedoch, dass man insoweit von einem unverzichtbaren Instrument des Gläubigerschutzes nicht sprechen kann.

Rechtsfortbildung darf nicht allein die Interessen der Gesellschaftsgläubiger berücksichtigen. Auch die Bedachtnahme auf die Interessen der übrigen Beteiligten ist unverzichtbar. Die Statuierung einer Gesellschafterhaftung (Ausfallhaftung) iS des § 83 Abs 2 und 3 GmbHG stellt eine sehr weitreichende Maßnahme dar<sup>58)</sup>. Die *übrigen Gesellschafter* sind im Allgemeinen Personen, die bei dem Vermögenstransfer nicht mitgewirkt haben. Sie waren nicht informiert und konnten die Auszahlung nicht verhindern<sup>59)</sup>. Diese Gesichtspunkte können im Rahmen einer Rechtsfortbildung nicht übergangen werden.

<sup>53)</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht II 859 f mit Belegen.

<sup>54)</sup> OGH GesRZ 2008, 310; kritisch allerdings auch Nowotny, der dafür plädiert, dass der Gesetzgeber tätig werden sollte (RdW 2009, 331); die Legislative wird das Thema in absehbarer Zeit aber wohl nicht aufgreifen.

<sup>55)</sup> § 83 Abs 2 und 3 GmbHG.

<sup>56)</sup> In diesem Sinn wohl auch Nowotny, RdW 2009, 326, 330.

<sup>57)</sup> Komplementärin der GmbH & Co KG ist eine GmbH. Mithin erscheint ein Naheverhältnis zum Recht der GmbH gegeben. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass nicht die Rechtsform GmbH, sondern der Abschluss der Gesellschafterhaftung im Vordergrund steht. Die Frage der Vermögensbindung stellt sich zB auch bei einer AG & Co KG.

<sup>58)</sup> Harrer, GesRZ 1994, 80.

<sup>59)</sup> Eine Einlagenrückgewähr liegt zB auch dann vor, wenn sich der Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH vor dem Zusammenbruch des Unternehmens in der Gesellschaftskasse bedient; s dazu noch Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 511.

<sup>51)</sup> Der Ausschluss des Stimmrechts (der Komplementär-GmbH) wird jedenfalls für die personengleiche GmbH & Co KG als unbedenklich erachtet (BGH NJW 1993, 2010).

<sup>52)</sup> Kalss/Eckert/Schörghofer (GesRZ 2009, 67 mit Fn 26) belegen die These, dass es „für die Anwendung des Kapitalerhaltungsrechts auf die GmbH & Co KG als solche angesichts der Haftungsregelungen der §§ 128, 171 ff UGB an einer Lücke fehle“ mit einem Hinweis auf Koppensteiner/Rüffler, GmbH<sup>3</sup> § 82 Rz 20. – Diese Autoren vertreten in der Tat die Meinung, dass eine Lücke (wegen §§ 128, 171 ff UGB) nicht vorliege; sie begründen dieses Gesetzesverständnis jedoch nicht. – Siehe dazu auch noch Szep, eolex 2001, 804, 807.

Weitere Aspekte kommen hinzu. Der Umfang der Gesellschafterhaftung ist im GmbH-Recht nicht geklärt<sup>60</sup>). Es erhebt sich die Frage, ob der Gesellschafter für den Gesamtbetrag haftet, der entnommen oder ausbezahlt wurde, oder ob eine Begrenzung eingreift. Hält man eine gleichsam unbegrenzte Ausfallhaftung für unvereinbar mit dem Status des Gesellschafters einer GmbH, so ist zu prüfen, nach welchen Maßstäben eine Beschränkung erfolgen kann. Der Blick in die Literatur zeigt ein breites Meinungsspektrum<sup>61</sup>).

Analoge Rechtsanwendung setzt einen hinreichend konturierten Tatbestand voraus. Dieses Kriterium ist hier nicht erfüllt. Eine Norm, die in ihrem unmittelbaren Anwendungsfeld (GmbH-Recht) zumindest partiell unklar (Umfang der Haftung) erscheint, kann nicht durch Analogie in ein anderes Rechtsgebiet transferiert werden.

## VI. Konsequenzen

Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG bedeutet, dass Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgefolgt werden darf. Die Kritiker<sup>62</sup>) der neuen Rsp haben hervorgehoben, dass ein Kommanditist nicht mehr aus der GmbH & Co KG ausscheiden könne, weil die Gesellschaft die Abfindung nicht zahlen dürfe<sup>63</sup>). – Dieser Gesichtspunkt bedarf näherer Prüfung.

Zunächst sollte man betonen, dass die Übertragung des Anteils *nicht* betroffen ist. Der Kommanditist der GmbH & Co KG kann seinen Anteil übertragen, wenn der Gesellschaftsvertrag dies zulässt oder wenn die übrigen Gesellschafter die Übertragung gestatten. Die Übertragung des Anteils tangiert das Vermögen der Gesellschaft nicht.

Neben der Übertragung des Anteils kommt freilich auch das Ausscheiden des Kommanditisten in Betracht. Ein Beispiel bietet etwa eine GmbH & Co KG, der drei Kommanditisten (A, B, C) angehören. C will die Mitgliedschaft beenden; er findet jedoch keinen Käufer. Daher erwägen die Beteiligten das Ausscheiden des C. Das scheitert jedoch daran, dass die Gesellschaft die Abfindung nicht zahlen dürfe.

Es erscheint zweckmäßig, die Problemlage zu relativieren. Wenn C die Mitgliedschaft beenden

möchte, A und B das Unternehmen jedoch fortführen wollen, dann wird ein Erwerb des Gesellschaftsanteils (des C) durch A oder durch A und B (etwa je zur Hälfte) zur Diskussion stehen. Dieser Transaktion stehen Hindernisse, namentlich die Vermögensbindung der GmbH & Co KG, nicht entgegen. Das Vermögen der Gesellschaft ist nicht betroffen.

Denkbar ist es freilich, dass der Erwerb der Gesellschaftsanteile durch A und B aus *finanziellen Gründen* nicht in Betracht kommt. Diese Fallgestaltung soll im Folgenden analysiert werden. Zwei Varianten sind zu unterscheiden: a) das Unternehmen der GmbH & Co KG prosperiert nicht; b) das Unternehmen der GmbH & Co KG prosperiert.

a) Die Bilanz des Unternehmens weist zwar eine Überschuldung nicht aus. Nach Zahlung der Abfindung an C wäre das Unternehmen jedoch überschuldet. – Eine Zahlung der Abfindung kommt in dieser Konstellation nicht nur wegen der Vermögensbindung der GmbH & Co KG nicht in Betracht, sondern auch aus insolvenzrechtlichen Gründen. Das Ausscheiden des C bzw die Zahlung der Abfindung würde die Konkursreife herbeiführen.

b) Das Unternehmen ist nicht nur nicht überschuldet, es kann auch die Abfindung, also einen Teil des Unternehmenswertes, bezahlen; gleichwohl weist die Bilanz auch nach der Zahlung einen Überschuldungsstatus nicht aus.

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung ist nicht Selbstzweck, sondern ein Instrument des Gläubigerschutzes. Auch im Recht der Kapitalgesellschaften hat der Gesetzgeber Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter nicht ausgeschlossen, sondern beschränkt. Namentlich die Regelungen betreffend die Kapitalherabsetzung<sup>64</sup>) sind hier zu nennen.

Eine sinngemäße Anwendung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes im Recht der GmbH & Co KG lässt es nahe liegend erscheinen, auch die Normen über die Kapitalherabsetzung sinngemäß heranzuziehen. Diese beruhen auf einem einfachen Konzept: Die Gläubiger sind zu informieren und die Forderungen sind – „auf Verlangen“<sup>65</sup>) – zu befriedigen oder sicherzustellen.

Ein Unternehmen, das sich in der unter b) skizzierten wirtschaftlichen Lage befindet, wird überschaubare Gläubigerverhältnisse aufweisen. Die Auszahlung von Gesellschaftsvermögen ist auch bei einer GmbH & Co KG unbedenklich, wenn die Gläubiger befriedigt bzw die Forderungen sichergestellt sind oder wenn sie der geplanten Maßnahme zustimmen. Ist eine Befriedigung (Sicherstellung) möglich, so kann die Ausfolgung erfolgen; erweist sich die Befriedigung oder Sicherstellung als nicht möglich, so hat die Auszahlung zu unterbleiben. – Sachliche Bedenken gegen diese Konsequenzen sind nicht ersichtlich.

<sup>60</sup>) Die Probleme sind vor allem im deutschen Recht sehr intensiv erörtert worden; vgl die folgende Fn.

<sup>61</sup>) Nach wohl hM begrenzt der Betrag der Stammkapitalziffer die Ausfallhaftung (dazu etwa *Ulmer*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, 363 ff; BGHZ 150, 61, 65); Karsten *Schmidt* hingegen will die Höhe der Haftung mit der Stammeinlage des Primärschuldners beschränken (BB 1985, 154, 157 f; 1995, 529, 530 f; FS Thomas Raiser, 2005, 311, 317 ff); für eine weiterreichende Haftung hingegen *Fabritius*, ZHR 144 (1980) 635; *Gätsch*, BB 1999, 704; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 83 Rz 14.

<sup>62</sup>) *Kalss/Eckart/Schörghofer*, GesRZ 2009, 75 f.

<sup>63</sup>) Die Übertragung des Anteils an einer Personengesellschaft hielten die Väter des HGB noch für nicht möglich; Beendigung oder Erwerb der Mitgliedschaft konnten nur durch Ausscheiden bzw Aufnahme erfolgen; dazu etwa *Ulmer*, in GroßKomm HGB, § 105 Rz 298 ff.

<sup>64</sup>) §§ 54 ff GmbHG, 175 ff AktG.

<sup>65</sup>) § 55 Abs 2 GmbHG.

## VII. Zusammenfassung

Der OGH vertritt in einer neueren Entscheidung die Auffassung, dass der Grundsatz der Kapitalerhaltung auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden ist. Das Höchstgericht konnte an die Rsp des BGH und an repräsentative Stellungnahmen in der Literatur anknüpfen.

Gegen diese Judikaturlinie sind kürzlich grundsätzliche Bedenken erhoben worden. Eine Lücke, die durch analoge Gesetzesanwendung geschlossen werden könne, liege nicht vor. Die neue Judikatur würde „kaum überschaubare Folgeänderungen nach sich ziehen“. Es müsste für die GmbH & Co KG „faktisch ein neues Gesellschaftsrecht entwickelt werden“.

Die Prüfung zeigt, dass diese Kritik unbegründet ist. Die Praxis hat die GmbH erfunden, um

das Haftungsmodell, das der Gesetzgeber für die Personengesellschaften konzipiert hatte, zu überwinden. Der Hinweis auf §§ 128, 171 ff UGB ist nicht geeignet, die Annahme einer Regelungslücke zu widerlegen.

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung ist auf die GmbH & Co KG sinngemäß anzuwenden. Vermögensverlagerungen von der Gesellschaft auf Gesellschafter sind unzulässig. Auszahlungen können jedoch vorgenommen werden, wenn die Beteiligten – sinngemäß – die für eine Kapitalherabsetzung (bei Kapitalgesellschaften) geltenden Sicherungskriterien beachten.

§ 83 Abs 2, 3 GmbHG normiert eine Ausfallhaftung der Gesellschafter. Eine analoge Anwendung im Bereich der GmbH & Co KG sollte nicht erwogen werden.