

AUFSÄTZE

Die verdeckte Kapitalgesellschaft – eine unendliche Geschichte

Nach gefestigter OGH-Rechtsprechung ist das Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf die GmbH & Co KG, der keine natürliche Person als Vollhafter angehört, anwendbar. Daraus ergeben sich schwierige Folgefragen für Rechtsdogmatik und -praxis, von denen einige in diesem Beitrag im Licht aktueller Rechtsprechung und Literatur untersucht werden sollen.

Deskriptoren: verdeckte Kapitalgesellschaft, verbotene Einlagenrückgewähr, Kapitalherabsetzung, Kündigung der Gesellschaft, GmbH & Co OG; GmbH & Still, AIFMG.
Normen: § 82 GmbHHG; § 52 AltG; § 10 EKEG; § 187 UGB; § 2 AIFMG.

Von Nora Aburumieh /
Heinrich Foglar-Deinhardstein

1. Ausgangslage

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die OGH-Entscheidung vom 29.5.2008, 2 Ob 225/07p.¹ Die Entscheidung ist ein Zankapfel – kaum eine OGH-Entscheidung hat ein derartiges literarisches Echo ausgelöst; die einen Kommentatoren feiern sie,² die anderen halten sie für verfehlt.³

Nun ist die Entscheidung mehr als 10 Jahre alt, und sie steht nicht mehr alleine da. Kritiker müssen in der Rechts-

praxis mit ihr – und der darauf aufbauenden gefestigten Rechtsprechung (vgl Pkt 2.) – leben.

Klar ist: Auch in der GmbH & Co KG – in der keine natürliche Person Vollhafter ist – gilt der aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannte Kapitalerhaltungsgrundsatz (§ 82 GmbHHG, § 52 AktG). Damit stellen sich einige Folgefragen, etwa: wie wird eine GmbH & Co KG liquidiert, wie funktioniert eine Realteilung, wie können Haftsummen herabgesetzt werden, wie können Gesellschafter abgefunden werden (vgl § 137 UGB), wie können künftig Entnahmen erfolgen? Einigen dieser Fragestellungen wollen wir hier nachgehen und dazu die aktuelle Judikatur aufbereiten.

2. Judikatur-Update

Obleich der Gesetzgeber in den letzten Jahren noch zurückhaltend war und mit dem RÄG 2014⁴ die verpflichtende Bildung von gebundenen Rücklagen endgültig ablehnte⁵ sowie zum BRÄG 2013⁶ noch die flexiblere

1 RWZ 2008/72, 260 (Wenger) = GesRZ 2008, 259 = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = GeS 2008, 315 (Bauer) = ÖBA 2009/1522, 60 (Bollenberger) = JBl 2008, 791 = ecolex 2008/343, 918 = RdW 2008/542, 581 = AnwBl 2008, 431 = ZIK 2009/162, 99 = RZ 2009, 43 EÜ104 = SZ 2008/74 = HS 39.013 = HS 39.082 = HS 39.419 = HS 39.420.
2 Vgl etwa Karollus, Einlagenrückgewähr in der verdeckten Kapitalgesellschaft – 2 Ob 225/07p als Beispiel für eine gelungene Rechtsfortbildung, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? 31 ff; Harrer, Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, wbl 2009, 328 ff; ders, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens 444 ff; Grossmayer, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, ecolex 2008, 1023 ff; Bauer, Entscheidungsbesprechung zu OGH 2 Ob 225/07p, GeS 2008, 315 ff; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WrK GmbHHG § 82 Rz 230.
3 Koppensteiner, Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG (Nachlese zu OGH 2 Ob 225/07p), in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG 14 ff; U. Torggler, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesellschaftsform, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG 3 ff; Bergmann/Schörghofer, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! GesRZ 2014, 340 ff; Kals/Eckert/Schörghofer, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 ff; Schörghofer in Kals/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/1058 f; Koppensteiner/Auer in

Straube, WrK UGB⁴ § 161 Rz 21; Ch. Nowotny, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009/284, 326 ff; Stingl, Entscheidungsbesprechung zu OGH 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 314 ff; Wenger, Analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf die GmbH & Co KG, RWZ 2008/72, 260; H. Foglar-Deinhardstein, E-Besprechung zu OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w, GesRZ 2018, 112 (114); ders, E-Besprechung zu OGH 26.4.2018, 6 Ob 5/18f, ecolex 2018, 837; ders in FAH, GmbHHG § 82 Rz 159. Vgl auch den vermittelnden Ansatz von Kals, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, in GS W.-D. Arnold² 37 (55 ff: Ergänzung der personengesellschaftsrechtlichen Regelungen durch GmbH-rechtliche Wertungen); Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 68 mwN; Dirgger/Eckert, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013/577, 579 (583); Frank/Kusternigg, Kapitalerhaltung bei Umstrukturierung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn, RdW 2010, 384 (385 f).
4 Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014, BGBl I 2015/22.
5 Vgl dazu Rüffler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (77); Schörghofer, E-Besprechung zu OGH 6 Ob 171/15p, GesRZ 2016, 285 (286). Aus dieser gesetzgeberischen Aktivität könne laut OGH aber nichts für die generelle Frage der Anwendung der Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG gewonnen werden, vgl OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h.
6 Berufsrechtsänderungsgesetz 2013 (für Rechtsanwälte), BGBl I 2013/159.

Entnahmemöglichkeit der GmbH & Co KG lobte, ist sich der OGH sicher: Kapitalerhaltung muss auch in der GmbH & Co KG sein. Nach 2 Ob 225/07p folgten mittlerweile – soweit ersichtlich – zumindest 7 Judikate, die dies ausdrücklich oder zumindest implizit bestätigen.

2.1 OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p⁷

Der OGH setzt sich in dieser Entscheidung mit einem Haftungsanspruch gegen den Geschäftsführer der Komplementärin wegen einer unbesicherten Darlehensausreichung (iHv EUR 25 Mio) der GmbH & Co KG an die Gesellschafterin der Komplementärin auseinander. Kernaussagen des OGH betreffen die Frage der direkten Haftung des Geschäftsführers der Komplementärin gegenüber der GmbH & Co KG. Der Gerichtshof bejaht eine solche, und zwar unabhängig von einer Personenidentität zwischen Kommanditisten und Komplementärgesellschaftern und -geschäftsführern. Für das Entstehen des Haftungsbands ist es ausreichend, dass die wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte der GmbH & Co KG liegt.⁸

Basis für die Haftungsfrage ist ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

Der OGH spricht aus, dass „die analoge Anwendung des § 82 GmbHG auf eine Kommanditgesellschaft, deren einziger Komplementär eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, bedeutet, dass grundsätzlich jede Zuwendung der Kommanditgesellschaft an ihre Gesellschafter – oder an die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft –, die nicht Gewinnverwendung ist, verboten ist.“

2.2 OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h⁹

Der OGH hat wiederum (siehe schon in Pkt 2.1) einen Haftungsanspruch zu beurteilen, diesmal gegen Vorstände und Aufsichtsräte der Komplementärin wegen einer up-stream-Einbringung einer Beteiligung der AG & Co KG in die Gesellschafterin der Komplementärin ohne Gegenleistung.

Der OGH wird in dieser Entscheidung sehr deutlich, und betont, dass die Anwendung des Kapitalerhaltungsgrund-

satzes zum gesicherten Rechtsbestand gehört, und dass Nicht-Kenntnis subjektiv vorwerfbar ist (sodass daraus ein Haftungsanspruch erwachsen kann): „Die Entscheidung 2 Ob 225/07p vom 29. 5. 2008 wurde am 28.6.2008, somit mehrere Wochen vor Abschluss des Einbringungs- und Sacheinlagevertrags im RIS-Justiz im Volltext veröffentlicht. Bereits zuvor hatten jedoch Karollus ..., Reich-Rohrwig ... und Jabornegg ... die Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Kommanditgesellschaft bejaht. Auch der Oberste Gerichtshof hatte sich bereits in der Entscheidung 8 Ob 2124/96b mit dieser Frage auseinandergesetzt, worauf etwa Szep ... ausführlich hingewiesen hatte. Hügel ... berichtete deshalb im Jahr 2011, er habe bereits im Jahr 2004 angesichts der Arbeiten von Karollus und Reich-Rohrwig Mandanten aufgeklärt, dass Realteilungen (das von Hügel gebrachte Beispiel weist hinsichtlich der hier zu beurteilenden Fragen keinen wesentlichen Unterschied zu Einbringungen auf) eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen und bei Anwendung des Kapitalerhaltungsgebots nichtig sein könnten; aufgrund der Breitenwirkung der Entscheidung 2 Ob 225/07p, über die auch in der Tagespresse berichtet worden sei, sei die Fortsetzung der formlosen Realteilungspraxis unter strafrechtlichem Untreueverdacht gestanden, weil die Annahme wissentlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht zum Nachteil der KG vergleichsweise nahegelegen sei. Daraus lässt sich jedenfalls schließen, dass der kautelarjuristischen Praxis das Problem der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Kapitalgesellschaft & Co KG ... damals schon deutlich vor Veröffentlichung der Entscheidung 2 Ob 225/07p bewusst war oder zumindest bewusst sein hätte müssen. Daraus folgt zum einen, dass ein sorgfältiger Rechtsberater ... derartige Vorgänge erst recht seit der Entscheidung 2 Ob 225/07p zu beachten hatte. Zum anderen geht der Einwand der Beklagten, die Entscheidung 2 Ob 225/07p sei vereinzelt geblieben, ins Leere; dass diese Entscheidung in weiterer Folge in der Literatur zum Teil kritisiert wurde, ist angesichts des Umstands, dass diese Stellungnahmen ganz offensichtlich erst nach dem Abschluss des Einbringungs- und Sacheinlagevertrags publiziert wurden ..., im

7 RWZ 2016/28, 125 (Wenger) = GES 2016,112 = EvBl-LS 2016/81 = Schopper/Walch, NZ 2016/55, 163 = NZ 2016/61, 193 = AnwBl 2016,379 = RdW 2016/358, 472 = ecolex 2016/311, 705 = GesRZ 2016, 281 (Schörghofer) = ZIK 2016/214, 159 = Rauter, JAP 2016/2017/3, 25 = ZVR 2017/44, 75 (Danzl, tabellarische Übersicht) = Bergmann/Schörghofer, GES 2017,20 = ÖBA 2017,621/2380 (Dellinger); vgl dazu Straube, Gedanken zur extensiven Interpretation des Verbots der Einlagenrückgewähr in FS Bittner, 657 (659).

8 Vgl dazu etwa Dellinger, E-Besprechung zu OGH 6 Ob 171/15p, ÖBA 2017, 624 ff. Bei sternförmigen KGs – bei denen eine GmbH

die Komplementärrolle für mehrere KGs innehat – ist der direkte Haftungsanspruch der KG gegen den GF der GmbH daher zweifelhaft, vgl Wenger, RZW 2016/28, 125 (126).

9 NZ 2016/149, 413 (Brugger) = AnwBl 2016, 642 = GES 2016, 344 = wbl 2017, 41/13 = EvBl-LS 2017/9 = RdW 2017/79, 86 = ecolex 2017/104, 225 = Bergmann/Schörghofer, GES 2017, 20 = ZIK 2017/157, 119 = ÖBA 2017,626/2381 = I. Welsch, ecolex 2017, 1073.

vorliegenden Fall ohne Bedeutung; im Übrigen ist nicht alles schon deshalb vertretbar, weil es einmal in der Literatur vertreten wurde Die Beklagten sind zwar keine Juristen und schon gar nicht Rechtsanwälte oder Notare, im Hinblick auf § 25 Abs 1 GmbHG haften sie jedoch für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns. ... Bei Umstrukturierungen der vorliegenden Größenordnung sind gerade bei nicht einschlägig ausgebildeten Vorständen, Aufsichtsräten und Geschäftsführern wohl regelmäßig spezialisierte Berater beizuziehen, um eine (auch) gesetzeskonforme Abwicklung zu gewährleisten“

2.3 OGH 26.9.2017, 6 Ob 204/16t¹⁰

Der OGH spricht aus, dass der stille Gesellschafter – anders als der Kommanditist – idR kein Eigenkapitalgeber ist, und daher das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht anwendbar ist (siehe dazu noch im Detail bei Pkt 6.).

2.4 OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w¹¹

Der OGH spricht aus, dass eine Abfindung des ausscheidenden Kommanditisten durch alineare Gewinnausschüttungen oder analoge Anwendung der §§ 54 ff GmbHG aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet werden darf (siehe dazu sogleich Punkt 3.).

2.5 OGH 21.12.2017, 6 Ob 206/17p¹²

Im Unterschied zu den übrigen Judikaten geht der OGH in dieser E schon mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr auch bei der GmbH & Co KG gilt. Die grundlegende Frage der Anwendbarkeit des § 82 GmbHG auf die GmbH & Co KG wird in dieser Entscheidung gar nicht mehr thematisiert. In der Sache selbst geht es um die Frage der analogen An-

wendbarkeit des Aufrechnungsverbots, wenn der Rückerstattungsanspruch auf Bereicherungsrecht gestützt wird.

2.6 OGH 28.3.2018, 6 Ob 128/17t¹³

Der OGH anerkennt, dass eine verbotene Einlagenrückgewähr durch Verrechnung mit dem Gewinnanteil des Kommanditisten saniert werden kann.

2.7 OGH 26.4.2018, 6 Ob 5/18f¹⁴

Der OGH bestätigt, dass eine Vereinbarung über die Einbringung *quoad usum* weiterhin auch bei der GmbH & Co KG formfrei (und auch konkludent) möglich ist, und insbesondere die Firmenbuchpublizität (Offenlegung des Gesellschaftsvertrags) nicht greift. Dies begründet der OGH damit, dass die analoge Anwendung des Regimes der Kapitalaufbringung der GmbH überwiegend abgelehnt wird.¹⁵ Offenbar billigt der OGH diese Aussagen in der Lehre, wonach Kapitalaufbringungsrecht nicht in der GmbH & Co KG gilt.

Daraus kann uE abgeleitet werden, dass es bei der GmbH & Co KG kein Äquivalent zum gebundenen Eigenkapital gibt (vgl noch Pkt 3.3.1 i),¹⁶ und dass daher eine Kapitalherabsetzung bis auf Null ohne weiteren Gläubigeraufruf möglich sein sollte, sowie dass sich etwa bei der Realteilung einer GmbH & Co KG die Restvermögensprüfung darauf beschränken kann, dass kein negatives Eigenkapital besteht¹⁷ (siehe auch noch Pkt 3.4.).

Außerdem zählen die – entscheidungsgegenständlichen – Einlagen *quoad usum* nicht zum Haftungsfonds der Gesellschaft, sodass Gläubiger darauf ohnehin nicht zugreifen können. Erwirbt die GmbH & Co KG nicht endgültig Eigentum (wie etwa auch bei bloß bedingtem Eigentumserwerb oder einem solchen unter Auflagen), so ist dieses Vermögen nicht von § 82 GmbHG (analog) geschützt.¹⁸

10 RWZ 2017/72, 344 (Wenger) = GesRZ 2017, 391 (Hochedlinger) = NZ 2017/166, 473 (H. Foglar-Deinhardstein) = EvBl-LS 2018/3 (Robrer) = VbR 2018/16, 35 (Told) = ZFR 2018/3, 88 (Keplinger) = Rauter, JAP 2017/2018/19, 167 = AnwBl 2018/43, 182 = AnwBl 2018/69, 255 (Hollaender) = wbl 2018,49/11 = RdW 2018/19, 21 = ÖBA 2018, 277/2447 (Edelmann) = Jus-Extra OGH-Z 6372 = GES 2018,128 = Trenker, ÖBA 2018, 612; vgl auch Straube in FS Bittner, 657 (662).

11 GES 2018,27 = RdW 2018/130, 163 = RWZ 2018, 241 (Wenger) = GesRZ 2018,112 (H. Foglar-Deinhardstein) = wbl 2018,284/84 = AnwBl 2018/100, 345 = ecolex 2018/228, 532.

12 GES 2018,19 = NZ 2018/38, 114 = GesRZ 2018,125 (Stagl) = ÖBA 2018, 353/2468 = wbl 2018, 286/86 = RdW 2018/274, 358 = ecolex 2018/274, 642.

13 GesRZ 2018, 242 (Cb. Nowotny) = Michtner, GES 2018, 233 = GES 2018, 237 (Fantur) = RdW 2018, 574 = AnwBl 2018, 651 = ZFR 2018, 463 = ecolex 2018, 1003.

14 wbl 2018, 465/148 = ecolex 2018, 837 (H. Foglar-Deinhardstein).

15 Vgl auch Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (102, 109).

16 Anders der OGH iZm der errichtenden Umwandlung (wonach die zu beteiligenden Kommanditisten eine Kommanditeinlage in Höhe ihrer Stammeinlage an der umzuwandelnden GmbH zu übernehmen haben), vgl OGH 7.11.2007, 6 Ob 235/07p, 6 Ob 236/07k; OGH 17.12.2008, 6 Ob 267/08w; OGH 16.04.2009, 6 Ob 239/08b.

17 H. Foglar-Deinhardstein, ecolex 2018, 837 (838); Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (102 f, 108 f, 110).

18 H. Foglar-Deinhardstein, ecolex 2018 837 (838) mwN; vgl schon Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (89, 93).

3. Im Speziellen: Abfindung kündigender Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen (6 Ob 161/17w) – Scheiden tut weh?

3.1 Der Ausgangsfall

Bei einer GmbH & Co KG sah der Gesellschaftsvertrag der KG vor, dass bei Kündigung der Gesellschaft die verbleibenden Gesellschafter die KG ohne Liquidation fortführen dürften, wobei die kündigenden und daher ausscheidenden Gesellschafter aus der Gesellschaft eine Abfindung ihrer Beteiligung inkl der anteiligen stillen Reserven und des anteiligen Firmenwerts (*goodwill*) erhalten sollten.

Zu einem Zeitpunkt, in dem die Bilanz der GmbH & Co KG ein negatives Eigenkapital auswies, kam es zur Kündigung der KG durch vier von acht Kommanditisten. Die vier verbleibenden Kommanditisten und die Komplementär-GmbH fassten einen Fortsetzungsbeschluss und veröffentlichten am 23.11.2016 einen (allgemein gehaltenen) Gläubigeraufruf. Daraufhin klagten die ausscheidenden Gesellschafter auf Feststellung, dass die KG in Liquidation getreten sei, und auf Einleitung der Liquidation. Der Hintergrund dieser Klagsführung ist aus öffentlich zugänglichen Informationen nicht zu erschließen, könnte aber – neben der wohl zwischen den Gesellschaftern gegebenen Zerrüttung – uE im negativen Eigenkapital der KG zu vermuten sein.

Die Klage blieb in allen Instanzen und somit auch vor dem OGH erfolglos. Die KG kann somit trotz Ausscheidens von vier von acht Kommanditisten, die abgefunden werden müssen, ohne Liquidation fortgeführt werden. Tatsächlich erfolgte mit 12.10.2018 die Eintragung des Ausscheidens der Kommanditisten im Firmenbuch,¹⁹ wobei der zu Grunde liegende Antrag ausdrücklich auf den Gläubigeraufruf vom 23.11.2016 Bezug genommen hatte.

3.2 Die zentralen Aussagen des OGH

Der OGH hält fest, dass das Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer GmbH & Co KG unter Abgeltung des Verkehrswerts ihrer Beteiligung durchaus so gestaltet werden kann, dass es in Einklang mit den Kapitalerhaltungsregeln steht. Als mögliche Szenarien werden die Abfindung durch die verbleibenden Mitgesellschafter, die Durchführung eines Gläubigeraufrufs in analoger Anwendung der Kapitalherabsetzungsvorschriften sowie die alineare (asymmetrische) Ausschüttung vorhandenen Bilanzgewinns zu

Gunsten der ausscheidenden Gesellschafter genannt. Wird die Abschichtung auf Basis eines Gläubigeraufrufs durchgeführt, hält der OGH offenbar sogar eine Verzinsung des Abfindungsguthabens zur Kompensation für die Verzögerung der Abschichtung für zulässig.²⁰

Die Entscheidung arbeitet heraus, dass Kapitalerhaltung nicht zwingend bedeutet, dass eine GmbH & Co KG bei Ausscheiden von Gesellschaftern zum Zweck der Abschichtung immer aufzulösen und zu liquidieren ist. Dies ist uE zustimmungswürdig, weil ein allfälliger Zwang zur Zerschlagung wegen der damit typischer Weise einhergehenden Wertvernichtung weder dem Gläubiger- noch dem allgemeinen Verkehrsschutz dient (siehe auch die *Polbud*-Entscheidung des EuGH).

Fast überraschend postuliert der OGH weder die (Total-)Nichtigkeit der Abfindungsklauseln des entscheidungsgegenständlichen KG-Vertrags noch die Derogation der Kündigungs- und Liquidationsregelungen des UGB durch §§ 82 f, §§ 89 ff GmbHG. Auch dies ist uE zustimmungswürdig. Insgesamt zeigt sich auch hier eine gewisse – begrüßenswerte, naturgemäß nicht schematisch anzuwendende – Tendenz, auf nicht rechtskonforme Regelungen in Gesellschaftsverträgen § 879 ABGB nicht allzu strikt im Sinn einer Gesamtnichtigkeit anzuwenden, sondern verstärkt die Figuren der Konversion und der qualitativen Teilnichtigkeit,²¹ aber auch der Treuepflicht²² nutzbar zu machen. Daher ist es uE durchaus denkbar, dass Gesellschafter einer GmbH & Co KG einer Regelung des Gesellschaftsvertrags, die in einem Spannungsverhältnis zur Kapitalerhaltung stehen, durch entsprechende Begleitmaßnahmen (zB, wie im konkreten Fall vom OGH erwähnt, durch einen Gläubigeraufruf oder eine alineare Gewinnausschüttung) zur rechtskonformen Durchführung verhelfen müssen.²³

3.3 Offene Fragen zu 6 Ob 161/17w

3.3.1 Gläubigeraufruf und Kapitalherabsetzungsrecht analog?

Der verfahrensgegenständliche Gläubigeraufruf erfolgte „in analoger Anwendung des § 55 Abs 2 GmbHG.“²⁴ Bei der analogen Anwendung der Kapitalherabsetzungs-Vorschriften des GmbHG auf die GmbH & Co KG (siehe zum Bedarf noch unten) ist zunächst der Umstand zu bedenken, dass bei der GmbH eine Kapitalherabsetzung naturgemäß Ausschüttungen maximal im

19 HG Wien 11.10.2018, 73 Fr 17080/16t.

20 § 137 UGB erlaubt dies jedenfalls bei der „echten“ Personengesellschaft, anders als § 82 Abs 3 GmbHG / § 54 AktG bei der Kapitalgesellschaft. Zur (zulässigen) Verzinsung bereits begründeter Dividendenansprüche bei der Kapitalgesellschaft *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 61 mwN.

21 Siehe schon *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 99 (107 f).

22 Vgl zur Stiftung *H. Foglar-Deinhardstein/A. Gruber*, PSR 2018, 52 (55) mwN.

23 Vgl *H. Foglar-Deinhardstein/A. Gruber*, PSR 2018, 52 (55) mwN. AA *Haberer/Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 161 Rz 168.

24 Dabei ist zu beachten, dass § 55 Abs 2 GmbHG auch die unmittelbare Verständigung **bekannter Gläubiger** durch entsprechende Mitteilung verlangt.

Ausmaß des Herabsetzungsbetrags – also des Betrags, um den das bestehende Stammkapital reduziert worden ist – ermöglicht.

- i. **Folgefrage 1 – Gegenstück zum Stammkapital?** Dies führt zunächst zurück zu der Frage, ob es bei der GmbH & Co KG eigentlich ein Gegenstück zum Stammkapital der GmbH gibt. Darauf sind im Wesentlichen drei Antworten möglich: (i) Das Pendant besteht in der Summe der Pflichteinlagen. (ii) Das Pendant besteht in der Summe der Haftsummen.²⁵ (iii) Es gibt kein Pendant. Gegen die Pflichteinlagen als Bezugsgröße spricht, dass diese nicht öffentlich zugänglich und daher für Fragen des Gläubigerschutzes schon *a priori* kein geeigneter Baustein sind. Gegen die Haftsummen als Gegenstück spricht, dass diese beliebig niedrig oder aber – ohne jegliche Kapitalaufbringungskontrolle – auch beliebig hoch festgesetzt werden können. UE gibt es daher bei der GmbH & Co KG kein Gegenstück zum Nennkapital, woraus abgeleitet werden kann, dass die Herabsetzung des Eigenkapitals bis auf Null auch ohne Gläubigeraufruf zulässig sein sollte.²⁶ Auch 6 Ob 5/18f deutet klar in diese Richtung.²⁷
- ii. **Folgefrage 2 – Begrenzen die Höhen der Haftsummen die Höhe der Abfindung?** Damit wäre uE auch die Antwort auf die Frage, ob das Abfindungsguthaben mit dem Betrag der Haftsummen der ausscheidenden Gesellschafter zu begrenzen ist,²⁸ vorgegeben: Sind die Haftsummen kein Gegenstück zum Nennkapital, können sich auch keine Obergrenze für das Abfindungsguthaben vorgeben. Vielmehr kann uE jedenfalls das freie Eigenkapital ausgekehrt werden, und zwar auch ohne Einhaltung der GmbH-rechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften.²⁹

Bei Durchführung eines Gläubigeraufrufs sollte auch eine weitergehende Abfindung zulässig sein (zu Grenzen siehe unten iv.). In der Literatur wird dazu vertreten, dass die Höhe der Abfindung in den Gläubigeraufruf aufzunehmen sei.³⁰ Ein solches Erfordernis lässt sich aber weder aus der vorliegenden OGH-Entscheidung noch aus der darauf aufbauenden Entscheidung des HG Wien über die Firmenbucheintragung des Ausscheidens der Kommanditisten entnehmen.³¹

- iii. **Folgefrage 3 – Bedarf es einer Restvermögensprüfung?** Unseres Erachtens ist bei sinngemäßer Einhaltung der Kapitalherabsetzungsvorschriften keine Restvermögensprüfung erforderlich;³² die Durchführung einer Restvermögensprüfung kann aber allenfalls eine Gestaltungsalternative darstellen, wenn gleich die Anwendbarkeit des SpaltG analog auf die GmbH & Co KG nicht einfach schematisch erfolgen kann.³³ Auch hier wäre wiederum die Bezugsgröße für die Kapitaldeckungskontrolle fraglich (Haftsummen, anteiliger Verkehrswert?).
- iv. **Folgefrage 4 – Gibt es sonstige Grenzen?** Wegen Sittenwidrigkeit uE jedenfalls unzulässig wäre es, wenn die Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter die Insolvenzreife der KG herbeiführte.³⁴ Weiters ist zu vermuten, dass wegen § 879 ABGB das Abfindungsguthaben mit dem Verkehrswert des Unternehmens der Gesellschaft, der anteilig auf die abzuschichtenden Beteiligungen entfällt, begrenzt ist: Eine Abfindung über dem anteiligen Verkehrswert würde nämlich das wirtschaftliche Risiko der Weiterentwicklung der Gesellschaft voll den verbleibenden Gesellschaftern und Gläubigern aufbürden.³⁵ Das ist aber kein Kapitalerhaltungsthema, sondern pures Zivilrecht (§ 879 ABGB).

25 In diese Richtung mglw OGH 17.09.2014, 6 Ob 185/13v, in der das freie Vermögen einer (freilich deutschen) KG als das „die Haftsummen der Kommanditisten übersteigende“ Vermögen definiert wird. Für die Haftsummen als Äquivalent zur Stammeinlage auch *Haberer/Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 161 Rz 165.

26 *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 112 (116); *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 99 (109). So im Ergebnis auch *Payer*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz der GmbH & Co KG, RdW 2018, 615 (615, 618 f).

27 Zuzugestehen ist, dass hingegen 6 Ob 204/16t wiederum gewisse Zweifel nährt, weil dort die Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und GmbH & Co KG gerade damit begründet wird, dass die Haftungsverhältnisse des Stillen – anders als die des Kommanditisten – nicht im Firmenbuch ablesbar seien. Dies könnte doch auf die Relevanz der Haftsummen deuten. Insgesamt sind aber uE die Aussagen in 6 Ob 161/17w und 6 Ob 5/18f klar genug, während es sich bei den Anmerkungen in 6 Ob 204/16t zur Firmenbuchpublizität der Kommanditisten eher um Hilfsargumente handeln dürfte.

28 Offen *Wenger*, RWZ 2018, 241; ablehnend *Eckert* in *Torggler*, UGB² § 161 Rz 27.

29 *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 99 (109).

30 *Wenger*, Entscheidungsbesprechung, RWZ 2018/45, 241 (244). Wollte man dem folgen, so müsste zum Zeitpunkt der Kundmachung das Bewertungsverfahren abgeschlossen sein. Offen ist auch die Frage, ob eine persönliche Gläubigerverständigung erforderlich ist, siehe schon FN 24.

31 Siehe FN 19.

32 Vgl *Rüffler* in FS Hügel 323 (330), *H. Foglar-Deinhardstein*, eolex 2018, 838; aA *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 161 Rz 27; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/1059; mglw *Kalss* in GS W.-D. Arnold² 37 (52).

33 Vgl dazu *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 99 (109 ff).

34 *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 116 mwN.

35 Vgl OGH 09.02.1995, 8 Ob 16/94; *Eckert* in *Torggler*, UGB² § 161 Rz 27 FN 86; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 158; *ders.*, GesRZ 2018, 116; *Csoklich*, JBl 2018, 342 (343).

3.3.2 Sonstige Begleitmaßnahmen – alternative Mechanismen zum Gläubigerschutz

Offen bleibt in der OGH-Entscheidung auch, ob eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen auch ohne Gläubigeraufruf oder alineare Gewinnausschüttung kapitalerhaltungskonform erfolgen kann. UE sind durchaus auch **andere Begleitmaßnahmen** denkbar, die die Abfindung legitimieren können, wie insb Gesellschafterzuschüsse (allenfalls kombiniert mit einer freiwilligen Dotierung der gebundenen Rücklagen), die Zustimmung oder der qualifizierte Rangrücktritt der Gläubiger oder die Bestätigung, dass die Gesellschaft keine Gläubiger hat.³⁶ Kautelarjuristisch hat *J. Reich-Rohrwig*³⁷ empfohlen, in den Gesellschaftsvertrag eine Klausel aufzunehmen, die die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet, binnen einer bestimmten Frist die Ausscheidenden durch Widmung ihrer Gewinnansprüche abzufinden (ergänzt könnte dies noch durch die Aufforderung zur Zahlung der Abfindung durch die Gesellschafter werden); gelingt diese Abfindung nicht fristgerecht, könnte subsidiär eine Verpflichtung zur Einleitung der Liquidation eingreifen.

3.3.3 Jedenfalls verwirklichte Kapitalentsperrung (los gelöst von Frage der Höhe der Abfindung)?

Wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht (siehe Pkt 3.3.1 i) – meint, dass die kumulierten Haftsummen das Pendant zum Nennkapital bilden sollten, dann könnte der Wegfall der Haftsummen der ausscheidenden Kommanditisten eine **unzulässige Kapitalentsperrung**³⁸ bewirken (und zwar **auch dann**, wenn die ausscheidenden Gesellschafter gar **keine Abfindung** aus dem Gesellschaftsvermögen erhalten, dh die Kapitalentsperrung liegt alleine im Verlust der Haftsummen).

Zum Ausgleich dieser Kapitalentsperrung müssten dann entweder die Regeln der Kapitalherabsetzung eingehalten werden, oder es wäre eine gebundene Rücklage in Höhe des Herabsetzungsbetrags zu bilden. Als weitere Neutralisierungskomponente wäre selbstverständlich möglich, dass die verbleibenden Kommanditisten ihre Haftsummen entsprechend erhöhen.³⁹ Gegen die Anwendung der Kapitalentsperrungsregeln spricht uE auch, dass den früheren Kommanditisten ohnedies noch die Nachhaftung

für Altverbindlichkeiten gem § 174 iVm § 160 UGB trifft (siehe auch sogleich).

3.3.4 Geltung personengesellschaftsrechtlicher Normen

Neben den obigen kapitalgesellschaftsrechtlich geprägten Überlegungen ist auch das personengesellschaftsrechtliche Konzept weiter zu berücksichtigen. Gem OGH 2 Ob 225/07 p gilt auch das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB weiter, sodass auch §§ 174 und 160 UGB (Nachhaftung) weiterhin zu berücksichtigen sein werden.

3.4 Bestätigung durch 6 Ob 5/18 f?

Die freilich sehr knapp gehaltene E 6 Ob 5/18 f (siehe schon Pkt 2.7) kann uE als Bestätigung der hier vertretenen Ansichten verstanden werden. Der OGH referiert in dieser E unwidersprochen die überwiegende Lehre, nach der das Regime der Kapitalaufbringung auf die GmbH & Co KG nicht analog anzuwenden sei.

Da es somit bei der GmbH & Co KG keine Kapitalaufbringung, aber – unstrittig – auch kein Mindestnennkapital und keine gebundenen Rücklagen gibt, folgt daraus zwanglos die Richtigkeit folgender Thesen:⁴⁰

- Das Eigenkapital einer GmbH & Co KG kann auch ohne Gläubigeraufruf bis auf Null herabgesetzt und an die Gesellschafter transferiert werden.⁴¹
- Bei der Kapitalherabsetzung einer GmbH & Co KG ist keine Restvermögensprüfung erforderlich.⁴²
- Bei der analogen Anwendung von Spaltungsrecht auf die Realteilung einer GmbH & Co KG kann sich die Restvermögensprüfung darauf beschränken, dass kein negatives Eigenkapital besteht.⁴³

4. Kündigung der GmbH & Co KG durch den Gläubiger des Gesellschafters – Sonderfragen bei der GmbH & Co KG

4.1 Ausgangspunkt: § 135 UGB

§ 135 UGB bietet dem Gläubiger eines Gesellschafters die Möglichkeit, die Gesellschaft aufzukündigen, und sich letzten Endes das Abfindungsguthaben des Gesellschafter

36 *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 116; vgl auch *Payer*, RdW 2018, 615 (618).

37 In seinem Vortrag auf der *RuSt* 2018. In ähnlicher Vorschlag findet sich schon bei *Diregger/Eckert* (RdW 2013, 579 [585]).

38 Allgm zur unzulässigen Kapitalentsperrung *Aburumieh/Adensamerl/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VII.A. Rz 11, VII.C Rz 40 ff; *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH § 82 Rz Rz 141, 145, 150, 153.

39 *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 116.

40 *H. Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2018, 838.

41 Vgl *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 (861 FN 14); *Rüffler/Aburumieh/Lind* in *Jaufer ua*, Kapitalaufbringung u Kapitalerhaltung 71 (102 f,

108 f); *Rüffler* in FS H \ddot{u} gel 323 (327 f); *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, § 82 Rz 161; *ders*, GesRZ 2018, 116; *Payer*, RdW 2018, 615 (615, 617 f).

42 Vgl *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 116. Freilich bedarf ohnedies auch bei der GmbH die Durchf \ddot{u} hrung einer Kapitalherabsetzung nach zustimmungsw \ddot{u} rdiger Ansicht keiner Restvermögensprüfung (*Prinz* in FAH, GmbHG § 56 Rz 6 mN zur abw hL).

43 *Rüffler* in FS H \ddot{u} gel 330; dazu *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 99 (110).

ters (dh: seines Schuldners) zuzueignen. § 135 UGB ermöglicht keinen direkten Zugriff auf das Vermögen der (GmbH & Co) KG, sondern diese muss abgewickelt werden; solange nicht abgewickelt wurde, ist das Auseinandersetzungsguthaben Teil des Gesellschaftsvermögens.

§ 135 UGB lautet wie folgt: „*Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden war, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Exekutionstitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen.*“ Details der Anwendungsvoraussetzungen sollen hier nicht diskutiert werden. Wiederrum geht es um die Erarbeitung besonderer Fragestellungen in der GmbH & Co KG. Denn auch in der GmbH & Co KG muss dieses Instrumentarium grundsätzlich offenstehen.⁴⁴

4.2 Liquidation nach Auflösung der Gesellschaft

§ 135 UGB führt zur Auflösung der Gesellschaft.

Bei der GmbH & Co KG steht zur Vorbereitung der Schließung – anders als für echte Personengesellschaften – allerdings die Möglichkeit der „anderen Art der Auseinandersetzung“ nicht offen. Nach 2 Ob 225/07p ist anzunehmen, dass immer zu liquidieren ist, und zwar nach den kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorgaben (§ 91 Abs 1 und 3 GmbHG; § 208 und § 213 Abs 1 AktG).

Bereits recht früh – schon 1995 – hat der OGH judiziert, dass in der GmbH & Co KG der Gläubigerschutz der Vermögensverteilung vorgeht, und das Befriedigungs- und Zurückbehaltungsgebot des § 149 Abs 1 UGB sowie des § 155 Abs 2 UGB zwingend seien.⁴⁵ Werden diese Prinzipien verletzt, folgt die persönliche Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH.⁴⁶

Darüber hinausgehend gilt seit 2 Ob 225/07p das gesamte Kapitalerhaltungsrecht der GmbH (oder der AG bei der AG & Co KG⁴⁷), und damit auch Liquidationsrecht, namentlich Gläubigeraufruf, direkte Gläubigerverständigung

(nur bei GmbH) und Sperrfrist vor Vermögensverteilung (sohin: bei der GmbH 3 Monate und bei der AG 1 Jahr). Für den kündigenden Privatgläubiger bedeutet dies, dass er jedenfalls das Ergebnis der Liquidation abwarten muss und erst danach auf die dem Verpflichteten zukommenden Vermögenswerte exekutiv zugreifen kann. Erst die durch/nach der Liquidation dem Verpflichteten zukommenden Vermögensgegenstände sind nach den entsprechenden Vorschriften der Exekutionsordnung zugunsten des Betreibenden zu verwerten, also etwa bewegliche Sachen nach den Vorschriften der Fahrnisexekution, Geldforderungen nach den Bestimmungen der Forderungsexekution.⁴⁸

Die ansonsten nach UGB offenstehende Möglichkeit, mit Zustimmung des Privatgläubigers (vgl § 145 Abs 2 UGB) eine andere Verwertung des Gesellschaftsvermögens durchzuführen⁴⁹ – dh ohne Liquidationsverfahren und ohne Gläubigeraufruf – ist für die GmbH & Co KG nicht möglich. Immer ist daher der Gesellschafter-Gläubiger dem Gläubiger der GmbH & Co KG nachrangig. Dies ergibt eine völlig unattraktive Zeitschiene für den Privatgläubiger: Zuerst muss er (oder ein Dritter)⁵⁰ erfolglos Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters geführt haben; danach muss er sich den Abfindungsanspruch exekutiv pfänden lassen; erst danach kann er die Kündigung der Gesellschaft zum Jahresende unter Einhaltung einer 6-Monatsfrist aussprechen; danach folgt die Liquidation mit Gläubigeraufruf (3 bis 12 Monate); erst danach ist der Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft möglich, und zwar – nach Ansicht des OGH – je nach Art des betroffenen Vermögens (siehe oben).

Die Entscheidung 6 Ob 161/17w leitet zur Überlegung an, ob das kapitalgesellschaftsrechtliche Liquidationsprocedere wirklich immer auch in der GmbH & Co KG anzuwenden ist, denn die Entscheidung spricht davon, dass bei der Auflösung der GmbH & Co KG die Liquidation *nach UGB* zwingend ist – zum GmbHG (und damit zum Gläubigeraufruf und zur Sperrfrist) wird aber nichts gesagt. Zu denken wäre hier etwa an eine GmbH & Co KG mit nur einem einzigen Gläubiger. In einer derartigen Situation könnte uE erwogen werden, auf den Gläubigeraufruf und die Einhaltung der Sperrfrist zu verzichten, insb, wenn alternative Mechanismen den Gläubigerschutz sicherstellen (vgl Pkt 3.3.2), dh insb wenn der

44 H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2018, 112 (117).

45 Vgl Rießler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (111).

46 Vgl auch OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w.

47 Rießler/Aburumieh/Lind in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (79, 111).

48 OGH 13.10.2010, 3 Ob 165/10a. UE ist zu hinterfragen, ob diese Aussagen des OGH allgemeingültig sind oder aber nur auf Sachausschüttungen zutreffen; denn der Liquidationserlös in Cash müss-

te ohnedies von der Pfändung und Überweisung des Anspruchs erfasst sein, siehe dazu auch noch unten zum Abfindungsanspruch bei Auszahlung des Kündigenden als ausscheidender Gesellschafter (vgl dazu auch schon Lind, Vermögensrecht und Gesellschaftsanteil an OHG, KG und OEG in der Exekution, (unveröff) Diss 1995, 131).

49 OGH 13.10.2010, 3 Ob 165/10a.

50 Dh es ist unerheblich, von wem die erfolglose Zwangsvollstreckung ausgegangen ist, vgl Zollner/Ladler in Zib/Dellinger, UGB § 135 Rz 29.

Gläubiger (hier: der GmbH & Co KG) hiezu seine Zustimmung erteilt (wenn bereits dies als andere Art der Auseinandersetzung verstanden würde, müsste – wegen § 145 Abs 2 UGB – uE auch der Privatgläubiger des Gesellschafters die Zustimmung erteilen).

Ein weiterer Überlegungsschritt wäre, auch bei der GmbH & Co KG eine darüber hinausgehende andere Art der Auseinandersetzung zuzulassen. Gemäß 6 Ob 161/17w erscheint dies nicht möglich; auch nach dieser Entscheidung wäre (zumindest) nach UGB zu liquidieren. UE wäre auch letzteres in Sondersituationen zu hinterfragen, denn gerade wenn der Gläubigerschutz durch andere Maßnahmen sichergestellt ist, erhellt nicht, warum dann noch zwingend zu liquidieren ist. Nach eigenen Aussagen des OGH (zur echten Personengesellschaft)⁵¹ diene die Liquidation überhaupt vor allem den Interessen der Gesellschafter und nicht vorrangig denen der Gläubiger. Wahrscheinlich ist aber dieser Rechtssatz⁵² in der GmbH & Co KG zu relativieren, ebenso wie jener Rechtssatz⁵³, wonach Gesellschaftsverbindlichkeiten der Vollbeendigung nicht entgegenstünden. Wäre der Weg einer anderen Art der Auseinandersetzung kapitalerhaltungsrechtlich offen, müsste aber gemäß § 145 Abs 2 UGB jedenfalls der Privatgläubiger des Gesellschafters zustimmen.

4.3 Fortsetzung der Gesellschaft (§ 141 UGB)

An Stelle der Auflösung der Gesellschaft kann nach Kündigung durch den Privatgläubiger auch das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters aus der aufgekündigten Gesellschaft treten. § 141 UGB ermöglicht nämlich die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft.⁵⁴ Die Fortsetzung ist auch im Falle der Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters möglich, und erfordert eine Fortsetzungserklärung (Beschluss) der verbleibenden (übrigen) Gesellschafter.⁵⁵ Der betroffene Gesellschafter scheidet zum Geschäftsjahresende aus (vgl § 141 Abs 2 UGB). Damit entsteht sein Abfindungsanspruch gegenüber der Gesellschaft (§ 137 UGB).

Der Zugriff auf das Abfindungsguthaben ist bei der Privatgläubigerkündigung ohne Weiteres von der Pfändung und Überweisung iSd § 135 UGB umfasst,⁵⁶ sohin kommt der Privatgläubiger uU rascher und einfacher an sein Geld, als im Falle der Liquidation (siehe oben Punkt 4.2). Treuepflichtwägungen könnten es den Mitgesellschaftern gebieten, die Zustimmung zu dieser einfacheren Variante zu erteilen.⁵⁷

Bei der GmbH & Co KG stellen sich allerdings auch hier Sonderfragen (siehe schon oben Pkt 3.3). Jedenfalls muss aber auch bei der GmbH & Co KG die Abschichtung (an Stelle der Auflösung) möglich sein.⁵⁸ Dies hat das Höchstgericht nun auch in 6 Ob 161/17w bestätigt, wonach eine Abfindungszahlung an den Gesellschafter (etwa dann) möglich ist, nachdem ein Aufgebotsverfahren⁵⁹ durchgeführt wurde (siehe oben Pkt 3.3.1 und 3.3.2; siehe dort auch zu weiteren Alternativen der Gestaltung der Auszahlung einer Abfindung⁶⁰ – wie etwa einer alineaen Gewinnverteilung⁶¹). Es besteht daher kein Zwang zur Liquidation (siehe schon oben Pkt 3.2).⁶²

4.4 Sonderfall der Anwachsung gem § 142 UGB

Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus, kommt allerdings nicht § 141 UGB, sondern § 142 UGB zur Anwendung. Das Vermögen der KG wächst dem letzten verbleibenden Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an, und der Abfindungsanspruch richtet sich gegen den Gesamtrechtsnachfolger, dh die GmbH. In dieser Fallkonstellation können sich wiederum besondere kapitalerhaltungsrechtliche Komplikationen ergeben, insbesondere bei der Anwachsung in der Komplementär-GmbH. Bei Anwachsung in der Komplementär-GmbH könnte die grundsätzliche Frage gestellt werden, ob die Abfindungszahlung durch die GmbH überhaupt zulässig ist – dies wird uE wohl zu bejahen sein, denn der Anspruch fußt nicht auf GmbH-rechtlichen Bestimmungen, sondern dem UGB/Personengesellschaftsrecht. Hiezu hat der OGH die Zahlung einer Abfindung auch bei der GmbH & Co KG jüngst bejaht (siehe dazu schon oben Pkt. 3).

51 OGH 28.2.2018, 6 Ob 28/18p.

52 RIS-Justiz RS0119052, vgl OGH 28.2.2018, 6 Ob 28/18p, Pkt 3.1 der Entscheidung.

53 RIS-Justiz RS0021209 [T3], vgl OGH 28.2.2018, 6 Ob 28/18p, Pkt 3.2 der Entscheidung.

54 Dies kann auch schon im Vorfeld zwischen den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 141 Rz 6; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 112 (115).

55 Vgl dazu etwa *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 141 Rz 11.

56 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 141 Rz 21.

57 Vgl zur Fortsetzung der Gesellschaft mit dem betroffenen Gesellschafter (nach Wegfall der Kündigungsvoraussetzungen) *Zollner/Ladler* in *Zib/Dellinger*, UGB § 135 Rz 35.

58 So ausdrücklich OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w, Pkt. 4 der Entscheidung am Ende.

59 Kritisch zum Erfordernis eines Aufgebotsverfahrens *Rüffler/Aburumieh/Lind*, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (108 f).

60 Vgl dazu *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 112 (116).

61 Vgl dazu auch *Rüffler/Aburumieh/Lind*, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (103).

62 *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2018, 112 (115).

Nach der wohl hM ist bei Anwachsung in eine GmbH ein Kapitalentsperrungstest dahingehend erforderlich, ob die Haftsumme der vormaligen GmbH & Co KG (nach der hM werden bei der Anwachsung die kumulierten Haftsummen dem Stammkapital gleichgehalten, was wir ablehnen, siehe oben Pkt 3.3.1 i)⁶³ ein zumindest gleich großes gebundenes Kapital des übernehmenden Gesellschafters gegenüber steht.⁶⁴ Anders gesprochen: Ist das gebundene Eigenkapital der GmbH niedriger als die Haftsumme des Kommanditisten, müssten entsprechende Ausgleichsmaßnahmen (zB Bildung einer gebundenen Rücklage)⁶⁵ zur Neutralisierung der Kapitalentsperrung getroffen werden.⁶⁶

Da der Kapitalschutz in der GmbH & Co KG in der Kommanditgesellschaft selbst ansetzt, müsste dieses Ergebnis auch dann gelten, wenn das Vermögen von einer Kommanditisten-GmbH übernommen wird.⁶⁷ Entsprechend den Erwägungen des OGH greift der Kapitalentsperrungstest aber nicht bei Anwachsung des Vermögens bei einem Kommanditisten, der eine natürliche Person ist, zumal hier mangels Nennkapitals gar keine Vergleichsrechnung möglich ist.

Kommt es im Zuge der Anwachsung in der Komplementär-GmbH etwa zu einer Kapitalerhöhung (mit Sacheinlage, dh durch das eingebrachte Vermögen), ist dies wiederum nur dann friktionsfrei möglich, wenn diese zuvor reine Arbeitsgesellschafterin war, weil sich ansonsten Fragen iZm der realen Kapitalaufbringung stellen.⁶⁸ Da es hier um die Kapitalaufbringung in der GmbH geht, sind diese Vorgaben auch weiterhin – dh nach OGH 26.4.2018, 6 Ob 5/18f (siehe oben Pkt 3.4) – zu beachten.

4.5 Schlussfolgerung

Insgesamt zeigt sich auch hier, dass durch die Judikatur zu Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz die Mechanismen des Personengesellschaftsrecht verschärft werden. Für den kündigenden Privatgläubiger ergeben sich schon

im Vorfeld der Zugriffsmaßnahmen auf das Vermögen der GmbH & Co KG bzw den Abfindungsanspruch des Gesellschafters schwierige Fragen.

4.6 Zusatzüberlegung Forderungseinlösung durch die Gesellschaft

Denkbar wäre grundsätzlich auch die Forderungseinlösung durch die Gesellschaft gem § 1422 ABGB. Diesfalls tritt die Gesellschaft in die Gläubigerrechte des Privatgläubigers ein; das Kündigungsrecht greift nicht mehr.⁶⁹ Im Personengesellschaftsrecht wird eine solche Vorgehensweise grundsätzlich für zulässig gehalten; bei der GmbH & Co KG stellen sich wiederum besondere kapitalerhaltungsrechtliche Themen. *Per se* dürfte aber auch hier die Forderungseinlösung nicht unzulässig sein.⁷⁰ Die Zulässigkeit wäre uE im Detail im Einzelfall zu prüfen.

5. GmbH & Co OG – ein Schlupfloch?

Klar ist, dass sich nach der OGH-Rsp das Regime der Kapitalerhaltung auf den Kommanditisten bezieht, und zwar unabhängig davon, ob dieser an der Komplementärin beteiligt ist oder nicht (sog „Nur-Kommanditist“).⁷¹ Fraglich ist, ob auch Leistungen an die Komplementär-GmbH erfasst sind; bejahendenfalls wäre wohl auch die GmbH & Co OG in das Kapitalerhaltungssystem eingebunden.

5.1 (K)eine (eindeutige) Aussage des OGH (?)

Die Rechtsprechung hat noch keine Klarstellung gebracht. Der OGH hat in 6 Ob 171/15p und 6 Ob 198/15h Leistungen an die Gesellschafter der Komplementärin in das Kapitalerhaltungsregime miteinbezogen. In 6 Ob 171/15p sprach der OGH (sogar) aus, dass „die analoge Anwendung des § 82 GmbHG auf eine Kommanditgesellschaft, deren einziger Komplementär eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, bedeutet, dass grundsätzlich jede Zuwendung

63 Ablehnend auch Rüffler/Aburumieh/Lind in Jauffer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (102); kritisch auch H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2018, 112 (116) und H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 161; vgl dort aber auch Rz 150 zur OGH-Rsp bei der errichteten Umwandlung.

64 Referierend H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 153 mwN, auch mit Nachweisen zu Gegenstimmen (Hügel, Eckert); vgl zB auch Ch. Nowotny, RdW 2009/284, 326 (331); kritisch etwa Frank/Kusternigg, Kapitalerhaltung bei Umstrukturierung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn, RdW 2010/423, 384 (386 f).

65 Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII. CRz 56 f mwN; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 101 Rz 57. Denkbar wäre auch die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens, vgl etwa Ch. Nowotny, RdW 2009/284, 326 (331); Pucher, Umgründung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn in eine GmbH, ecolx 2010,1161 (1164).

66 Noch strenger (Summengrundsatz) Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 418.

67 Vgl dazu Padevetova, Der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den verbleibenden Gesellschafter nach § 142 Abs 1 UGB, GesRZ 2012, 169 (170); Krejci, § 142 Abs 1 UGB und der letzte Kommanditist, GES 2010, 60;

68 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 17; Umlauf, Zulässigkeit der Einbringung einer Kommanditgesellschaft in die eigene Komplementär-GmbH gegen Kapitalerhöhung? NZ 2000, 65; OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w; OGH 28.6.2000, 6 Ob 7/00y; vgl H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 4.

69 Vgl Zollner/Ladler in Zib/Dellinger, UGB § 135 Rz 42.

70 Vgl zur Forderungseinlösung durch die GmbH, für die ein Gesellschafter haftet, OGH 27.2.2017, 6 Ob 239/16i, vgl dazu H. Foglar-Deinhardstein, Entscheidungsbesprechung, GesRZ 2017, 264 ff.

71 OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p.

der Kommanditgesellschaft an ihre Gesellschafter – oder an die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft –, die nicht Gewinnverwendung ist, verboten ist.“

Ob der OGH damit wirklich alle Gesellschafter in das System der Kapitalerhaltung einbeziehen wollte, ist aber uE nicht eindeutig.⁷² Entscheidungsgegenständlich war nämlich keine Leistung an die Komplementärin, sondern an deren Gesellschafterin.⁷³

Beachtenswert erscheinen uE dazu auch die Aussagen des OGH in der Entscheidung vom 21.11.2017, 6 Ob 161/17w (siehe oben Pkt 3.). Auch in dieser Entscheidung geht es nicht um eine Leistung an den Komplementär, sondern an Kommanditisten. Allerdings führt der OGH in seinen allgemeinen Erwägungen (siehe Punkt 1. dieser Entscheidung) aus, dass das Kapitalerhaltungsregime in der GmbH & Co KG für „Zuwendungen der Kommanditgesellschaft an die Gesellschafter der Komplementär-GmbH, für solche an „Nur-Kommanditisten“ ... und für solche an Gesellschafter der Komplementär-GmbH, die gleichzeitig Kommanditisten der Kommanditgesellschaft sind)“ gilt. Leistungen an die Komplementärgesellschaft erwähnt der OGH in dieser Aufzählung (gerade) nicht.

UE ist somit derzeit eher davon auszugehen, dass der OGH an dieser Auffassung festhalten und Leistungen an Komplementäre nicht dem Kapitalerhaltungsgebot unterstellen wird. Zumindest ist die Position des OGH derzeit als offen zu bezeichnen.⁷⁴

5.2 Literaturstimmen

Die bisherige wohl hM geht davon aus, dass Leistungen an Komplementäre ebenfalls dem Kapitalerhaltungsschutz unterliegen, und sohin auch die GmbH & Co OG in das Kapitalschutzsystem einzubeziehen ist.⁷⁵

Begründet wird dies damit, dass die Rechtsprechung (allen vorangehend die Leitentscheidung OGH 2 Ob 225/07p) den Schutz bei der verdeckten Personengesellschaft selbst ansetzt; sohin ist nicht zwischen zwei Gesellschafterklassen zu differenzieren.⁷⁶ Dass der begünstigte Komplementär unbeschränkt haftet, ändert daran nichts.⁷⁷ Denn trotz der unbeschränkten Haftung des Komplementärs kann dessen Vermögen mit anderen Gläubigeransprüchen konfrontiert sein, oder aber das Vermögen aus der Komplementär-GmbH (auch durch zulässige Ausschüttungen) vermindert sein.⁷⁸

5.3 Kritische Überlegungen

Die hM ist aber nicht unwidersprochen.⁷⁹ Insbesondere kann hier auch die ohnedies bestehende unbeschränkte Haftung des Komplementärs ins Treffen geführt werden. Ansatzpunkt gegen die Einbeziehung des Komplementärs und vor allem einer GmbH & Co OG könnte sein, dass in der Letztgenannten Haftkapital überhaupt fehlt. Sohin könnte bei dieser jedenfalls – dh auch wenn der Ansicht gefolgt würde, wonach die Haftsumme Korrelat zur Stammeinlage sei (diese Ansicht teilen die Autoren nicht, vgl Pkt 3.3.1 i) – auch eine Gewinnausschüttung bzw Kapitalherabsetzung bis auf Null erfolgen.⁸⁰

Dieses Argument könnte durch die OGH-Entscheidung OGH 26.9.2017, 6 Ob 204/16t (siehe unten Pkt 6.) gestützt werden, denn hier hat der OGH die besondere Unterscheidung zwischen Haftkapital (Eigenkapital) und sonstiger Finanzierung hervorgehoben; uU könnte auch dies für ein Herausfallen der GmbH & Co OG aus dem Kapitalschutzsystem sprechen.

UU kann auch die unbeschränkte Haftung eines Komplementärs mit ausreichender Bonität als solche eine „Ausgleichsmaßnahme“ sein, die es ermöglicht, sonstige Ka-

72 Anders etwa Schörghofer, E-Besprechung zu OGH 6 Ob 171/15p, GesRZ 2016, 285 (286), der damit jedenfalls von einer Einbeziehung des Komplementärs ausgeht.

73 Dies ist zB aus Haftungsaspekten zu differenzieren, denn der Gesellschafter der Komplementärin haftet gerade nicht persönlich und unbeschränkt für Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG, anders als die Komplementär-GmbH selbst.

74 So auch H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2018, 112 (116) (anders noch – vor 6 Ob 161/17w – in FAH, GmbHG § 82 Rz 160).

75 Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (80 f); Rüdfler in FS Hügel 323 (325, 328); Karollus in Artmann/Rüdfler/U. Torggler, GmbH & Co KG 31 (51, 53 f); ders, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, HB vGa², 1 (17); ders in FS Kropff 670 (679); J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 401; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB² § 161 Rz 55 mwN; Edelmann in Bergmann/Ratka, HB Personengesellschaften² Rz 5/96; Payer, RdW 2018, 615 (616 f); als Konsequenz aus 2 Ob 225/07p leitet dies auch Ch. Nowotny, RdW 2009/284, 326 (326, 330) ab (jedoch mit dem Hinweis, dass Entnahmen bis auf ein buchmäßiges Eigenkapital auf null möglich sind); aA Diregger/Eckert, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013/577,

579 (584); Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 19; Schummer in FS Koppensteiner 303 (314).

76 Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (81).

77 Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (81). AA aber auch ein Höchst Richter des OGH in einem Seminar, vgl dazu Karollus in Artmann/Rüdfler/U. Torggler, GmbH & Co KG 31 (53 FN 98).

78 Karollus in Leitner, HB vGa², 1 (17); ders in FS Kropff 670 (679); ders in Artmann/Rüdfler/U. Torggler, GmbH & Co KG 53 f; dem folgend Rüdfler/Aburumieh/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (81).

79 Gegen Erstreckung auf den Komplementär: Diregger/Eckert, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013/577, 579 (584); Eckert in U. Torggler, UGB², § 161 Rz 19; Schummer in FS Koppensteiner 303 (314).

80 Ch. Nowotny, RdW 2009, 326 (330). Für Ausschüttung bis auf Null auch bei der GmbH & Co KG auch hinsichtlich des Kommanditisten Rüdfler/Aburumieh/Lind in Jaufer ua, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 102, 109.

pitalschutzregularien außer Acht zu lassen, weil diese – *qua* sonstiger Ausgleichsmaßnahme – nicht mehr benötigt werden⁸¹ (vgl schon oben Pkt 3.3.2).

Alleine diese unbeschränkte Haftung (gepaart mit dem in der Komplementär-GmbH ohnedies greifenden Kapitalschutz) könnte uU dann ausreichend sein, wenn die GmbH keine anderen Gläubiger hätte als jene der GmbH & Co KG (dh wenn die Komplementär-GmbH ausschließlich die Rolle als Komplementärin in dieser GmbH & Co KG inne hätte). Dann kann aber noch immer Vermögen aus dieser GmbH abfließen, allerdings nur mehr nach GmbH-Regime, immerhin aber im Wege von (zulässigen) Gewinnausschüttungen (dies wäre aber unter gewöhnlichen Umständen immer noch strenger als bei zulässiger Verwendung des Vermögens einer Privatperson,⁸² bei welcher als Vollhafter Kapitalerhaltung aber jedenfalls nicht greift). Dass es aber alleine auf den Kapitalschutz auf Ebene der GmbH ankäme, verneint der OGH aber bei der dogmatischen Begründung der analogen Anwendung des Kapitalerhaltungsregimes in der GmbH & Co KG (vgl 2 Ob 225/07p). Gegen diesen Gedankengang spricht auch die Schärfe und „absolute“ Geltung des § 82 GmbHG, der auch bei der gläubigerlosen GmbH grds uneingeschränkt zur Anwendung gelangt.⁸³ UE sind all diese Ansätze daher derzeit noch nicht ausreichend geeignet, die Herausnahme des Komplementärs aus dem Kapitalschutzsystem stringent zu begründen. Eine Klarstellung durch OGH oder gar den Gesetzgeber erschiene wünschenswert.

6. Die stille Gesellschaft als Alternative (6 Ob 204/16t) – die Entfesselung der stillen Gesellschaft durch den OGH

6.1 Der Ausgangsfall

Die 1973 gegründete *Imperial*-Gruppe betrieb die Veranlagung von Investments in Immobilien- und Medienprojekte; eine große Zahl von Anlegern beteiligte sich jeweils als atypisch stille Gesellschafter am Vermögen einer GmbH & Co KG. 2009 stellte die GmbH & Co KG ihre Ausschüttungen an die stillen Teilhaber ein; die Einlagen der atypisch stillen Gesellschaft seien Eigenkapital, und somit seien Ausschüttungen nur bei Abdeckung durch

Gewinne zulässig (wobei freilich die GmbH & Co KG seit ihrer Gründung noch nie Gewinne ausgewiesen hatte). 2015 kündigte eine Investorin ihre stille Beteiligung und verlangte Auszahlung des Guthabens auf ihrem Verrechnungskonto, bestehend aus Vorwegbezügen und Zinsen; Auszahlung eines Abschichtungsguthabens wurde ohnedies nicht begehrt. *Imperial* verweigerte die Auszahlung unter Verweis auf die OGH-Rsp zur verdeckten Kapitalgesellschaft, wobei diese Rechtsprechung nicht nur im Verhältnis zu den Kommanditisten, sondern auch zu den atypisch stillen Gesellschaftern anzuwenden sei.⁸⁴ Die Proponenten der OGH-Rsp zur verdeckten Kapitalgesellschaft (insb *Karollus* und *J. Reich-Rohrwig*) hatten längst die Ausweitung der Kapitalerhaltung auf stille Teilhaber gefordert, zumindest soweit die stille Einlage Eigenkapitalcharakter habe.⁸⁵ Eine derartige Fortschreibung wäre auch deswegen nicht unerwartet gekommen, weil an der Wiege von 2 Ob 225/07p ein Beitrag von *Karollus*⁸⁶ zu 8 Ob 2124/96b stand – in dieser älteren Entscheidung wurden aber ausgerechnet die Parallelen zwischen GmbH & Co KG und GmbH & Still behandelt. Zudem lag bereits eine klare Judikaturlinie zur Qualifikation von atypisch stillen Einlagen als Eigenkapital unter gewissen Voraussetzungen vor.⁸⁷

6.2 Die zentralen Aussagen des OGH

Unter diesen Vorzeichen eigentlich eher überraschend – aber wohl vom Gedanken des Anlegerschutzes getragen –, entschied der OGH für die klagende Investorin und gegen die beklagte GmbH & Co KG. Als Schlüssel zur Lösung der strittigen Frage zog der 6. Senat § 10 EKEG heran, der unter gewissen – und restriktiven – Voraussetzungen in der Krise der Gesellschaft eine Rückzahlungssperre für stille Einlagen anordnet.⁸⁸ Würde man nun die Kapitalerhaltung pauschal auf die stillen Teilhaber anwenden, die insgesamt wesentlich strenger und umfassender wirkt als das EKEG mit seinem limitierten Anwendungsbereich, ergäbe sich nach Ansicht des OGH ein **Wertungswiderspruch**:⁸⁹ Außerhalb der Krise gäbe es sehr weitgehende Rückzahlungsbeschränkungen nach § 82 f GmbHG analog; in der Krise würde demgegenüber

81 Allgm zur Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtplans *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 101 mwN. Zum gleichen Ergebnis kann man kommen, wenn man die unbeschränkte Haftung einer Komplementär-GmbH mit ausreichender Bonität als betriebliche Rechtfertigung gelten lässt (vgl allgm *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 92 ff, 115 ff).

82 Vgl zu diesem Risiko auch *Schummer* in FS Koppensteiner 303 (312 f).

83 *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, § 82 GmbHG Rz 9 mwN, jedoch mit Hinweis auf die Überprüfungsbedürftigkeit dieser A in ihrer Allgemeinheit im Lichte der Verschmelzungsjudikatur.

84 Vgl auch *Oberndorfer*, RdW 2005, 476; *Oberndorfer/Leitner*, *ecolex* 2009, 956.

85 Nachweise bei *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 473 (477).

86 *ecolex* 1996, 860.

87 OGH 28.09.1995 8 Ob 4/95; RIS-Justiz RS0075202; vgl *Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89); vgl jüngst auch noch OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y (*Humanitas*), Pkt 2.2 der E.

88 Ausführlicher zu § 10 EKEG und zur daraus abgeleiteten Begründung des OGH *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 473 (477 f).

89 Eindrücklich *Trenker* (ÖBA 2018, 612 [620]): „§ 10 Abs 2 EKEG ist somit nicht die Wertung zu entnehmen, dass auf die davon erfassten Gesellschafter das Verbot der Einlagenrückgewähr analog anzuwenden wäre, sondern [...] im Gegenteil, dass dem nicht so ist.“

§ 10 EKEG sogar eine – in Relation betrachtet – erleichterte Rückzahlung ermöglichen.⁹⁰

Vor diesem Hintergrund korrigiert der OGH die bisherige Rechtsprechung, nach der eine stille Einlage schon dann als Eigenkapital zu qualifizieren war, wenn der Stille als steuerlicher Mitunternehmer oder als Quasi-Kommanditist beteiligt war. Vielmehr sei ein atypisch Stiller grundsätzlich als Fremdkapitalgeber anzusehen; Eigenkapitalqualität könne sich allenfalls – wie der OGH etwas kryptisch anmerkt – aus einer **Rangrücktrittsvereinbarung** ergeben.⁹¹

Zur Frage, ob diese Korrektur auch für die Rechtslage vor Inkrafttreten des EKEG (also vor dem 01.01.2004) nutzbar gemacht werden kann, stellt der OGH folgende Überlegungen an: Im konkreten Fall komme der Klägerin jedenfalls keine Stellung eines Quasi-Kommanditisten zu. Zur zweiten Alternative, bei deren Vorliegen nach der früheren Rsp von Eigenkapitalqualität auszugehen war, nämlich die Stellung als steuerlicher Mitunternehmer, sei das bisherige Verständnis in der gesellschaftsrechtlichen Judikatur deswegen fragwürdig geworden, weil nach der neueren VwGH-Rsp steuerliche Mitunternehmerschaft nur vorliege, wenn der Investor Unternehmerwagnis eingehe, wozu die Teilnahme sowohl an Unternehmerinitiative als auch an Unternehmerrisiko gehören. Daraus schließt der OGH: „Soweit in der bisherigen Rechtsprechung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des EKEG Mitunternehmereigenschaft des Gesellschafters auch ohne Erfüllung [der beiden Voraussetzungen des Unternehmerwagnisses] bejaht wurde, wird dies daher nicht aufrechterhalten, zumal dies auch der vom Gesetzgeber mit dem EKEG zum Ausdruck gebrachten Wertung entspricht.“

6.3 Eigene Ansicht

Die Entscheidung, in der der 6. Senat alle Register zieht, ist uE überzeugend. Stille Teilhaber sind grundsätzlich Drittgläubiger ohne Mitgliedschaftsrechte.⁹² Ein stiller Teilhaber kann daher auch ohne Liquidation bei seinem Ausscheiden an den stillen Reserven und dem Firmenwert beteiligt werden. Eine stille Gesellschaft ist weder eine juristische Person noch sonst rechtsfähig, sondern eine reine Innengesellschaft, vermögenslos, ohne Gläubiger und auch nicht insolvenzfähig.⁹³

6.4 Offene Fragen zu 6 Ob 204/16t

6.4.1 Gesplittete Einlagen

Nicht entscheidungsgegenständlich war die Frage der gesplitteten Einlage, also jene Konstellation, in der ein stiller Teilhaber zugleich Gesellschafter der Emittentin (Kapitalgesellschaft oder verdeckte Kapitalgesellschaft) ist. UE muss diesfalls die Gestaltung der stillen Gesellschaft dem Drittvergleich standhalten,⁹⁴ was aber nach der nunmehr vorliegenden E nicht bedeutet, dass nur Gewinne an die Stillen ausgeschüttet werden darf, sondern schlicht, dass die stille Beteiligung marktüblich zu gestalten ist.⁹⁵

6.4.2 Mindestzinsen und Mindestabschichtung

Allgemein gesprochen ist uE nach der vorgenommenen Korrektur der Rechtsprechung die Vereinbarung von Mindestzinsen- und -abschichtung bei der stillen Gesellschaft als zulässig zu erachten, zumindest bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (dazu siehe noch Pkt 6.4.4).

6.4.3 Rangrücktrittsvereinbarung

Im Detail offen bleibt, was der OGH meint, wenn er ausführt, dass sich die Eigenkapitalqualität einer stillen Beteiligung aus einer Rangrücktrittsvereinbarung ergeben kann.⁹⁶ Die Insolvenzordnung unterscheidet zwischen schlichter Nachrangvereinbarung (§ 57a IO) und qualifiziertem Rangrücktritt (§ 67 IO). Schlicht nachrangige Forderungen müssen in der Insolvenz (und in der Liquidation?) erst nach den nicht nachrangig gestellten Gläubigern befriedigt werden.⁹⁷ Demgegenüber kombiniert der qualifizierte Rangrücktritt die Abrede, dass die Forderung erst nach Wegfall des negativen Eigenkapitals bzw im Fall der Liquidation erst nach den anderen Gläubigern erfüllt werden muss, mit der Zusicherung, dass wegen der fraglichen Forderung kein Insolvenzverfahren eröffnet werden braucht. Naturgemäß sind durch privatautonome Vereinbarung auch andere Qualifikationen eines Rangrücktritts denkbar, so zB die Vereinbarung, dass die Befriedigung einer Forderung nur zu Lasten des Bilanzgewinns zu erfolgen braucht.

90 Dieser Wertungswiderspruch war von *Karollus* vorausgesehen worden. Der Lösungsvorschlag von *Karollus* blieb aber vom OGH unbeachtet. Vgl *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (617) mN.

91 Eine implizite Befürwortung der analogen Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG auf atypisch stille Gesellschafter einer GmbH (& Co KG) kann daraus uE nicht abgeleitet werden. So aber *Kepplinger*, ZFR 2018, 88 (89 f).

92 Vgl zu Drittgläubigerpositionen und Einlagenrückgewähr auch die Prospekthaftungsjudikatur zur *Immofinanz* RIS-Justiz RS0126930.

93 Vgl *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 477.

94 Nicht nur insofern kann – entgegen *Hollaender* (AnwBl, 218, 255 [257]) – Fremdkapital selbstverständlich dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen.

95 So schon *Konwitschka* in *Zib/Dellinger*, UGB § 179 Rz 65.

96 AA *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (624). Seiner Meinung nach kann die Kapitalerhaltung bei der stillen Gesellschaft überhaupt nur dann anwendbar sein, wenn der Stille der „wahre Herr“ im Unternehmen mit Weisungsrechten gegenüber der Geschäftsführung ist.

97 Vgl *Told*, VbR 2018, 35 (37); *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak* in *FAH*, GmbHG § 91 Rz 15 mwN.

Ob der OGH alle diese verschiedenen Formen genügen lassen würde, um Eigenkapitalqualität und Anwendung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltung zu unterstellen, ist unklar. Dies erschiene aber überschießend,⁹⁸ zumal der 6. Senat auch festhält, dass ein Rangrücktritt allenfalls auch schlüssig möglich sei. Zu denken ist weiters an befristete oder auflösend bedingte Rangrücktritte, die – unabhängig davon, wie diese insolvenzrechtlich einzuordnen sind – im Rahmen der Privatautonomie jedenfalls rechtlich möglich sind; gerade in diesem Fall wäre aber die pauschale Umqualifikation der fraglichen Forderung in Eigenkapital doch schwerlich zu begründen.⁹⁹ Richtig wäre uE, die Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln – wenn überhaupt¹⁰⁰ – nur dann anzunehmen, wenn der stille Teilhaber einen qualifizierten Rangrücktritt dahingehend abgegeben hat, dass Ausschüttungen nur zu Lasten eines Bilanzgewinns der Emittentin erfolgen können.¹⁰¹

6.4.4 Sonstige Kriterien für das Vorliegen von Eigenkapital

In der Literatur werden unterschiedlichste alternative oder zusätzliche Kriterien diskutiert (etwa weitreichende Mitwirkungsbefugnisse im Unternehmen, Gewinn- und Verlustteilnahme, Langfristigkeit / Nachhaltigkeit, Kapital-/ Verzinsungsgarantie, materielle Satzungsänderung).¹⁰²

Die teilweise vertretene Abgrenzung alleine anhand der Zusage einer Mindestverzinsung¹⁰³ ist uE zweifelhaft, weil diese Abgrenzung zu einem Zirkelschluss führt: Gerade die Zulässigkeit einer Mindestverzinsung wäre ja an § 82 f GmbHG zu messen; die Anwendbarkeit von § 82 f GmbHG ist somit eine Vorfrage, die nach unserem Dafürhalten nicht durch privatautonome Vereinbarung der Mindestverzinsung umschifft werden kann.

6.4.5 Rechtsfolgen bei Qualifizierung als Eigenkapital

Falls die Einlage eines atypisch stillen Teilhabers als Eigenkapital zu qualifizieren wäre und der Kapitalerhal-

tung unterläge,¹⁰⁴ sind auch die Rechtsfolgen ungeklärt. UE müssten Ausschüttungen an den Stillen jedenfalls vom Bilanzgewinn gedeckt sein. Bei der Abschichtung des Stillen ist offen, ob diese (i) auch ohne Liquidation erfolgen darf und (ii) zu einem Abschichtungserlös auch über dem auf die Beteiligung entfallenden anteiligen Verkehrswert führen darf.¹⁰⁵

6.4.6 Rechtslage vor EKEG

Umstritten ist, ob die vom OGH vorgenommene Korrektur der Rechtsprechung auch für die Rechtslage vor dem 01.01.2004 (also vor Inkrafttreten des EKEG) gilt oder nicht.¹⁰⁶ Dass der OGH ausdrücklich festhält, dass seine korrigierenden Ausführungen zur alten Rechtslage „auch der vom Gesetzgeber mit dem EKEG zum Ausdruck gebrachten Wertung entspricht“, deutet uE eher darauf hin, dass auch für vor 2004 begründete stille Beteiligungen nur mehr in eng begrenzten Ausnahmefällen eine Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsgrundsätze in Frage kommen wird.

6.5 Conclusio zur GmbH & Still

Pro futuro ist zu erwarten, dass die OGH-Rechtsprechung zu einer gesteigerten Attraktivität der GmbH & Still im Vergleich zur GmbH & Co KG führen wird.¹⁰⁷ Allerdings ist davor zu warnen, etwa nahtlos ineinander übergehende Strukturen zu schaffen, in welchen ehemalige Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zu atypisch Stillen werden. Dies könnte zwar zB bei Minderheitsgesellschaftern einer GmbH auf den ersten Blick attraktiv erscheinen, weil hier kautelarjuristisch die Stellung eines GmbH-Minderheitsgesellschafters bei atypisch Stillen gut nachbildbar erscheint. Aufgrund der Erstreckung der Anwendung des § 82 GmbH auch auf Altgesellschafter¹⁰⁸ ist Vorsicht geboten – hier könnte auch in die GmbH & Still § 82 GmbHG hineinwirken.

98 So wohl auch *Told*, VbR 2018, 35 (37).

99 *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 478.

100 *Kowitzschka* (in *Zib/Dellinger*, UGB § 179 Rz 73 FN 89) weist darauf hin, dass selbst aus der Eigenkapitaleigenschaft von stillen Beteiligungen im konkreten Einzelfall nicht zwingend die Anwendung der GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltung folgt. Ähnlich *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (621, 624).

101 Anders *Edelmann*, ÖBA 2018, 277 (282 f). Nach ihm genügt bereits ein qualifizierter Rangrücktritt iSv § 67 IO.

102 Vgl *Hochedlinger* in *GS Artbold*² 131 (134 f, 156); *Wenger*, RWZ 2017, 346; *Hochedlinger*, GesRZ 2017, 398.

103 *Hochedlinger*, GesRZ 2017, 391 (398); *Edelmann*, ÖBA 2018, 277 (283).

104 Dazu, dass die Bejahung beider Kriterien mglw unterschiedliche Prüfschritte erfordert, s schon FN 100.

105 Für die Begrenzung mit dem anteiligen Verkehrswert sprechen OGH 09.02.1995, 8 Ob 16/94; 28.09.1995, 8 Ob 4/95;

11.01.2005, 10 Ob 73/04i (vgl auch *Eckert* in *Torggler*, UGB² § 161 Rz 27 FN 86; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 158; *ders*, GesRZ 2018, 116 *Csoklich*, JBl 2018, 342 [343]). Nach *Trenker* (ÖBA 2018, 612 [624]) soll aber diese Begrenzung außerhalb der Insolvenz keine Rolle spielen. *Kowitzschka* (in *Zib/Dellinger*, UGB § 186 Rz 10) lehnt diese Begrenzung überhaupt ab. Siehe auch Pkt 3.3.1. a.E.

106 Dafür *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (619 f, 626); *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 478. Dagegen *Edelmann*, ÖBA 2018, 277 (282). Offen *Hochedlinger*, GesRZ 2017, 399.

107 Vgl *Ch. Nowotny*, GesRZ 2018, 242 (245); *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 478.

108 Vgl OGH 15.12.20146 Ob 14/14y (*Humanitas*); 29.08.2017 6 Ob 114/17h; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 67; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 20; kritisch dazu *Strabe* in *FS Bittner*, 657 (659 ff).

7. Verdeckte Kapitalgesellschaft als AIFM Implikationen des AIFMG (Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz)

7.1 Grundsätzliches

Die GmbH & Co KG wird in der Praxis – ebenso wie die stille Gesellschaft (zu dieser vgl Pkt 6.) – gerne als Kapitalsammelbecken, vor allem auch für Immobilien-Anlegerprojekte genutzt.

Seit Erlassung des Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz¹⁰⁹ sind hier (weitere)¹¹⁰ besondere Vorgaben zu berücksichtigen.

Gemäß § 2 Abs 1 AIFMG ist ein sogenannter „AIF“ (Alternativer Investment Fonds) jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren. Ausgenommen sind im Wesentlichen OGAW-Kapitalanlagegesellschaften, bei welchen Anlegern das jederzeit ausübbar Recht zukommt, gegen Rückgabe ihrer Anteile eine Auszahlung des entsprechenden Vermögensanteils aus dem Gesellschaftsvermögen zu verlangen.¹¹¹

Primäres Regelungssubjekt des AIFMG ist nicht der AIF, sondern der Manager des AIF, dh der AIFM (vgl unten Pkt 7.3); dieser – der Manager – ist zu registrieren bzw zu konzessionieren.¹¹² Für den jeweiligen AIF ist dann auch eine Vertriebszulassung erforderlich. Für den Vertrieb an Privatkunden (im Vergleich zu professionellen Anlegern) bestehen besondere (strengere) Vorgaben. Je nachdem, welche Vorgaben eingehalten und welche regulatorischen Maßnahmen erfüllt sind, richtet sich der An-

legertyp, und damit auch der Gesellschafterkreis der GmbH & Co KG.¹¹³

7.2 Für wen gilt das AIFMG? Gestaltungsmöglichkeiten in der GmbH & Co KG?

Der klassische geschlossene Immobilienfonds in Form der GmbH & Co KG kann diese Voraussetzungen auf den ersten Blick rasch erfüllen.¹¹⁴ Allerdings ist eine Detailbetrachtung geboten: Liegt, etwa bei Bauherrenmodellen und Projektentwicklungsgesellschaften, eine (unmittelbare) operative Tätigkeit vor, so ist das AIFMG – und die damit gegebene Registrierungs- (§ 1 Abs 5 AIFMG) oder Konzessionspflicht (§ 5 AIFMG) – nicht anwendbar.¹¹⁵ Die genaue Abgrenzung ist aber nicht immer einfach möglich, und gerade bei Immobiliengesellschaften seit jeher umstritten. Nach Ansicht der deutschen BaFin¹¹⁶ sind Unternehmen im Immobilienbereich operativ tätig, wenn diese Immobilien entwickeln, oder zB als Hotel betreiben, oder Tätigkeiten im Bereich Facility-Management, oder Makler- oder Bewertungstätigkeiten vollbringen.¹¹⁷ Nach einer aktuellen Entscheidung des BVwG¹¹⁸ – der ein Strafbescheid der FMA zugrunde liegt – ist für die Annahme einer operativen Tätigkeit der bloße Ankauf und Verkauf von Liegenschaften nicht ausreichend.¹¹⁹

Aber auch dann, wenn den Anlegern laufende Ermessens- und Kontrollbefugnisse in Form einer unmittelbaren und kontinuierlichen Entscheidungsgewalt über operative Fragen in Bezug auf die tägliche Verwaltung der Assets zukommt (unabhängig von der tatsächlichen Ausübung dieser Gewalt), liegt kein AIF vor.¹²⁰ Werden daher den Kommanditisten weitreichende Mitwirkungsbefugnisse im Gesellschaftsvertrag (über § 166 UGB hinausge-

109 BGBl I 135/2013 idgF (AIFMG).

110 Vgl zu sonstigen regulatorischen Themen (Abgrenzung BWG, KMG) etwa *Buchberger*, Die GmbH & Co KG im Lichte des AIFMG, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (198 f, 210 f).

111 *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (198).

112 *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (199).

113 Vgl dazu *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (199, 209 f).

114 Vgl *Brandl/Toman*, AIFMG – Anwendungsbereich und Auswirkungen für Immobilienfonds, ZFR 2014/39, 58 (59).

115 Vgl dazu *Brandl/Toman*, ZFR 2014, 58 (59 f). Vgl auch II Definitions ESMA Guidelines on key concepts of the AIFMD: Definition „general commercial or industrial purpose“ = „the purpose of pursuing a business strategy which includes characteristics such as running predominantly (i) a commercial activity, involving the purchase, sale, and/or exchange of goods or commodities and/or the supply of non-financial services, or (ii) an industrial activity, involving the production of goods or construction of properties, or (iii) a combination thereof“.

116 So die deutsche BaFin in Ihrem Auslegungsschreiben vom 14.06.2013, geändert am 09.03.2015, GZ Q 31-Wp 2137-2013/0006, zu der weitgehend identen Rechtslage in Deutschland, wobei das dortige KABG das Kriterium der „nicht operativen“ Tätigkeit nicht an die Kapitalverwendung, sondern an das Unternehmen anknüpft, welches nicht operativ tätig sein darf, um ein AIF

zu sein (*Hussein*, Festgelegte Anlagestrategien versus Unternehmensgegenstand, ZFR 2017/163, 328 (328 FN 8)); vgl etwa auch *Fuhrmann/Kerbl/Löw/Resch*, AIFMG – Anwendungsbereich und steuerliche Konsequenzen, immolex 2014, 11 (12).

117 Vgl dazu auch *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (205 f), wonach das Überwiegen der Kosten der Projektentwicklung im Vergleich zu den Kosten des Liegenschaftsankaufs für eine operative Tätigkeit spräche.

118 Vgl BVwG 27.11.2017, W 210 2148720-1/7E;

119 Leider ist die genaue Tätigkeit der Gesellschaft aus der veröffentlichten Entscheidung nicht ersichtlich; etwa, ob es auch Vermietungstätigkeiten gab. Auch die BaFin qualifiziert derartige Tätigkeiten, auch die bloße Vermietung, als nicht operativ. Für weitergehendes Begriffsverständnis (Vermietung auch als operative Tätigkeit) *Brandl/Toman*, ZFR 2014, 58 (59 f); vgl etwa auch *Leitgeb/Strimitzer*, AIFMG – ausgewählte aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, RdW 2013/516, 522 (523). *Rericha/Toman*, Neuer Rechtsrahmen für Crowdfunding – Ausbruch aus dem Regelungsdruck des Kapitalmarktes? ZFR 2015/218, 403 (404).

120 Vgl FAQ FMA Stand Juni 2018 Pkt I. Gemäß ESMA Guidelines müssen die Befugnisse weiter reichen als die „gewöhnlichen“ Aktionärsbefugnisse (als solche werden etwa genannt: Entscheidungen über Verschmelzungen, Liquidation, Wahl von Anteilseignervertretern, Vorstandsmitgliedern und Abschlussprüfern oder die Feststellung des Jahresabschlusses).

hend¹²¹) eingeräumt, könnte dies gegen die Qualifikation als AIF sprechen. Oftmals wird hiezu dem Kautelarjuristen der schwierige Auftrag erteilt, ein Gefüge zu schaffen, das eine Anwendung des AIFMG vermeidet, gleichzeitig dem Management aber die nötigen Freiheiten gibt.

Kein AIF liegt etwa auch dann vor – und hier schließt sich der Kreis zum eigentlichen Thema der Kapitalerhaltung –, wenn ein kollektives Anlageelement iS eines gepoolten Vermögens, das eine Gewinn- und Verlustbeteiligung vermittelt, fehlt. Hätte daher der Anleger einen unbedingten Rückzahlungsanspruch, liegt kein AIF vor.¹²² Für die GmbH & Co KG kann dem Anleger allerdings kein garantierter Rückzahlungsanspruch der Einlage (zu gesplitteten Einlagen siehe Pkt 6.4.1) zukommen; eine derartige Gestaltung – um aus dem Anwendungsbereich des AIFMG herauszufallen – scheidet daher bei der GmbH & Co KG. Bei der stillen Gesellschaft wäre dies hingegen möglich, denn hier gilt grds (vgl Pkt 6.) keine Kapitalerhaltung, sodass dem Anleger auch eine Mindestverzinsung oder Mindestabschichtung zugesagt werden kann. Dies zeigt aber gerade, dass es für die Qualifizierung als Eigenkapital nicht alleine auf die Zusage einer Mindestverzinsung ankommen kann (siehe oben Pkt 6.4.4).

7.3 Wer managt den AIF?

Zum Schluss noch ein Blick auf die Managementvorgaben, wenn das Anlagemodell der GmbH & Co KG als AIF qualifiziert wird: Jeder AIF ist durch einen AIFM (Alternativer Investments Fonds Manager) zu managen (§ 3 AIFMG). § 2 Abs 1 Z 2 AIFMG regelt, dass ein AIFM immer nur eine juristische Person sein kann. Nach Ansicht der FMA¹²³ ist daher jene beteiligte juristische Person als AIFM zu qualifizieren, welche für die Verwaltung des AIF verantwortlich ist, dh die Komplementär-GmbH hat sich um Konzessionierung/Registrierung als AIFM zu bemühen.¹²⁴

Der Rechtsanwender des AIFMG gerät damit aber gleich an die nächste Fragestellung, nämlich, ob der Komplementär ein externer oder interner AIFM (vgl die Unterscheidung in § 3 AIFMG mit unterschiedlichen Rechtsfolgen) ist. Nach dem AIFMG (§ 3 Z 1) wird der externe

Verwalter vom AIF bestellt und ist aufgrund dieser Bestellung oder kraft Gesetz zur Verwaltung verpflichtet – dies könnte auf den Komplementär zutreffen. Nach dem AIFMG (§ 3 Z 2) ist der AIF aber dann selbst AIFM (interner AIFM), wenn die Rechtsform des AIF eine interne Verwaltung zulässt und das Leitungsgremium des AIF entscheidet, keinen externen AIFM zu bestellen.

Wie oben schon gezeigt, wird bei der GmbH & Co KG in Sondersituationen (siehe oben Pkt 2.1 zur Haftung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH direkt gegenüber der KG) die eine Gesellschaftsebene (GmbH) mit der anderen (GmbH & Co KG) vermengt. Dies könnte für Zwecke der Einordnung als interner AIFM ebenso nahe liegen. Die enge Verwobenheit zwischen Komplementär-GmbH und KG könnte uE für eine Qualifizierung als interner AIFM sprechen.¹²⁵ In der Praxis¹²⁶ dürfte aber eher das Gegenteil der Fall sein, und wird die Komplementär-GmbH als externer AIFM qualifiziert.¹²⁷

7.4 Welches Kapital benötigt der AIFM und darf er jenes der GmbH & Co KG verwenden?

Damit tut sich für den Gesellschaftsrechtler gleich die nächste Frage auf, nämlich, ob es zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 7 Abs 1 und 2 AIFMG (Mindestkapital bei Konzessionierung) auf das Kapital (alleine) der Komplementär-GmbH (als AIFM) oder auch der KG (als AIF) ankommen darf, denn üblicherweise wird ausschließlich diese mit den Einlagen der Investoren gespeist. Der Gesetzeswortlaut und die Ansicht der FMA (siehe schon oben) legen nahe, dass es auf das Kapital alleine der GmbH ankommt, denn diese ist der AIFM und Konzessionswerber. Sohin kann aber nicht das von den Investoren eingesammelte Kapital zur Speisung der Mindestkapitalanforderungen verwendet werden, sondern ist hier ein separater Topf (nämlich in der GmbH) zu füllen. Wenn auch Leistungen an den Komplementär in die Kapitalerhaltung der GmbH & Co KG einbezogen sind (vgl schon oben Pkt 5.), kann auch nicht ohne weiteres der GmbH & Co KG-Vermögenstopf zur Speisung des GmbH-Kapitaltopfs herangezogen werden.

121 Vgl dazu *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (202 f); Mitwirkung nicht nur bei außergewöhnlichen, sondern auch bei gewöhnlichen Geschäftsführungsfragen – etwa durch aktive Informationspflichten des Komplementärs gegenüber Kommanditisten in Belangen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs oder durch ein jederzeitiges Einsichtsrecht des Kommanditisten, mit entsprechenden Mitsprache- oder Widerspruchsrechten der Kommanditisten).

122 *Gerstner/Leitner*, Geschlossene Immobilienfonds und kollektive Immobilien-Investments im Fokus des AIFMG, ÖBA 2013, 566 (568); vgl dazu auch *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (201 f).

123 Vgl FAQ FMA Stand Juni 2018 Pkt H. Vgl auch *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (207).

124 Vgl auch *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013/577, 579 (579); s auch *Gerstner/Leitner*, ÖBA 2013, 566 (571).

125 So uU auch *Diregger/Eckert*, RdW 2013/577, 579 (579).

126 So wohl auch *Buchberger*, in GS Arnold, GmbH & Co KG², 197 (207).

127 Die Frage nach der Unterscheidung als interner oder externer AIFM ist nicht rein akademisch, denn daran knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an, etwa eine unterschiedliche erforderliche Kapitalausstattung des AIFM (§ 7 Abs 1 und 2 AIFMG).

7.5 Fazit zum AIFMG

Die obigen Ausführungen zeigen: Auch für den Rechtsanwender des AIFMG eröffnet die besondere Gestaltung

der GmbH & Co KG einige, hier bloß für den weiteren Diskurs durch die wahren Kenner des Kapitalmarktrechts andiskutierte, Sonderfragen.

Conclusio

Mittlerweile ist durch die Rechtsprechung eindeutig klargestellt, dass Kapitalerhaltung – nicht aber Kapitalaufbringung – in der GmbH & Co KG auch gilt. Für den Rechtsanwender ergeben sich aus dieser richterlichen Rechtsfortbildung viele Einzelfragen und auch eine große Rechtsunsicherheit. Dies umfasst auch die Frage, ob diese Themen etwa auch in der GmbH & Co OG gelten. In der Praxis ist zu vernehmen, dass die GmbH & Co OG als Variante „ohne Kapitalerhaltung“ – etwa bei Finanzierungen – immer wieder ins Spiel gebracht wird. Dies ist freilich ein Spiel mit dem Feuer, jedenfalls derzeit noch nicht rechtssicher.

Eine weitere Alternative könnte aber die GmbH & Still darstellen, für die grds keine Kapitalerhaltung gilt. Für den Rechtsanwender wäre eine gesetzgeberische Klarstellung zu einigen der hier angesprochenen Themen wünschenswert, dies auch deshalb, weil der OGH auch den Maßstab für die subjektive Vorwerfbarkeit bei Unkenntnis seiner Judikaturlinie hochschraubt und Haftungen bereits bejaht hat.

Korrespondenz:

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M.,
heinrich.foglar-deinhardstein@chsh.com
Dr. Nora Aburumieh, aburumieh@ulsr.at