

OGH bestätigt Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung bei verdeckten Kapitalgesellschaften

In zwei rezenten Entscheidungen, namentlich 6 Ob 171/15p vom 23. 2. 2016 und 6 Ob 198/15h vom 30. 8. 2016, hat der OGH jüngst sein im Schrifttum umstrittenes Judikat 2 Ob 225/07p vom 29. 5. 2008 bestätigt. In letzterem hatte der OGH ausgesprochen, dass das GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsrecht auf die GmbH & Co KG im engeren Sinn, also eine GmbH & Co KG ohne unbeschränkt haftende natürliche Person, analog anzuwenden sei. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Entwicklung dieser Judikaturlinie und ihre Folgen für die Praxis.

Deskriptoren: GmbH & Co KG, Kapitalerhaltung, Verbot der Einlagenrückgewähr.

Normen: § 82 GmbHG.

Von Sebastian Bergmann und Paul Schörghofer

1. Was bisher geschah...

Im Schrifttum¹ ist seit langem umstritten, ob der kapitalgesellschaftsrechtliche Kapitalschutz analog auf verdeckte Kapitalgesellschaften anwendbar ist. Der OGH hat diese Frage in seiner Entscheidung 2 Ob 225/07p vom 2008² bejaht. Das GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsrecht (§§ 82 f GmbHG) gelange im Analogiewege auf GmbH & Co KG im engeren Sinn zur Anwendung. Als Begründung führte das Höchstgericht aus, dass der Gesetzgeber Personengesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person in mehreren den Schutz der Ge-

sellschaftsgläubiger verfolgenden Bestimmungen Kapitalgesellschaften gleichgestellt habe und das Verbot der Einlagenrückgewähr ebenfalls dem Gläubigerschutz diene. Im Einzelnen nannte der OGH die Regelungen über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Überschuldung (§ 67 Abs 1 IO), das Rechnungslegungsrecht (§ 189 Abs 1 Z 2, § 221 Abs 5 sowie § 244 Abs 3 UGB), die Haftungsregelungen im Unternehmensreorganisationsrecht (§ 22 Abs 2 URG) sowie das Eigenkapitalersatzrecht (§ 4 Abs 3 EKEG).

So kontrovers die Frage der Kapitalerhaltung bei verdeckten Kapitalgesellschaften zuvor diskutiert worden war, so unterschiedlich waren naturgemäß auch die Meinungen im Schrifttum zur Entscheidung des OGH. Ein Teil der Stellungnahmen³ stimmte der Entscheidung (zumindest grundsätzlich) zu, ein anderer Teil – zu dem auch einer der Autoren dieses Aufsatzes zählt – sprach sich gegen sie aus.⁴ Die Gegner der Auffassung des Höchstgericht argumentieren insbesondere, dass keine Gesetzeslücke vorliege und eine Analogie deshalb ausschließe.

1 Vgl für einen Überblick über den Meinungsstand etwa *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² (2010) § 161 Rz 55; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar UGB⁴ § 161 Rz 21; *P. Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/940 (in Vorbereitung).

2 OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 mit Anm *Stingl* = GeS 2008, 315 mit Anm *Bauer* = JAP 2008/2009, 100 mit Anm *Rauter* = ÖBA 2009, 60 mit Anm *Bollenberger* = RWZ 2008, 260 mit Anm *Wenger*; vgl ferner *P. Schörghofer*, Neue Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, GesRZ 2009, 275 (275).

3 Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar GmbH § 82 Rz 232; *Grossmayer*, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 2008, 1023 (1023 ff); *Harrer*, Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, wbl 2009, 328 (328 ff); *derselbe*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 444 ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 161 Rz 55; *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? (2011) 31 (52 ff); *Moser*, Weitere Annäherung der „kapitalistischen“ KG an die „echte“ Kapitalgesellschaft, SWK 2008, W 187 (W 187 ff).

4 Vgl *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 82 Rz 68; *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 (583); *Kalss/Eckert/P. Schörghofer*, Ein Sondergesellschafts-

recht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 (65 ff); *Kalss*, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, in *N. Arnold*, Die GmbH & Co KG – Gedenkschrift für W.-D. Arnold² (2016) 37 (55 ff); *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar UGB⁴ § 161 Rz 21; *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*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 13 (16 ff); *derselbe*, Über die Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG (Nachlese zu OGH II Ob 225/07p), in *Altmeppen/Fitz/Honsell*, FS G. H. Roth (2011) 395 (397 ff); *Ch. Nowotny*, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326 (331); *Stingl*, GesRZ 2008, 310 (314 ff); *U. Torggler*, GBU 2009, 47 (47); *derselbe*, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesellschaftsform, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 3 (8 ff); *P. Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/940 (in Vorbereitung); *derselbe*, Grundzüge des österreichischen Personengesellschaftsrechts, ZVglRWiss 113 (2014) 271 (289 ff); *Wenger*, RWZ 2008, 260 (262 ff); vgl kritisch auch *Frank/Kusternigg*, Kapitalerhaltung bei Umstrukturierung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn, RdW 2010, 384 (385 ff); *Völkl* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 4/225 FN 164.

Bemerkenswert sind die Ausführungen des Gesetzgebers in den Materialien zum BRÄG 2013⁵. Dort heißt es nämlich: „Im Vergleich zur Rechtsanwalts-GmbH bietet die GmbH & Co KG weiters flexiblere Entnahmemöglichkeiten, weil in der GmbH nur die – einen entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss voraussetzende – Ausschüttung der Gewinne möglich ist“.⁶ Der Gesetzgeber ging also offenkundig auch mehrere Jahre nach der Entscheidung 2 Ob 225/07p entgegen der Auffassung des Höchstgerichts davon aus, dass verdeckte Kapitalgesellschaften nicht dem Kapitalerhaltungsrecht des Kapitalgesellschaftsrecht unterliegen.⁷ Zuletzt wurde von den Autoren dieses Aufsatzes vorgebracht, dass eine analoge Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften jedenfalls seit dem RÄG 2014⁸ ausscheidet.⁹ Durch die Anordnung, dass verdeckte Kapitalgesellschaften nicht zur Dotierung gebundener Rücklagen verpflichtet seien,¹⁰ habe der Gesetzgeber nämlich klargestellt, dass verdeckte und echte Kapitalgesellschaften im Bereich des Kapitalerhaltungsrechts im engeren Sinn ungleich zu behandeln seien.¹¹

2. OGH-Entscheidung 6 Ob 171/15p

Der Entscheidung 6 Ob 171/15p vom 23. 2. 2016¹² lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Eine GmbH & Co KG hatte der Alleingeschafterin der Komplementär-GmbH mehrere Darlehen gewährt. Beklagter war der (ehemalige) Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, dem vorgeworfen wurde, dass die Darlehen unzureichend besichert sowie zu fremdunüblichen Konditionen gewährt worden

wären und die Darlehensnehmerin nicht rückzahlungswillig gewesen wäre sowie außerdem eine schlechte Bonität gehabt hätte. Er hätte gewusst bzw hätte wissen müssen, dass die Darlehen nicht zurückgezahlt werden würden. Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen einer KG direkte Ansprüche gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wegen mangelhafter Leitung der KG zustehen.¹³ Darüber hinaus nahm der OGH aber auch zur Frage des Kapitalerhaltungsrechtes in verdeckten Kapitalgesellschaften Stellung. Er hielt die in der Entscheidung 2 Ob 225/07p zum Ausdruck gebrachte Auffassung „trotz teilweise kritischer Stellungnahmen in der Literatur“ ausdrücklich aufrecht. Eine Auseinandersetzung mit der im Schrifttum vorgetragenen Kritik am Erkenntnis 2 Ob 225/07p erfolgte freilich nicht. Zu erwähnen ist jedoch, dass das Höchstgericht in der Entscheidung 6 Ob 171/15p festgehalten hat, dass grundsätzlich jede Zuwendung der KG „an ihre Gesellschafter“ (oder an die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft), die nicht Gewinnverwendung ist, verboten ist. Damit ist seit diesem Judikat klargestellt, dass auch Zuwendungen an Komplementäre verboten sind.¹⁴ Davor war umstritten, ob nur Ausschüttungen an Kommanditisten erfasst werden.¹⁵

3. OGH-Entscheidung 6 Ob 198/15h

Nur wenige Monate später hatten die Höchststrichter in der Entscheidung 6 Ob 198/15h vom 30. 8. 2016¹⁶ abermals Gelegenheit, zur Frage der Kapitalerhaltung bei verdeckten Kapitalgesellschaften Stellung zu nehmen. Entscheidungsgegenständlich war diesmal die ohne Gegenleistung

5 BGBl I Nr 159/2013.

6 ErläutRV 2378 BgNR 24. GP 1.

7 Vgl auch Rüdfler/Aburumieb/Lind, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in Jaufer/Nunmer-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Tagungsband 2015 der Plattform für Wirtschafts-, Insolvenz- und Sanierungsrecht (2016) 71 (78), nach denen freilich dennoch „an den Folgerungen aus dieser Entscheidung [gemeint: 2 Ob 225/07p] auch für Gewinnentnahmen festzuhalten sein“ wird.

8 BGBl I Nr 22/2015.

9 Bergmann/P. Schörghofer, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! GesRZ 2014, 340 (340 ff).

10 Mit dem RÄG 2014 wurde § 221 Abs 5 UGB neugefasst und lautet seither wie folgt: „Eine Personengesellschaft im Sinne des § 189 Abs. 1 Z 2 unterliegt hinsichtlich der in den §§ 222 bis 228, § 229 Abs. 1 bis 3, §§ 230 bis 243c und §§ 268 bis 283 geregelten Tatbeständen den der Rechtsform ihres unbeschränkt haftenden Gesellschafters entsprechenden Rechtsvorschriften; ist dieser keine Kapitalgesellschaft, so gelten die Vorschriften für Gesellschaften mit beschränkter Haftung“. Die in den Abs 4 bis 7 des § 229 UGB geregelten Bestimmungen über die Dotierung gebundener Rücklagen sind vom Verweis des § 221 Abs 5 UGB ausgeklammert und deshalb von verdeckten Kapitalgesellschaften nicht zu beachten.

11 AA Ch. Nowotny (Ausschüttungssperren bei Kapitalgesellschaften – § 235 Abs 1 UGB neu, in Kirchmayr/Mayr/Oberhammer/Rüdfler/Torggler, Umgründungen – FS Hügel [2016] 283 [238] FN 2), nach

dessen Auffassung „aus der Klarstellung“ in § 221 Abs 5 UGB, „dass die Vorschriften über gebundene Rücklagen für diese nicht gelten, [nicht] der Schluss gezogen werden [kann], dass damit die Rechtsprechung zur sinngemäßen Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG ausgehebelt worden ist“, zumal „der Verweis in § 221 Abs 5 UGB [...] jedenfalls auch § 235 UGB erfasst“; Rüdfler/Aburumieb/Lind in Jaufer/Nunmer-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (77) („[...] es bleiben die vielen anderen Normen, die für den OGH Anlass waren, den Gesamtanalogieschluss zu ziehen. Eine einzige, eher unbedeutende Ausnahme erschüttert diese breite Analogiebasis (noch) nicht“).

12 GesRZ 2016, 281 mit krit Anm P. Schörghofer = JAP 2016/2017, 25 mit Anm Rauter = RWZ 2016, 125 mit Anm Wenger; vgl zu dieser Entscheidung auch Schopper/Walch, Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG, NZ 2016, 163 (163 ff).

13 Vgl ausführlich insbesondere Schopper/Walch, NZ 2016, 163 (172 ff) mwN.

14 Vgl aber Rüdfler/Aburumieb/Lind in Jaufer/Nunmer-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, 71 (76), wonach die Frage auch nach der Entscheidung offen bleibe.

15 So Eckert in U. Torggler, UGB² (2016) § 161 Rz 19; aA Edelmann in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 5/84 f mwN; Karollus in Artmann/Rüdfler/U. Torggler, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 31 (53 f) mwN.

16 NZ 2016, 413 mit Anm Brugger.

erfolgte Up-stream-Einbringung von Beteiligungen durch ein GmbH & Co KG, die später insolvent wurde, in ihre Muttergesellschaft.

Der OGH bestätigte in dieser Entscheidung erneut seine Rechtsprechung in 2 Ob 225/07p und nahm auch zu dem oben (in Punkt 1.) beschriebenen, am RÄG 2014 anknüpfenden Argument der Autoren dieses Aufsatzes Stellung: Das Schweigen des Gesetzgebers in offensichtlicher Kenntnis der vom OGH vorgenommenen grundsätzlichen Analogie zwischen Kapitalgesellschaft und Kapitalgesellschaft & Co KG lege nahe, dass er diese Analogie billige, auch wenn er in einem (anderen) Teilbereich (Dotierung gebundener Rücklagen) eine Gleichstellung von Kapitalgesellschaft & Co KG mit Kapitalgesellschaften ausdrücklich nicht vorsehe. Ein Abgehen von der mit der Entscheidung 2 Ob 225/07p begonnenen Rechtsprechung hätte nach Auffassung des Höchstgerichts eines deutlicheren Signals des Gesetzgebers bedurft. Ergänzend führt der OGH an, dass sich auch in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis in diesem Sinn finde.

4. Folgen für die Praxis

Seit den beiden Entscheidungen 6 Ob 171/15p und 6 Ob 198/15h ist klar, dass der OGH von seiner Rechtsprechung zur analogen Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes auf verdeckte Kapitalgesellschaften nicht abgehen wird. Ein (ausdrückliches) Einschreiten des Gesetzgebers ist aus heutiger Sicht nicht absehbar.

Die Folgen der OGH-Rechtsprechung für verdeckte Kapitalgesellschaften und insbesondere auch die kautelarjuristische Praxis sind im Schrifttum bereits ausführlich untersucht worden.¹⁷ Hervorzuheben sind die folgenden Aspekte des Kapitalschutzes bei verdeckten Kapitalgesellschaften:

An Gesellschafter von verdeckten Kapitalgesellschaften darf wie an Gesellschafter von Kapitalgesellschaften nur der festgestellte Bilanzgewinn ausgeschüttet werden.¹⁸ Offene oder verdeckte Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind unzulässig. Leistungsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern müssen einem Fremdvergleich standhalten.¹⁹

Herabsetzungen der Haftsummen machen nach der hM²⁰ die Anwendung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalherabsetzungsregeln, also insbesondere einen Gläubigeraufruf, notwendig. Dies ist insbesondere auch für das Ausscheiden von Gesellschaftern aus der Gesellschaft relevant. Erfolgt das Ausscheiden nämlich nicht durch Übertragung des Gesellschaftsanteils an einen anderen Gesellschafter oder einen Dritten, geht immer auch die entsprechende Haftsumme unter.²¹ Ist der Abfindungsbeitrag höher als die Haftsumme, wird eine Art Restvermögensprüfung verlangt.²² Die Befolgung der Kapitalherabsetzungsregeln soll nach § 192 Abs 3 AktG (per analogiam) dann nicht notwendig sein, wenn die Abfindung aus dem freien Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann oder der Ausscheidende gar keine Abfindung erhält.²³

Zusammenfassung

Im Rahmen der Rechtsformwahl haben verdeckte Kapitalgesellschaften zusehends an Attraktivität eingebüßt.²⁴ Einer der Gründe dafür ist sicherlich auch die OGH-Entscheidung 2 Ob 225/07p vom 29. 5. 2008 zur analogen Anwen-

dung des GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsrechts auf GmbH & Co KG im engeren Sinn. Jüngst hat der OGH diese Rechtsprechung in zwei Judikaten (6 Ob 171/15p vom 23. 2. 2016 und 6 Ob 198/15h vom 30. 8. 2016) bestätigt.

17 Vgl näher insbesondere *Artmann*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhöhung, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? 83 (83 ff); *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 (583 ff); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 18 ff; *Edelmann* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² Rz 5/80 ff; *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividenden und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? 111 (113 ff); *Ch. Nowotny*, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326 (327 ff); *derselbe*, Sonderfragen der unechten Personengesellschaft (insbesondere der GmbH & Co KG), in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht – Wiener Bilanzrechtstage 2013 (2013) 67 (72 ff); *Rüffler*, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? 99 (99 ff).

18 Vgl näher *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 21 mwN; *Edelmann* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² Rz 5/98 ff mwN.

19 Vgl näher *Edelmann* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² Rz 5/81 f mwN; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 22 f mwN.

20 Vgl näher *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 25 mwN; *Edelmann* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² Rz 5/86 f mwN.

21 Vgl *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (584); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 25.

22 Vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 27; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (584).

23 So *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (584); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 161 Rz 25.

24 Vgl ausführlich zu den Gründen *Bergmann/P. Schörghofer*, Zum fortschreitenden Attraktivitätsverlust verdeckter Kapitalgesellschaften, GesRZ 2015, 373 (373 ff).