

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

153. JAHRGANG

10  
2021



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Martin Auer:*

Reform des Gesellschaftsrechts: Formpflicht bei der GmbH Seite 522

---

*Friedrich Rüffler:*

Reform des Gesellschaftsrechts: Firmenbuch und Gläubigerschutz Seite 526

---

*Friedrich Harrer:*

Reform des Gesellschaftsrechts: Die KGmbH Seite 531

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Keine analoge Anwendung von § 416 ABGB auf Grenzüberbauten bei Eigentümerschiedenheit (*Mario Billeth*) Seite 534

---

Zur Rechtsmittellegitimation eines abberufenen Geschäftsführers (*Felix Loewit und Antonia Werner*) Seite 560

---

Keine (analoge) Anwendung des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB auf Verträge, die auf die Ausführung nicht anwaltlicher Tätigkeiten abzielen (*Christoph Kronthaler*) Seite 568

---

Gewöhnlicher Aufenthalt nach der EuErbVO (*Michael Otti*) Seite 575

---

Parteistellung des Pflichtteilsberechtigten im Verlassenschaftsverfahren (*Bernhard Motal*) Seite 580

---

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger, Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf, Wolfgang Zankl

NZ 2021/143

## Reform des Gesellschaftsrechts: Die KGmbH

*Die Legislative prüft eine umfassende Neugestaltung der Gesellschaftsformen. Auch die Etablierung einer „KGmbH“ hat man erwogen. Der nachstehende Beitrag zeigt – vor dem Hintergrund dieses neuen Gebildes –, dass die gesetzgeberischen Aktivitäten eine kritische Haltung nahelegen.*

Von Friedrich Harrer

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. GmbH & Co KG
- C. Die persönliche Haftung im System der Personengesellschaften
- D. Ausblick

### A. Einleitung

Die Neugestaltung des Gesellschaftsrechts, die derzeit offensichtlich die Legislative verwirklichen soll, wird möglicherweise auch den Kreis der Gesellschaftsformen erweitern. Im Zuge der Bearbeitung der im Editorial angesprochenen Wunschlisten ist auch das Modell einer KGmbH sondiert worden.<sup>1</sup> Dieses Modell entspricht wohl nicht den Erwartungen jener Wirtschaftskreise, die eine gesellschaftsrechtliche Neuorientierung for-

dern und fordern können. Es ist also nicht damit zu rechnen, dass es eine KGmbH geben wird.

Gleichwohl erscheint es geboten, zu der Debatte über die Schaffung einer KGmbH eine Position zu beziehen. Der Vorschlag stellt die herkömmliche Unterscheidung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften in Frage.<sup>2</sup> Die Bezeichnung des neuen Gebildes ist dem Recht der Personengesellschaften entnommen: KG, Kommanditgesellschaft. Die inhaltliche Ausprägung weist jedoch in das Recht der Kapitalgesellschaften: Haftungsbeschränkung, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die Idee beruht auf der Prämisse, dass die legislative Ausgestaltung eines *Mischgebildes* ins Auge gefasst werden sollte. Man könnte von einer Überwindung oder einer Relativierung des Spannungsverhältnisses zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften sprechen. – Warum nicht? – Diese Frage zu beantworten ist das Anliegen des vorliegenden Beitrags.

<sup>1</sup> Im Rahmen des 9. Wiener Unternehmensrechtstages (17. 6. 2021) befasste sich ein Referat mit „KGmbH statt GmbH & Co KG?“.

<sup>2</sup> Dazu etwa Harrer, Personengesellschaft (2010) 9 ff.

## B. GmbH & Co KG

Die Typenvermischung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften ist fast so alt wie die GmbH. Als bald nach der Schaffung der GmbH ist die GmbH & Co KG nicht nur erfunden, sondern in der Folge auch etabliert worden.<sup>3</sup> Im Wirtschaftsleben hat die GmbH & Co KG erhebliche Bedeutung erlangt. Die KGmbH mag also prima facie als eine Weiterentwicklung der GmbH & Co KG erscheinen: Man würde die längst bekannte Typenvermischung oder Typenvermischung<sup>4</sup> aufgreifen und fortführen. – Dieser Eindruck ist, aus einer Reihe von Gründen, unzutreffend.

Die KGmbH steht oder stand als eine *Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers* zur Diskussion. Die Legislative trägt aber *nicht* die Verantwortung für die GmbH & Co KG. Der Gesetzgeber konnte die GmbH & Co KG *nicht verhindern*.

Die GmbH ist ein Geschöpf der unternehmerischen (vertragsgestaltenden) Praxis.<sup>5</sup> Aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts gesehen fällt es schwer, einen plausiblen Grund zu nennen, der für die GmbH & Co KG spricht.<sup>6</sup> Die GmbH & Co KG ist erfunden worden, um die steuerlichen Vorteile einer Personengesellschaft lukrieren zu können; zugleich sollte eine – weitgehende – Annäherung an das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der Nichthaftung erfolgen.

Die gesellschaftsrechtlichen Einwände gegen dieses Konstrukt waren und sind unübersehbar, aber offenbar nicht stark genug, um auf die Möglichkeit, steuerliche Begünstigungen in Anspruch nehmen zu können, zu verzichten. Allein der Blick auf die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen illustriert die (gesellschaftsrechtliche) Unstimmigkeit der GmbH & Co KG: Die Leitung eines Unternehmens hat besonders bedeutende Agenden der Eigentümerebene vorzulegen. Das gilt für die Personengesellschaft<sup>7</sup> und ähnlich auch für die GmbH.<sup>8</sup> Der Leiter einer GmbH & Co KG, also der

Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, muss demnach an zwei Gesellschafterebenen herantreten: an die Generalversammlung der GmbH und an die Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft. Die Eigenheit besteht darin, dass unterschiedliche Regeln für die Willensbildung maßgebend sind. Die einfache Mehrheit kann in der Generalversammlung das Geschäft genehmigen oder dem Geschäftsführer die Weisung erteilen, die außergewöhnliche Maßnahme durchzuführen.<sup>9</sup> Die (einfache oder qualifizierte) Mehrheit der Gesellschafterversammlung (der Kommanditgesellschaft) scheidet hingegen. Im Recht der Personengesellschaften gilt das Einstimmigkeitsprinzip.<sup>10</sup> Man könnte die Rechtslage als *perplex* qualifizieren.

Die Perplexität zu vermeiden oder zu mildern ist die Aufgabe der Vertragsgestalter.<sup>11</sup> Diesen obliegt es, zwei nicht harmonisierende Komponenten, nämlich eine Kommanditgesellschaft und eine GmbH, zu einem Ganzen zu fügen. Wegen des überragenden wirtschaftlichen Erfolgs haben Finanzverwaltung, Gerichte und Legislative diese Praxis hingenommen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber beschränkte sich darauf, punktuell die Relevanz des Kapitalgesellschaftsrechts für diese Personengesellschaft vorzusehen.<sup>13</sup>

Die Kunst der Vertragsgestaltung hat die Praktikabilität des Modells ermöglicht. Von einer befriedigenden Rechtslage kann man gleichwohl nicht sprechen. Auch heute, 100 Jahre nach ihrer Erfindung, nimmt die GmbH & Co KG einen herausragenden Status in der höchstrichterlichen Spruchpraxis ein.<sup>14</sup> Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG ist ein zentrales – und besonders umstrittenes – Thema.<sup>15</sup> Die rechtsformspezifische Rechtsunsicherheit hat auch Haftungskatastrophen begünstigt.<sup>16</sup>

Die KGmbH wäre also nicht der nächste Schritt des Gesetzgebers nach der GmbH & Co KG. Die Legislative hätte Neuland betreten. Die Abstandnahme von diesem Projekt verdient uneingeschränkte Zustimmung.

<sup>3</sup> Zur Entwicklung etwa N. Arnold, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in GedS Arnold<sup>2</sup> (2016) 1 (2f).

<sup>4</sup> Instruktion H.P. Westermann, Zur Theorie der Grundtypenvermischung – am Beispiel GmbH & Co KG, in FS Karsten Schmidt (2009) 1709 ff.

<sup>5</sup> Zu den steuerlichen Motiven und Hintergründen etwa Novosel/Rindler, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragssteuerrecht, in GedS Arnold<sup>2</sup> 263, 266 ff.

<sup>6</sup> Vgl auch Karsten Schmidt, Zur Innenverfassung der GmbH & Co KG – Wer ist Herr im Haus: die GmbH oder die Kommanditisten? in FS Röhrich (2005) 511 ff.

<sup>7</sup> § 116 Abs 2 UGB.

<sup>8</sup> Die Gesellschafterebene ist auch dann einzubeziehen, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechende Genehmigungskompetenzen *nicht* vorsieht, vgl Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1996) Rz 2/253; Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005) 139; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 4; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 4/282; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 938; OGH 14. 11. 1996, 2 Ob 2146/96 v SZ 69/254; zur Rsp des OGH vgl aber auch noch 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 GesRZ 2008, 22 (25): „Man-

gels wirksamer Weisung durch eine Gesellschaftermehrheit fiel die strittige Frage in die Geschäftsführerkompetenz“; anders wohl 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19 p wbl 2020, 162 (171).

<sup>9</sup> § 39 Abs 1 GmbHG.

<sup>10</sup> § 119 Abs 1 UGB.

<sup>11</sup> Vgl beispielhaft Harrer/Pira in Ch. Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch IV<sup>2</sup> (2017) 480 ff (Muster eines GmbHG & Co KG Vertrags).

<sup>12</sup> Arnold in GedS Arnold<sup>2</sup> 1 (2f) .

<sup>13</sup> Vgl die Angaben bei N. Arnold in GedS Arnold<sup>2</sup> 3f.

<sup>14</sup> Zur Spruchpraxis in Deutschland Ulmer, Das Recht der GmbH und GmbH & Co KG nach 50 Jahren BGH-Rechtsprechung, in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft II (2000) 273 ff, 278 ff.

<sup>15</sup> Einen umfassenden Überblick bietet Kalss, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, in GedS Arnold<sup>2</sup> 37 ff.

<sup>16</sup> Vgl zB OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p GES 2016, 112: die klagende Insolvenzverwalterin begehrt von dem ehemaligen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH „€ 10 Mio aus dem Titel des Schadenersatzes“.

### C. Die persönliche Haftung im System der Personengesellschaften

Ein prägendes und folgenreiches Charakteristikum des Personengesellschaftsrechts ist die unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.<sup>17</sup> In einem umfassenden Sinn begegnet dieses Konzept in der offenen Handelsgesellschaft oder offenen Gesellschaft. Die Kommanditgesellschaft bietet eine Variante, nicht etwa eine Durchbrechung. Auch bei der Kommanditgesellschaft muss zumindest ein Gesellschafter für die Verbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar haften.

Diese einfachen, aber hoch wirksamen Regeln sichern die Interessen der Gläubiger im System der Personengesellschaften. Vergleichbare Vorgaben des Kapitalgesellschaftsrechts sind erheblich komplexer und gleichwohl weniger effizient.<sup>18</sup> Zu nennen sind etwa die Kapitalaufbringung, die Überprüfung der Kapitalaufbringung, die Kapitalerhaltung, ein rigides und haftungsbewährtes Regime betreffend die Verwaltungsorgane, kompliziert gestaltete Einstandspflichten der Gesellschafter (GmbH).<sup>19</sup>

Der normative Aufwand konnte die Insolvenzanfälligkeit der Kapitalgesellschaften nicht verhindern. In jeder Insolvenzstatistik belegt die GmbH den Spitzenplatz.<sup>20</sup> Die – insb aus dem Blickwinkel der Gläubiger gesehen – sicherste Gesellschaftsform ist die offene Handelsgesellschaft bzw die offene Gesellschaft.

Wenige Haftungsregeln des Personengesellschaftsrechts wahren die Interessen der Gesellschaftsgläubiger und eröffnen Freiräume im Interesse der Personengesellschafter. Hervorzuheben ist die Verzichtbarkeit in Bezug auf den Grundsatz der Kapitalerhaltung.<sup>21</sup>

In dem Modell einer KGmbH verbliebe nur die *Haftung der Kommanditisten*.<sup>22</sup> Es ist, in einem rechtstechnischen Sinn, nicht unzutreffend, von einer Haftung des Kommanditisten zu sprechen. Gleichwohl sind Missverständnisse nicht auszuschließen, wenn man der Haftung des Komplementärs die Haftung des Kommanditisten gegenüberstellt.

Für den Geschäftsverkehr, namentlich für den Gläubiger der Personengesellschaft, stellt die Person des unbeschränkt haftenden Gesellschafters eine vornehmliche Orientierung dar. Das gesamte Vermögen dieses Gesellschafters ist dem Zugriff des Gesellschaftsgläubigers

ausgesetzt.<sup>23</sup> Dieser Gesellschafter, der typischerweise auch leitend tätig ist,<sup>24</sup> prägt das Unternehmen. Dessen Integrität und Seriosität sind zentrale Parameter.

Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage liefert der Kommanditist nicht etwa die weniger bedeutenden Kriterien; aus dem Blickwinkel des Gläubigers gesehen ist der Kommanditist eine vernachlässigbare Größe. Die Gründe lassen sich wie folgt zusammenfassen.

Ein der Ausfallhaftung des GmbH-Rechts<sup>25</sup> vergleichbares Risiko trägt der Kommanditist nicht. Von einem Kommanditisten verlangt man nur, dass er die versprochene Einlage leistet, typischerweise also ein der Haftsumme entsprechendes Wertäquivalent der Gesellschaft zuführt.<sup>26</sup> Hat er dies getan, so entfällt die Haftung.<sup>27</sup> Der Kommanditist, der das Einlageversprechen erfüllt hat, haftet also nicht beschränkt, er haftet nicht.

Möglich ist es freilich, dass der Kommanditist sein Einlageversprechen nicht erfüllt hat und mithin die Außenhaftung zum Tragen kommen könnte. In diesem Fall könnte ein Gläubiger gegen den Kommanditisten vorgehen. Diese Perspektive liefert allerdings vor allem Stoff für Klausuren und Prüfungsgespräche; der Gedanke, dass ein Gläubiger tatsächlich auf die Idee kommen könnte, gegen einen Kommanditisten eine Klage zu erheben, liegt in Wahrheit fern.

a) Zunächst kann der Gläubiger im Allgemeinen nicht wissen, ob die Klagsvoraussetzungen vorliegen. Der Klärung dieses Themas dient ein Fragerecht.<sup>28</sup>

b) Hat der Kommanditist die Frage negativ beantwortet, dann wird der Gläubiger dennoch zögern, Klage zu erheben. Die Klagsvoraussetzungen liegen zwar vor, es ist aber möglich, dass sie entfallen. Der Kommanditist schuldet weiterhin die Einlage der Gesellschaft. Es könnte daher sein, dass der Kommanditist – etwa nach Überreichung der Klage oder im Laufe des weiteren Verfahrens – an die Gesellschaft leistet. In diesem Fall ist die Klage abzuweisen.

c) Die Klage ist nicht nur dann abzuweisen, wenn der Kommanditist in der Folge an die Gesellschaft leistet. Vergleichbare Gefahren drohen, wenn andere Gläubiger gegen den Kommanditisten vorgehen. Die Haftung entfällt auch dann, wenn der Kommanditist an einen anderen Gläubiger leistet.<sup>29</sup>

<sup>17</sup> §§ 128, 130, 161 Abs 2 UGB; §§ 1199, 1202 ABGB.

<sup>18</sup> Siehe unten FN 20.

<sup>19</sup> Harrer/Brugger/Urtz in Harrer/Gruber, GmbHG<sup>2</sup> (2018) Vor §§ 1 ff Rz 7 ff.

<sup>20</sup> Aktuelle und auch rechtsformspezifische Informationen bieten die Insolvenzstatistiken des Forums *Creditreform* und die kontinuierlichen Pressemitteilungen des KSV 1870; vgl ferner Kantner, Insolvenzstatistik 2020 für Österreich, ZIK 2021, 20 ff.

<sup>21</sup> Artmann in Artmann, UGB<sup>3</sup> (2019) § 122 Rz 26.

<sup>22</sup> Dazu sogleich im Text.

<sup>23</sup> Das gilt nur dann nicht, wenn der Gläubiger auf eine Inanspruchnahme des Gesellschafters verzichtet hat (M. Roth in Baumbach/Hopt, HGB<sup>39</sup> [2020] § 128 Rz 37 f).

<sup>24</sup> § 164 UGB.

<sup>25</sup> §§ 82 f GmbHG.

<sup>26</sup> Der Text geht von der Annahme aus, dass Einlage und Haftsumme übereinstimmen. Sofern abweichende Vereinbarungen nicht getroffen wurden, entspricht die Haftsumme der Pflichteinlage (M. Roth in Baumbach/Hopt, HGB<sup>39</sup> § 171 Rz 1).

<sup>27</sup> § 171 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 UGB.

<sup>28</sup> § 171 Abs 1 Satz 2 UGB.

<sup>29</sup> M. Roth in Baumbach/Hopt, HGB<sup>39</sup> § 171 Rz 8.

Wollte man – im Recht der Personengesellschaften – die unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten abschaffen, so entfiel ein unverzichtbares Prinzip dieser Gesellschaftsform. Eine Gesellschaft, die sämtlichen Eigentümern das Prinzip der Nichtverantwortlichkeit oder Nichthaftung gewährt, kann indes nicht Personengesellschaft sein. Eine Idee, die ein weiser Gesetzgeber als unabdingbar abgesichert hat,<sup>30</sup> würde geopfert, um ein perplexes Vehikel in die Welt zu setzen.

#### D. Ausblick

Ein Blick auf die gesellschaftsrechtlichen Aktivitäten, die der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren entfaltet hat, zeigt, dass verantwortungsbewusst jener Modernisierungsbedarf aufgegriffen und befriedigt wurde, den eine Rechtsfortbildung durch Judikatur und Wissenschaft nicht bewältigen konnte. Bekannte Beispiele waren die GmbH-Reform,<sup>31</sup> das EU-GesRÄG 1996,<sup>32</sup> das EKEG,<sup>33</sup> die HGB-Reform<sup>34</sup> und die Neugestaltung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>35</sup>.

Diese Reformbemühungen beruhten auf einer gesamtgesellschaftlichen Sichtweise. Die Frage, ob die Reform Reformwünschen einzelner Teilnehmer oder Teilnehmergruppen entgegenkam, stand, soweit erkennbar, nicht im Vordergrund. Eine Reform, die sich nicht mit der Reform des Gesellschaftsrechts, sondern mit Reformanliegen Beteiligter befasste, ist dem Verf nicht in Erinnerung.

Nunmehr führt aus Gründen, die die Autoren dieses Heftes nicht nachvollziehen können, ein privater Wunschzettel die legislative Prioritätenliste. Ein frühes

Resultat dieses Engagements war eine neue Gesellschaftsform (KGmbH), die unnötiger und ungereimter nicht sein könnte.

Die nachteiligen Konsequenzen, die eine nicht hinreichend reflektierte neue Gesellschaftsform<sup>36</sup> auslösen kann, beschränken sich nicht auf dieses Modell. Es bedarf keiner prophetischen Fähigkeiten, um vorauszusagen, dass die „neuen Wertungen“ alsbald auf andere Gesellschaftsformen *ausstrahlen* werden. Zur Illustration mag ein Beispiel genügen: Vor etwa 20 Jahren ist das Vereinsgesetz 2002 in Kraft getreten. Das Gesetz enthält in § 7 Bestimmungen über „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Vereinsbeschlüssen“. Heute behaupten namhafte Autoren, dass das gesamte, seit vielen Jahrzehnten etablierte Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften überholt und überwunden sei. Wegen der „neuen Wertung“ in § 7 VerG sei eine richterrechtliche Totalrevision dieser Materie geboten.<sup>37</sup>

#### Über den Autor:

Dr. Friedrich Harrer ist Rechtsanwalt bei HARRER & HARRER Rechtsanwälte sowie Universitätsprofessor für Unternehmensrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Salzburg.

<sup>30</sup> § 128 Satz 2, § 130 Abs 2 HGB/UGB.

<sup>31</sup> BGBl 1980/320.

<sup>32</sup> BGBl 1996/304; namentlich der Reformschub, den dieses Gesetz für das Umgründungsrecht bewirkt hat, verdient Hervorhebung.

<sup>33</sup> BGBl I 2003/92.

<sup>34</sup> BGBl I 2005/120.

<sup>35</sup> BGBl I 2014/83.

<sup>36</sup> Ein kürzlich publizierter Artikel diagnostiziert (ua) einen „Reformstau“ betreffend die GmbH (Walter Doralt/Keyvan Rastegar/Gelter/Conac/Katharina Rastegar/Schuster, Austrian Limited: Die Pläne zur flexiblen Kapitalgesellschaft und die Reform des Kapitalgesellschaftsrechts, GesRZ 2021, 120 [121]) und sondiert eine „radikale Reform des Rechts der GmbH“ (GesRZ 2021, 132). – Plausible Gründe, die für eine „radikale Reform des Rechts der GmbH“ sprechen könnten, sind indes nicht zu sehen.

<sup>37</sup> Vgl beispielhaft U. Torggler/H. Torggler, Zum (rechtsformübergreifenden) Kern der gesellschaftsrechtlichen Kernbereichslehre, in FS G.H. Roth (2011) 831 (841); Kraus in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> (2019) § 119 Rz 22ff; dagegen Harrer, Widerspruch gegen den Widerspruch im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften, GesRZ 2021 (Dezemberheft, in Vorbereitung).